

Tribunal de Arbitramento

Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A.

v.

Instituto Nacional de Vías

Agosto 25 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cuatro (2004).

Encontrándose surtidas todas las actuaciones prearbitrales y arbitrales previstas en la ley y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, este tribunal de arbitramento integrado para dirimir las controversias existentes entre Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. (en adelante “Coviandes”) y el Instituto Nacional de Vías (en adelante “Invías”), surgidas con ocasión del contrato de concesión 444 suscrito por las partes el 2 de agosto de 1994, profiere el laudo en derecho correspondiente dentro del proceso arbitral, el cual se adopta de manera unánime por los árbitros.

## CAPÍTULO I

### Antecedentes

#### 1.1. El contrato.

El 2 de agosto de 1994 Coviandes e Invías, suscribieron el contrato de concesión 444, cuyo objeto era la realización de “estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento del sector Santafé de Bogotá – Cáqueza – K55+000 y el mantenimiento y operación del sector Km 5+000 - Villavicencio.

#### 1.2. El pacto arbitral.

En la demanda se adujo como tal el contenido en la cláusula cuadragésima segunda del referido contrato, el cual reúne los requisitos legales y es del siguiente tenor:

Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos, dos de los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá. Las partes convienen en que cuando el laudo 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.

#### 1.3. El trámite del proceso.

- a) El día 15 de octubre de 2002 Coviandes solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento y formuló demanda contra Invías ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- b) Mediante decisión del 1º de noviembre de 2002 el centro de arbitraje admitió la solicitud y ordenó correr traslado de la demanda al Invías por el término legal.
- c) El Invías se notificó el 8 de noviembre siguiente e interpuso recurso de reposición contra aquella providencia a fin de que se inadmitiera la solicitud de convocatoria, pero la impugnación le fue resuelta desfavorablemente por el centro de arbitraje en decisión del 26 de noviembre del mismo año.
- d) El 12 de diciembre de 2002 Invías dio contestación a la demanda en escrito en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.
- e) El centro de arbitraje invitó a las partes a efectuar la designación de los árbitros y en virtud de su acuerdo al

respecto el nombramiento recayó en los suscritos.

f) Luego de efectuadas las comunicaciones y conocidas las aceptaciones de los suscritos árbitros, en desarrollo de lo previsto en el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, las partes concurrieron a la audiencia de instalación de este tribunal, que tuvo lugar el día 21 de abril de 2003. En dicha audiencia el tribunal designó como secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, quien igualmente aceptó el cargo. En la misma oportunidad el tribunal fijó su sede en el centro de arbitraje y señaló las sumas de honorarios y gastos.

g) En audiencia que tuvo lugar el 13 de mayo de 2002 el tribunal analizó los efectos de la sentencia C-1038 proferida por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2002, los presupuestos de su competencia, la representación de las partes, así como el trámite de la etapa prearbitral pendiente y resolvió declararse competente y correr traslado a la parte convocante y al Ministerio Público de las excepciones de mérito propuestas por el Invías.

h) Mediante escrito del 18 de mayo de 2003 la parte convocante descorrió el traslado mencionado.

i) En cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 el tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el 28 de mayo de 2003, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

j) Por auto 5 proferido en audiencia que tuvo lugar el 17 de junio de 2002 el tribunal decretó pruebas y señaló las audiencias y diligencias para recaudarlas.

k) Entre el 14 de julio de 2003 y el 1º de marzo de 2004 se surtió el debate probatorio.

l) En audiencia que tuvo lugar el 25 de marzo de 2004 los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes resúmenes escritos. El 24 de marzo anterior la agente del Ministerio Público ya había presentado su concepto por escrito.

m) El presente proceso se tramitó en diecinueve (19) audiencias, en las cuales el tribunal culminó la etapa prearbitral, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, resolvió varias solicitudes de las partes y del Ministerio Público, recibió sus alegaciones finales y ahora profiere el fallo correspondiente.

n) Corresponde ahora entonces al tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, la primera audiencia de trámite culminó el 17 de junio de 2003 por lo cual el término para fallar vencía el 17 de diciembre de 2002. No obstante, por solicitud de las partes, el proceso se suspendió entre el 16 de julio y el 11 de agosto de 2003, entre el 13 de agosto y el 14 de septiembre de 2003, entre el 17 de septiembre y el 13 de octubre de 2003, entre el 5 y el 17 de noviembre de 2003, entre el 19 de noviembre y el 9 de diciembre de 2003, entre el 16 de diciembre de 2003 y el 25 de enero de 2004 y entre el 11 y el 22 de febrero de 2004, de manera que dicho plazo se extendió hasta el 8 de junio de 2004. Adicionalmente, con fundamento en la facultad prevista en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 de oficio los árbitros prorrogaron el término de duración del proceso en tres meses, esto es, hasta el 8 de septiembre de 2004, de suerte que el pronunciamiento del laudo en esta fecha es oportuno.

#### **1.4. La demanda y su contestación.**

##### **1.4.1. Las pretensiones de Coviandes.**

En su solicitud de convocatoria y demanda arbitral, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declare el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías – Invías del contrato de concesión 444 de 1994, celebrado entre la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. y el Instituto Nacional de Vías, Invías el día 2 de agosto de 1994.

Pretensión subsidiaria a la pretensión primera principal. Que se declare que en desarrollo del contrato de concesión 444 del 2 de agosto de 1994, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, Invías y la Sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., se dieron hechos o circunstancias imprevistas no imputables al contratista

concesionario, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica de dicho contrato en contra de la sociedad concesionaria.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al reconocimiento y pago a la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios en que esta incurrió por concepto del crédito adquirido con el Morgan Guaranty Trust Company of New York, como resultado, bien del incumplimiento contractual del Invías, bien de la ocurrencia de hechos imprevistos, según resulte probado en este proceso.

Tercera. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al reconocimiento y pago a la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. de los restantes sobrecostos que como consecuencia de las sanciones actuales y del permanente incumplimiento del Invías o del desequilibrio económico del contrato, se sigan causando en contra de la sociedad concesionaria en relación con el crédito adquirido por la sociedad concesionaria con el Morgan Guaranty Trust Company Of New York y derivados directamente del mismo durante su vigencia, así como las que se llegaren a imponer en la ejecución del contrato de crédito, hasta tanto el Invías cumpla con sus obligaciones contractuales.

Cuarta. Que las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda sean liquidadas en dólares de los Estados Unidos de América y/o su equivalente en pesos a la fecha de expedición del laudo arbitral que ponga fin al presente proceso, de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la (\*) Superintendencia Bancaria, junto con los intereses en dólares de los Estados Unidos de América a la tasa pactada en el contrato de crédito suscrito entre Coviandes S.A. y el Morgan Guaranty Trust Company Of New York, liquidados hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin a este proceso de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la Superintendencia Bancaria.

Pretensión primera subsidiaria a la pretensión cuarta principal. Que las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda sean liquidadas en dólares de los Estados Unidos de América y/o su equivalente en pesos a la fecha en que la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., incurrió en los perjuicios y/o mayores costos que se reclaman en este proceso, según resulten probados, de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la (\*) Superintendencia Bancaria, y a partir de esa fecha se ordene su actualización y/o corrección monetaria con la tasa prevista en la cláusula trigésima sexta del contrato 444 de 1994, sobre dichos valores, hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin a este proceso.

Pretensión segunda subsidiaria a la pretensión cuarta principal. Que las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda sean liquidadas en dólares de los Estados Unidos de América y/o su equivalente en pesos a la fecha en que la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., incurrió en los perjuicios y/o mayores costos que se reclaman en este proceso, según resulten probados, de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la (\*) Superintendencia Bancaria, y a partir de esa fecha se ordene su actualización y/o corrección monetaria con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas DANE más los intereses legales (6%) hasta la fecha de expedición del laudo arbitral que ponga fin a este proceso.

Pretensión tercera subsidiaria a la pretensión cuarta principal. Que las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda sean liquidadas en dólares de los Estados Unidos de América y/o su equivalente en pesos a la fecha en que la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., incurrió en los perjuicios y/o mayores costos que se reclaman en este proceso, según resulten probados en este proceso, de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la (\*) Superintendencia Bancaria, y a partir de esa fecha se ordene su actualización con los intereses comerciales sobre esas sumas hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin a este proceso.

Pretensión cuarta subsidiaria a la pretensión cuarta principal. Que las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda sean liquidadas en dólares de los Estados Unidos de América y/o su equivalente en pesos a la fecha en que la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., incurrió en los perjuicios y/o mayores costos que se reclaman en este proceso, según resulten probados en este proceso, de

conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para esa fecha certificada por la (\*) Superintendencia Bancaria, y a partir de esa fecha se ordene su actualización según la metodología que a tales efectos considerare procedente el tribunal, tomando en consideración los elementos contractuales y/o financieros que considere aplicables, hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso.

Pretensión quinta subsidiaria a la pretensión cuarta principal. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al pago de intereses moratorios comerciales sobre las sumas que integren la condena, desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos en que incurrió la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A., hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Quinta. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al pago de intereses moratorios comerciales sobre las sumas que integren la condena, debidamente actualizadas o corregidas monetariamente de conformidad con la pretensión cuarta principal o las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta subsidiarias a la pretensión cuarta principal, desde la fecha en que se profiera el laudo hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Pretensión primera subsidiaria a la pretensión quinta principal. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al pago de intereses legales doblados, sobre las sumas que integren la condena, —debidamente actualizadas o corregidas monetariamente de conformidad con la pretensión cuarta principal o las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta subsidiarias a la pretensión cuarta principal— desde la fecha en que se profiera el laudo hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Pretensión segunda subsidiaria a la pretensión quinta principal. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al pago de intereses moratorios sobre las sumas que integran las condenas que se solicitan en esta demanda según la metodología que a tales efectos considerare procedente el tribunal, tomando en consideración los elementos contractuales y/o financieros que considere aplicables, hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Sexta. Que se ordene al Instituto Nacional de Vías, Invías dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Séptima. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

#### **1.4.2. Los hechos de la demanda y fundamentos jurídicos.**

La convocante sustentó sus pretensiones en una serie de hechos que agrupa bajo los siguientes títulos: celebración del contrato (4.1), el contrato de concesión 444 de 1994 y su desarrollo (4.2), el cumplimiento del concesionarios de sus obligaciones de financiación del proyecto (5), incumplimiento y renegociación del contrato de empréstito (6), otras actividades adelantadas por Coviandes S.A. tendientes a facilitarle al Invías el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Morgan Guaranty Trust Company Of New York y evitar las consecuencias de la declaratoria de incumplimiento (default): el recibo provisional del tramo 5 por parte de Coviandes (7), el cumplimiento del concesionario (8), el incumplimiento continuado del Invías (9), consecuencias de la declaratoria de incumplimiento (default) que Conviandes S.A. evitó a través de sus gestiones ante el Morgan Guaranty Trust Company Of New York (10), y diversas solicitudes elevadas por Coviandes S.A. al Invías para el reconocimiento de los mayores costos generados en el crédito (11). Los hechos que se agrupan bajo cada uno de los títulos transcritos se resumen así:

1. Bajo el título celebración del contrato la convocante se ocupa, en primer lugar, de los antecedentes del que luego se convirtió en contrato de concesión 444 de 1994. Dentro de ellos destaca la licitación pública 066 de 1993, abierta por el Invías para “realizar, por el sistema de concesión, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento del sector Santafé de Bogotá – Cáqueza – K 55+000 y el mantenimiento y operación del sector K 500+000 – Villavicencio de la carretera Santafé de Bogotá –

Villavicencio” (fl. 17 de la convocatoria), al tiempo que trae a colación apartes del pliego de condiciones tales como la obligación, a cargo del concesionario, de financiar totalmente el proyecto, la forma de pago y el esquema financiero del proyecto, el procedimiento de adquisición y entrega de predios, la propuesta para la elaboración de los diseños para construcción, y los elementos que debía contener la propuesta financiera.

Narra cómo el Invías, por Resolución 4774 de 24 de junio de 1994, declaró desierta la mencionada licitación, en el curso de la cual el Consorcio Corfiandes, Dragados había sido calificado con el más alto puntaje al tiempo que explica que por oficio DG-9302 la misma entidad estatal invitó a Corfiandes S.A. y Dragados S.A. “a presentar nueva propuesta a efectos de celebrar una contratación directa, **bajo las mismas condiciones del pliego de condiciones** de la licitación, pero agregando al efecto del contrato algunas obras adicionales” (fl. 21 de la convocatoria).

Como respuesta a esta invitación Corfinades S.A. y Dragados S.A., bajo promesa de asociación futura, presentaron oferta el 7 de julio de 1994, la cual fue aceptada por el Invías el 22 del mismo mes. Del contenido de esta propuesta, de la cual se afirma se sujetaba a la información del pliego de condiciones ya mencionado, destaca la actora: “la propuesta señalaba un valor total de la inversión inicial de \$ 79.216'079.084, unos plazos de diseño y programación, de construcción y de operación acordes con lo solicitado en el pliego, y unas tarifas de peaje por estación y por categoría de vehículo que, teniendo en cuenta el tráfico garantizado por el Invías, permitían obtener las tasas internas de retorno ofrecidas, así: TIR inversionista; TIR del proyecto 17,52%” (fls. 21 y 22 del escrito de convocatoria).

En cuanto a las condiciones financieras, destaca la convocante los siguientes párrafos de la oferta del concesionario:

“t. Que la sociedad fiduciaria en la que se constituirá el fideicomiso será Fiduciaria de Occidente S.A.

u. Que se tienen convenidas financiaciones, tanto en pesos como en dólares superiores a la suma de \$ 61.557'668.000, que garantizan ampliamente la ejecución del proyecto.

De acuerdo con el desarrollo de las negociaciones y modificaciones a los términos originales del contrato, se adelantarán sustituciones de financiaciones buscando entidades que ofrezcan en términos del mercado, mejores condiciones a las que inicialmente nos ofrecieron otros establecimientos de crédito.

En los términos de la comunicación DG9945 de julio 5 de 1994 indicamos lo siguiente.

TIR inversionista: 22,57%

TIRDEL proyecto: 17.52%” (fl. 22 de la convocatoria).

2. Bajo del título el contrato de concesión 444 de 1994 y su desarrollo, la demandante explica cómo el 2 de agosto de 1994 se suscribió el mencionado acuerdo de voluntades, destaca una serie de cláusulas que considera relevantes para la decisión del asunto sometido al conocimiento de este tribunal de arbitramento y señala, como hitos significativos del desarrollo del contrato, la suscripción del acta de iniciación de la etapa de diseño y programación, el 30 de septiembre de 1994, el acta de compromiso para iniciación de la etapa de construcción, suscrita el 19 de abril de 1996 y el acta de acuerdo modificadorio de mayo 28 de 1996. Igualmente, se extiende sobre los perjuicios sufridos por el concesionario por la demora en la terminación de la etapa de diseño y sobre la forma como transcurrió la etapa de construcción.

Las cláusulas contractuales que destaca la convocante son las siguientes: primera (objeto); segunda (documentos del contrato); tercera (plazo); cuarta (valor del contrato); quinta (tarifas de peaje); sexta (obligaciones del concesionario); décima quinta (esquema financiero y fondos del contrato); trigésima sexta (ecuación contractual); trigésima octava (responsabilidad civil) y cuadragésima segunda (sujeción a la ley colombiana y renuncia a reclamación diplomática).

A partir de la suscripción del acta de iniciación de la etapa de diseño y programación debía comenzar el plazo de seis (6) meses de que disponían tanto el Invías como el concesionario para el cumplimiento de diversas

obligaciones a su cargo. Pese a que el concesionario adelantó los trabajos de diseño a su cargo en forma normal, “el Invías falló en el cumplimiento de sus obligaciones principales dando lugar a una situación que a la postre imposibilitó la oportuna iniciación de la construcción del primer tramo de la carretera y la terminación” de esta etapa en el término previsto.

Narra igualmente la convocante que a raíz de la elaboración del diseño definitivo a cargo de Conviandes, se pudo establecer que el diseño base suministrado por la entidad estatal y las cantidades de obra previstas para el cálculo de la propuesta del concesionario contenían errores sustanciales, lo que dio lugar a que buena parte de 1995 y parte del primer semestre de 1996 fuera empleado por las partes en busca de modificaciones sustanciales, “necesarias para que el proyecto pudiera ejecutarse con el aporte financiero previsto y dispuesto por el concesionario y con el apoyo de aportes estatales, en el menor monto posible dadas las dificultades presupuestarias del estado, que inicialmente no se habían previsto como parte del esquema financiero de la concesión”. Estas modificaciones al contrato quedaron consignadas en el acta de compromiso para la iniciación de la etapa de construcción del contrato 444 de 1996, de 19 de abril de 1996, de la cual resalta el escrito de demanda lo concerniente con la financiación del proyecto y con los plazos de la etapa de construcción.

También en 1995 se detectó que el trazado de la vía que preveía el pliego de condiciones en el tramo 2 – variante de Chipaque – podría tener efectos negativos de naturaleza ambiental que podrían afectar la estabilidad de la vía y las condiciones hidrológicas de la zona con repercusiones directas en la supervivencia de los habitantes de la región. Esta circunstancia llevó a las partes a estudiar la posibilidad de construir el denominado Túnel de Boquerón y culminó con la suscripción del acta de acuerdo modificadorio de 28 de mayo de 1996, en virtud de la cual Coviandes realizó los estudios y diseños correspondientes de este Túnel, “hasta llevarlos al nivel de un proyecto definitivo que, junto con su presupuesto de obra, permitiera al Invías incorporarlo dentro de las soluciones necesarias para ejecutar el proyecto de concesión”. En la misma acta las partes estipularon modificaciones a las metas físicas del proyecto, “los costos de su ejecución, el valor de oportunidad de los aportes a cargo del Estado y algunos convenios o acuerdos complementarios que permitieran el inicio inmediato de la construcción”, al tiempo que “el Invías declaró aprobados los diseños definitivos de los tramos 1 y 2 de la carretera y aprobados los estudios a nivel de anteproyecto para el tramo El Antojo-Puente Real (tramo 3 del proyecto modificado).

Del texto del acta de acuerdo modificadorio la contratante resalta la forma como se plasmó en la misma “el esquema obligacional de las partes” en cuanto a: a) el alcance de proyecto; b) la construcción del tramo 4, que se eliminó como obra a cargo del concesionario y respecto de la cual quedó pendiente si el Invías la construiría con otro contratista o si entregaría su construcción al concesionario, caso en el cual le sería necesario a la entidad estatal aportar recursos propios; c) el momento en que el Invías cedería los derechos de recaudo del peaje de la caseta de la estación Cáqueza – Villavicencio; d) materia de plazos; d) valor total de proyecto y e) entrega de los diseños definitivos de las obras construidas en el tramo Puente Téllez – Villavicencio”. También destaca como, según se lee en la cláusula 17 de este acuerdo, que el mismo no significó “renuncia de las partes sobre derechos a reclamaciones originadas en la ejecución del contrato hasta la fecha de suscripción de la presente acta”.

Respecto de los perjuicios que afirma la convocante haber sufrido por la demora en la terminación de la etapa de diseño y construcción, explica que ellos dieron lugar a un trámite arbitral que culminó con laudo que se profirió el 7 de mayo de 2001, del cual se transcriben en la demanda algunos apartes.

Dentro la etapa de construcción la actora aclara al tribunal cómo de acuerdo con el contrato 444 de 1994 y su acuerdo modificadorio de 28 de mayo de 1996, la construcción y la rehabilitación de unos tramos de la carretera Bogotá – Villavicencio estarían a cargo de Coviandes S.A., mientras que las obras de otros tramos debían ser ejecutadas por el Invías, mediante contratos que había suscrito con otras firmas; para la entrega de cada uno de estos tramos se previeron plazos, de modo que al recibo de los tramos a cargo de la entidad estatal el concesionario pudiera operar la carretera y recibir el recaudo de los peajes previstos en el contrato de concesión. Sobre esta base, afirma la actora, “se había diseñado la economía del contrato sobre cuya base el concesionario debía obtener oportunamente la financiación requerida, para la cual los ingresos por peajes cedidos al fideicomiso conforme a lo estipulado en el contrato debían servir como principal garantía. Con el producto de los peajes, igualmente, debía el concesionario recuperar adecuadamente las inversiones realizadas”.

Finalmente, en la demanda se explica que el mismo 28 de mayo de 1996 las partes suscribieron el acta de iniciación de la etapa de construcción, donde quedó constancia de que el Invías había aprobado los diseños definitivos y los precios y cantidades del Túnel de Boquerón y sus accesos; la vigencia de esta acta quedó supeditada a la aprobación del programa de construcción y a la obtención de los certificados de vigencias futuras, lo cual tuvo lugar el 26 de junio de 1996.

3. Bajo el título el cumplimiento del concesionarios de sus obligaciones de financiación del proyecto, la convocante se refiere a los siguientes hechos relacionados con el asunto objeto del presente trámite arbitral: obtención de la carta de compromiso del JP Morgan; la suscripción del contrato de crédito; el cumplimiento de Coviandes S.A. en la obtención de la financiación internacional; el mantenimiento de condiciones originales para el primero y segundo desembolso efectuado por el Morgan a Coviandes S.A., el cual se relaciona con el alegado cumplimiento de la concesionaria y el alegado incumplimiento del Invías; la suscripción de varios acuerdos por la concesionaria y la entidad estatal de varios acuerdos cuyo estudio es necesario para comprender el *petitum* de la demanda; las condiciones para el desembolso del crédito correspondiente al mes de julio de 1998, y el incumplimiento del Invías en el incremento de tarifas en la estación El Pipiral, y en la terminación de los tramos 5 y 6.

Respecto de la obtención de la carta de compromiso del JP Morgan, expone la demanda cómo el 6 de diciembre de 1996 el JP Morgan Securities INC., otorgó a Conviandes una carta compromiso para financiar la cantidad de sesenta y cinco millones de dólares (\$ 65'000.000), para la construcción de la “carretera de peaje Santafé de Bogotá – Villavicencio”. Según esta carta el mencionado banco actuaría como agente de un grupo de bancos que este sindicaría para la ejecución del contrato. Esta carta de compromiso, que se registró en el Banco de la República el 11 de marzo de 1997, “supeditó el cierre del crédito a la debida demostración por parte de Coviandes sobre la legalidad de la operación, las proyecciones económicas del negocio de concesión y la demostrada capacidad del deudor para asegurar el repago de los préstamos que se produjeran bajo el contrato de crédito”.

El 12 de marzo de 1997 se suscribió el acta de acuerdo modificadorio 4, “a fin de regular aspectos relacionados con el cobro de tarifas de peaje, a fin de regular aspectos relacionados con el cobro de tarifas de peaje, manteniendo incólume el equilibrio del contrato”, y modificando el numeral cuarto del acta de acuerdo modificadorio de 28 de mayo de 1996.

Continúa la demanda con la suscripción del contrato de crédito, la que tuvo lugar el 12 de abril de 1997 con la participación de Fiduciaria de Occidente S.A. como fiduciario, sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A. como prestatario ciertos bancos y el Morgan Guaranty Trust Company Of New York como agente; con este documento, cuyas condiciones habían sido conocidas y aceptadas de antemano por el Invías, se definió el cierre de la negociación que había llevado a cabo el concesionario para financiar el proyecto. Como fundamento de que la entidad estatal estaba al tanto de las negociaciones, transcribe la actora en los hechos de la demanda aparte de una comunicación de abril de 1997, suscrita por el director general de aquella al Morgan Guaranty Trust Company Of New York.

Igualmente, se lee en la demanda que “entre los documentos de cierre, además del contrato, se incluyeron el compromiso de pago de Coviandes S.A. y la Fiduciaria de Occidente, los contratos de prenda a favor del banco, y los documentos de declaraciones y confirmaciones de los interesados”.

Bajo el subtítulo cumplimiento de Coviandes S.A. en la obtención de la financiación internacional, la convocante ilustra con un cuadro el cronograma de desembolsos y amortizaciones del crédito desde julio de 1997 hasta septiembre de 2002, al tiempo que enumera los contratos de “garantía” que se celebraron para respaldar las obligaciones de la concesionaria derivadas del mismo contrato de crédito: a) modificación del contrato de fiducia para incluir como primer beneficiario de la misma al agente; b) contrato de prenda en primer grado sobre los recursos del fideicomiso, suscrito entre Fiduciaria de Occidente S.A. y el agente; c) contrato de prenda en primer grado de los accionistas mayoritarios de Coviandes, sobre las acciones de los mismos en esta compañía, y d) contrato de encargo fiduciario sobre las acciones de Conviandes entre Coviandes y la Corporación Financiera de los Andes S.A.

Según se lee en la demanda, “las condiciones del contrato de crédito incluyendo los contratos accesorios al mismo,

antes descritos, y en general las condiciones de financiación fueron conocidas, aceptadas y confirmadas en su totalidad por el Invías como consta en la declaración suscrita por el director del Invías en abril de 1997, antes transcrita”.

Bajo el subtítulo el mantenimiento de condiciones originales para el primero y segundo desembolso efectuado por el Morgan a Coviandes S.A., el cual relaciona con el alegado cumplimiento de la concesionaria y el alegado incumplimiento del Invías, la concesionaria destaca cómo cumplió con sus obligaciones tendientes a obtener los recursos ofrecidos por el banco, a raíz de lo cual este último realizó el primer desembolso, por US \$ 25'000.000, en julio de 1997 y un segundo en enero de 1998, mientras Coviandes pagó oportunamente los intereses que había pactado. En síntesis, hasta “julio de 1998 el costo del crédito tuvo el comportamiento esperado”.

Igualmente, dentro del capítulo de hechos de la demanda la convocante destaca la suscripción de varios acuerdos por la concesionaria y la entidad estatal cuyo estudio es necesario, según ella, para comprender sus pretensiones. En primer lugar menciona el acta 4 de marzo de 1997, donde las partes acordaron aplazar el incremento de las tarifas del peaje de Pipiral hasta el 1º de agosto de 1997, a raíz de las quejas de los representantes de la comunidad, derivadas del retraso de los trabajos a cargo del Invías en los tramos 4, 5 y 6 de la vía. Este acuerdo vino acompañado con el complementario de modificar la ingeniería financiera del proyecto a más tardar el 15 de agosto de 1997, “para establecer el monto compensatorio que debía pagar el Invías a Conviandes por razón de esta demora en el incremento de las tarifas de peaje, pago que se convino hacer a más tardar el 30 de junio de 1998”.

En segundo lugar se cita el acta 5 de 27 de junio de 1997, donde:

“se hizo constar la aprobación del costo de construcción para el tramo 3, resultante de los diseños definitivos (Incluyó un valor provisional para el sector de ‘Abasticos’ sujeto al ajuste que requiriera con base en la aprobación del diseño especial para este sector).

De conformidad con el numeral 8º del acta de acuerdo 5 —iniciación de la construcción del tramo 3—, las partes acordaron modificar el cronograma vigente para las obras del tramo 3 y la variante de Cáqueza, teniendo en cuenta que las obras se debían iniciar al día hábil siguiente de la firma del acta, esto es, el 1 de julio de 1997, y no el 1º de junio de 1997. Es decir, las obras del tramo 3 y de la variante de Cáqueza debían terminarse en diciembre de 1998, y no en noviembre de 1998, por lo que el peaje de Cáqueza iniciaría su operación en enero de 1999 y no en diciembre de 1998”.

La ingeniería financiera anexa a esta acta incluyó las fechas de iniciación y terminación de cada tramo a cargo del concesionario, así como la operación y recaudo de los peajes.

En tercer lugar, se citan las actas 10 y 11, de 3 de diciembre de 1998. En la primera de ellas las partes acordaron que Coviandes ejecutara “obras complementarias”, comprensivas del tramo 5, el valor de cuya financiación se compensaría al contratista, para lo cual el Invías asumió el compromiso de incrementar, a su nivel contractual, las tarifas de Pipiral a más tardar el 1º de enero de 1999.

En el acta 11 de 3 de diciembre de 1998, “las partes regularon contractualmente la problemática relacionada con el recibo provisional del tramo Puente Téllez – Caño Seco de la Carretera Bogotá – Villavicencio. En este documento reconocieron expresamente el incumplimiento de Invías en relación con su obligación contractual de entregar al concesionario, para su mantenimiento y operación, el denominado tramo 5”.

En cuanto a las condiciones para el desembolso del crédito correspondiente al mes de julio de 1998, la convocante recuerda como el JP Morgan realizó dos desembolsos, uno en julio de 1997 y debía realizar otro en el mes de julio de 1998 por valor de US\$ 15'000.000, el cual estaba condicionado al cumplimiento por parte del Invías de dos obligaciones que se derivaban del contrato de concesión: la entrega a Coviandes del acta de entrega que confirmara la terminación del tramo 5 del proyecto (tramo entre Puente Téllez y Caño Seco) y/o que los “ingresos por peajes del proyecto para el año inmediatamente anterior son mayores que los previstos en las proyecciones base para ese año, ambas y en cualquier caso con una declaración escrita de Coviandes e Invías en la que se establezca que cada uno de ellos no tiene razón para creer que los tramos 4 y 6 no serán completados oportunamente, sustancialmente de acuerdo con el contrato de concesión”.

Finalmente, respecto del incumplimiento del Invías en el incremento de tarifas en la estación El Pipiral, en la terminación de los tramos 5 y 6, las que la demanda denomina “causa directa del perjuicio”, se (sic)

3. Incumplimiento y renegociación del contrato de empréstito es el título bajo el cual el escrito de convocatoria desarrolla las demoras del Invías en la entrega, a la concesionaria, de los tramos 4, 5 y 6 de la carretera Bogotá – Villavicencio y en la operación de la tarifa plena de la estación de peaje El Pipiral y explica su impacto en la financiación internacional del proyecto y en el desembolso previsto para julio de 1998. En este orden de ideas, hace la relación de varias comunicaciones que se cruzaron la entidad estatal y su contratista sobre el tema:

- Comunicación GG0572 de 5 de marzo de 1998, dirigida por Coviandes S.A. al director del Invías para advertirle de la situación que se estaba presentando en relación con el desembolso que debía tener lugar en julio de 1998. En la misma comunicación se solicitó información a la entidad estatal sobre diversos temas relativos a la entrega de los tramos 4, 5 y 6 y a las “gestiones adelantadas por el Invías ante el comité de manejo de la vía, de conformidad con el acta de conciliación suscrita el 1º de diciembre de 1997 entre el Invías y el comité coordinador de las organizaciones empresariales, políticas, sociales y sindicales (...), tendientes a analizar la justificación de la tarifa plena contemplada en el contrato de concesión 444 de 1994 para su aplicación”;
- Oficio SCO 12154 de 26 de mayo de 1998, por medio del cual el subdirector de concesiones del instituto (E) “aseguró a Coviandes S.A. que los tramos 4, 5 y 6 le serían entregados antes de la fecha prevista contractualmente;
- Comunicación GG 1321 de 26 de mayo de 1998, dirigida por Coviandes S.A. al Invías, donde insistió en la urgencia de que “el Invías produjera un oficio con destino a las entidades financieras, en el cual explicara las acciones desarrolladas por la entidad para culminar satisfactoriamente las obras del sector Caño Seco – Villavicencio, advirtiendo las consecuencias de que el mismo no se produjera”, se pronunciara sobre la terminación de los túneles de Bijagual y Buenavista y suministrara los cronogramas de la licitación del viaducto de Pipiral y de “las demás obras de superficie, con fecha programada de entrega al concesionario, al igual que el informe de las gestiones del Invías para la consecución de recursos”;
- Comunicación GG1413 de 2 de junio de 1998, por medio del cual Coviandes recordó al Invías las condiciones que el contrato de empréstito con el agente Morgan Guaranty Trust Company de New York exigía en la sección 3.02 para el desembolso correspondiente a julio de 1998. En esta misma comunicación la concesionaria reiteró las solicitudes de información que había elevado a la entidad estatal y que no habían sido respondidas aún por ella;
- Oficio SCO 26227 de 3 de julio de 1998, del Subdirector de Concesiones, destinado al Morgan Guaranty Trust Company de New York a través de Coviandes, donde este funcionario afirmó: a) que por razones de caso fortuito y fuerza mayor sucedidas el 29 de mayo de 1998, “no se había enviado acta de entrega debidamente firmada por el Invías confirmando la terminación del tramo 5 del proyecto”; b) “que se esperaba que la terminación y entrega de las anteriores obras finalizaría en julio de 1998”; c) que la tarifa contractual del peaje de El Pipiral no se encontraba en vigencia pero que el Invías había aplicado un alza sustancial el 8 de diciembre de 1997 y que como había habido un aumento en el tráfico, ella se había reflejado en el recaudo. Respecto de este oficio, igualmente, agrega la demandante que “Independientemente de lo anterior, el Invías reconoció que la diferencia en ingresos resultante de las menores tarifas, con respecto a la Ingeniería Financiera, debía ser compensada al concesionario, lo que a la fecha no se ha cumplido”.
- Comunicación GG 1835 de 10 de julio de 1998, dirigida por Coviandes al Morgan Guaranty Trust Company para enviarle a este último el informe de ejecución del proyecto que había suscrito el Invías y para solicitarle el desembolso de 31 de julio de 1998;
- Respuesta del Morgan Guaranty Trust Company, remitida vía fax a Coviandes el 24 de julio de 1998, donde aquel le manifiesta a la segunda que para efectos del desembolso solicitado era necesario acreditar la terminación y entrega del tramo 5, el aumento del peaje El Pipiral a las tarifas contractuales y “la confirmación por parte de Coviandes de que no existía causa alguna para dudar de que el tramo 3 se terminaría en la fecha programada, esto es, diciembre 31 de 1998”. En esta misma comunicación venía la advertencia de que de no cumplirse las anteriores condiciones se configurarían una situación de incumplimiento, por lo cual se reservaba el derecho, a título de sanción, de incrementar los intereses del crédito desde el primer día del trimestre y hasta cuando Coviandes

remitiera la evidencia solicitada.

Igualmente, en esta parte de la demanda expresa la convocante: a) que las obras del tramo 5 tuvieron que ser, finalmente, financiadas por el concesionario y ejecutadas por este en la última semana de diciembre de 1998, por expresa solicitud del Invías; b) que a la fecha de la demanda el Invías no había compensado al concesionario las diferencia de ingresos resultante de las menores tarifas, con respecto a la ingeniería financiera, en el peaje El Pipiral, y c) las exigencias de la entidad bancaria solo dependían de que el Invías cumpliera las obligaciones que había pactado para con el concesionario en el contrato 444 de 1998, desde su suscripción, por lo cual el daño que alega haber sufrido la convocante en este tribunal de arbitramento se deriva únicamente del reiterado incumplimiento de la entidad estatal.

Para mitigar “los nocivos efectos contractuales” del reiterado y continuo incumplimiento contractual del Invías, la concesionaria llevó a cabo conversaciones con los funcionarios del Morgan Guaranty Trust Company de New York con el doble fin de: a) “cambiar las onerosas condiciones del desembolso” y, b) lograr que no se calificara la situación generada por la conducta del Invías como “evento de incumplimiento”. Como consecuencia de estas conversaciones “la entidad financiera aceptó modificar el contrato de crédito, **renunciando al derecho que tenía de exigir el cumplimiento de la condición pactada en el artículo 3.02 (a) –y en consecuencia, eliminando totalmente la consideración de la situación de incumplimiento del contrato de crédito (“event of default”)** a cambio de un incremento en la tasa de interés, incremento aplicable hasta tanto no se cumpliera con lo estipulado en la mencionada sección 3.02 (a), lo cual debía ocurrir a más tardar el 27 de octubre de 1998, incremento que era exactamente igual al planteado por el JP Morgan en su fax de julio 23 de 1998”, todo lo cual quedó consignado en carta de acuerdo que firmaron el agente, Coviandes y la Fiduciaria de Occidente el 27 de julio de 1998, cuyo registro fue solicitado por la concesionaria al Banco de la República mediante comunicación de 3 de agosto de 1998.

A través de las comunicaciones GG2922 de 14 de octubre de 1998 y GG3069 y GG3071 de 26 del mismo mes Coviandes solicitó al Invías y a su interventoría “el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo con el objeto de remitir la evidencia solicitada por el Morgan Guaranty Trust Company of New York a más tardar el vencimiento del plazo acordado con esta última entidad. Estas comunicaciones no obtuvieron respuesta. Ante esta situación, la concesionaria solo pudo comunicar al banco “que no tenía razones para pensar que los trabajos de construcción del tramo 3 a su cargo no serían terminados el 31 de diciembre de 1998”.

Durante el mes de octubre el Invías se dedicó, “ajeno de los efectos lesivos que producía su continuado incumplimiento en el contrato de concesión 444/94”, a adelantar conversaciones con la comunidad las cuales culminaron en el acta de 12 de noviembre de 1998, en la que la entidad estatal y el comité técnico coordinador determinaron “que los beneficios contemplados en el modelo matemático para establecer el ahorro en los costos de operación, solo podrían ser disfrutados por los usuarios de la vía una vez se concluyera el tramo 5”.

4. De acuerdo con el texto de la contestación de la demanda, además de las actividades mencionadas en los hechos anteriores para mitigar el daño, hubo otras actividades adelantadas por Coviandes S.A. tendientes a facilitarle al Invías el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Morgan Guaranty Trust Company Of New York y evitar las consecuencias de la declaratoria de incumplimiento (default): el recibo provisional del tramo 5 por parte de Coviandes.

Las actividades a las que se refiere esta parte de la demanda fueron la suscripción de las ya referidas actas 10 y 11, el 3 de diciembre de 1998. En la primera de ellas, como el Invías había tomado la decisión de autorizar el ajuste de las tarifas del peaje de El Pipiral a partir del 1º de enero de 1999, “Coviandes se comprometió a financiar y ejecutar obras complementarias hasta por \$ 1.500.000.000. para ejecutar las obras faltantes más urgentes en el tramo Puente Téllez-Caño Seco (tramo 5)”. En la segunda, Coviandes acordó el recibo provisional del tramo 5.

Como consecuencia de los acuerdos contenidos en las actas mencionadas Coviandes, pese a la oposición de la comunidad y “hasta donde esta lo permitió”, cumplió con las obligaciones que había adquirido “incluso aquellas ordenadas a última hora el 24 de diciembre de 1998”. Entre marzo de 1999 y junio del mismo año, Coviandes remitió al Invías los estudios correspondientes al tramo 5, los costos estimados de las obras que su ejecución requería y el informe con las recomendaciones técnicas y económicas para resolver los problemas del pavimento.

Además, la concesionaria resalta, en esta parte de los hechos de la demanda, que en el considerando número 6 del acta 11 de 3 de diciembre de 1998 las partes dejaron constancia de que mientras no se hiciera la entrega definitiva del tramo 5, este podría verse afectado por cuanto no había quien pudiera hacerse cargo del cuidado necesario para su deterioro. Igualmente en el mismo documento quedó claro que la colaboración del concesionario no “significaba su disposición a subsanar o condonar los ingentes perjuicios que hoy reclama derivados de la conducta omisiva de su contratante”: la finalidad de esta colaboración era la de facilitar al Invías el cumplimiento del contrato.

6. Bajo el título el cumplimiento del concesionario explica la demandante cómo Coviandes colaboró con el Invías en otros aspectos relacionados con la construcción de la carretera Bogotá – Villavicencio: financiación a través del mecanismo de endoso de cuentas, hasta por doscientos millones de pesos (\$ 200'000.000), de la compra de predios para terminar las obras de Monterredondo y Puente Quetame, del tramo 5, y obras adicionales para Puente Quetame y Monterredondo, con cargo al fondo de mantenimiento provisional del tramo 5.

7. El incumplimiento continuado del Invías se configura, según los hechos de la demanda, por cuanto esta entidad estatal decidió el traslado de la estación de recaudo del Alto de la Cruz a Puente Quetame, medida que fue comunicada a Coviandes el 18 de diciembre de 1998. Además, la entidad estatal incumplió su compromiso de ajustar las tarifas del peaje El Pipiral el 1º de enero de 1999 al nivel contractual. La concesionaria manifestó su inconformidad con tales conductas y advirtió al Invías las consecuencias de estas conductas.

El 13 de enero de 1999 Coviandes “le remitió al Morgan Guaranty Trust Company of New York la evidencia de que las obras del tramo 3 a su cargo habían sido culminadas el 26 de diciembre de 1998 (...) al igual que le comunicó que la operación y el recaudo de peaje en ese sector habían iniciado el 1º de enero de 1999”.

Por su parte, el Invías, remitió al Morgan Guaranty Trust Company o New York oficio del subdirector de concesiones donde le solicitó considerar “como evidencia del cumplimiento de las condiciones exigidas en el contrato de crédito, para su normalización, la entrega provisional del tramo 5 al concesionario mediante el acta de acuerdo 11 del 3 de diciembre de 1998 y el aumento de las tarifas en el peaje de El Pipiral hasta el 86.3% de las tarifas establecidas en el contrato de concesión 444 de 1994, mientras finalizaban las obras de Puente Quetame y Monterredondo”.

El 1º de febrero de 1999 el Banco respondió a la solicitud del Invías “precisando que en el caso de cumplirse con lo determinado en la Carta de acuerdo del 27 de julio de 1998 durante el primer mes del período de interés correspondiente al trimestre de enero 27 a abril 27 de 1999, la tasa de interés se calcularía como un promedio ponderado de los ‘spreads’ o márgenes para cada uno de los meses, como se había descrito en la carta respectiva. De lo contrario los términos sancionatorios establecidos en la carta de acuerdo continuarán observándose”. Adicionalmente, el 19 de agosto de 1999 el banco confirmó que la tasa de interés sancionatorio continuaba y continuaría hasta el último día del período de interés en que Coviandes cumpliera lo pactado con él.

Para concluir lo expuesto bajo este título de los hechos de la demanda, en ella se lee:

“Teniendo en cuenta que el cumplimiento por Coviandes S.A. del requisitoatrás enunciado depende única y exclusivamente de la decisión del Invías y hasta la fecha, el Invías no ha observado los acuerdos contractuales que permitan cumplir con la evidencia exigida por el Morgan Guaranty Trust Company of New York para levantar la sanción impuesta sobre el crédito obtenido por Coviandes S.A. para la financiación del proyecto, como antes se vio, Coviandes S.A. ha tenido que continuar con los onerosos e imprevistos pagos de intereses al banco, por cuanto su obligación como contratista para que el proyecto se llevara a feliz término, procurando minimizar **hasta donde le fuera posible**, el costo por los perjuicios, cuyo valor hubiera sido inimaginable, si el proyecto se hubiera paralizado por la falta de desembolsos del crédito, a partir de julio de 1998”.

8. Consecuencias de la declaratoria de incumplimiento (default) que Coviandes S.A. evitó a través de sus gestiones ante el Morgan Guaranty Trust Company Of New York es el título con que la convocante analiza, a la luz del contrato de crédito, los efectos que el alegado incumplimiento por parte del Invías habría tenido para el proyecto y para concesionario.

Se hace referencia al evento de incumplimiento que se relaciona particularmente con el incumplimiento de la entrega del tramo 5, debidamente terminado. Se cita así el artículo 7.01 del contrato de crédito, a la luz del cual la conducta de la entidad estatal es calificada por la actora como un evento de incumplimiento que, habría conducido a que los bancos no realizaran el tercer desembolso pactado, a la aceleración de la deuda y a al cobro de las garantías pactadas en caso de que Coviandes no pudiera cumplir la totalidad de las sumas debidas.

Igualmente, analiza la demanda cómo, en virtud de la cláusula 5.2 del contrato de fiducia, los remanentes disponibles de la misma deberían haberse destinado de manera prioritaria al pago de la deuda, en el evento de su aceleración, al tiempo que explica que en virtud de la prenda que el fiduciario otorgó al agente sobre los recursos de fideicomiso, este último podría hacer efectiva esta garantía y convertirse en el nuevo titular de los recursos del fideicomiso.

También en el evento de incumplimiento el agente habría podido hacer efectiva la prenda sobre las acciones de los accionistas mayoritarios de Coviandes, pactada como garantía del cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria en el contrato de crédito, y la fiduciaria habría tenido que dar cumplimiento al contrato mediante el cual los accionistas mayoritarios de Coviandes le encargaron de vender sus acciones en cualquier evento de incumplimiento que no hubiese sido subsanado en un plazo de sesenta (60) días, y destinar el producto de la venta para aplicarlo al pago del saldo del crédito.

Todos estos efectos fueron evitados gracias a los esfuerzos de Coviandes y al acuerdo que logró con los bancos, quienes renunciaron a la declaratoria del evento de incumplimiento a cambio de “un incremento en la tasa de interés a partir del 27 de julio de 1998, y no a partir de septiembre 10 de 1998 como había propuesto el JP Morgan en su carta de julio 23 de 1998”.

Además de las consecuencias que evitó el anotado comportamiento de Coviandes y que ya fueron escritas, también analiza la demandante en este aparte del escrito de convocatoria las razones por las cuales no le era posible buscar alternativas de financiación que le hubieran permitido sortear la situación que enfrentaba: a) las limitaciones que el propio contrato de crédito le imponía en su artículo 5.04, b) las restricciones cambiarias vigentes que le habrían impuesto a Coviandes un importante costo adicional.

Finalmente, el escrito de convocatoria se extiende sobre las diversas solicitudes elevadas por Coviandes S.A. al Invías para el reconocimiento de los mayores costos generados en el crédito, las cuales no han encontrado respuesta alguna, razón por la cual la concesionaria se ha visto en la necesidad de acudir a una definición judicial de esta controversia.

Como sustento jurídico la parte convocante invocó los artículos 2º, 3º, 6º, 58, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política; los artículos 41, 42 y 87 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 3º, 4º, 5º, 24, 27 y 45 de la Ley 80 de 1993; los artículos 14, 15, 46, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615, 2056, 2341 y 2347 del Código Civil; el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal; los artículos 868, 870, 871 y 884 del Código de Comercio; la Ley 640 de 2001 y las cláusulas contractuales.

#### **1.4.3 Oposición a las pretensiones.**

Invías se opuso expresamente a todas las pretensiones y al efecto formuló las siguientes excepciones de mérito:

- a) “La genérica de ley.
- b) “Falta de competencia del tribunal de arbitramento e inexistencia del compromiso o clausula compromisoria para dirimir diferencias con terceros”.
- c) “Inexistencia de responsabilidad a cargo el (sic) Invías”.
- d) “Nulidad de la etapa prearbitral”.

#### **1.4.4 Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.**

Respecto de los hechos de la demanda, la convocada en general manifiesta atenerse a lo probado en el curso del

proceso o los niega y en algunas ocasiones hace algunas precisiones que serán objeto de síntesis en esta parte del presente laudo:

1. En relación con los hechos que la demanda agrupa bajo el título celebración del contrato, precisa el Invías que si bien se atendrá a lo que resulte probado en el proceso, debe resaltar que “el proceso de selección 66 de 1993, no guarda ninguna relación con el contrato finalmente celebrado por las partes, pues además de que no concuerda ni en el trazado ni en el costo, en el desarrollo del contrato se celebraron actas de acuerdo que modificaron las condiciones originales”. Sobre las referencias que la convocante hace de disposiciones contractuales se pronuncia diciendo que la convocante confunde los hechos de la demanda con apreciaciones jurídicas que no se aceptan por el Invías en razón de haber celebrado diversos acuerdos “que modificaron algunas de las cláusulas que la convocante pretende presentar como necesarias para el entendimiento de esta demanda, y que por lo mismo no pueden ser aplicadas por el tribunal”.

2. Respecto de las actas que la actora cita bajo el título desarrollo del contrato, el Invías manifiesta que si bien los hechos que a propósito de ellas trae la demanda no son ciertos como está presentados, se trata de documentos que demuestran que el contrato 444 de 1994 no guarda relación con el proceso licitatorio 066 de 1993. Igualmente atribuye efectos de confesión a las expresiones de la demanda que afirman que fueron acuerdos expresos de las partes en el acta de 28 de mayo de 1996, contenidas en el punto 9 de la misma. Todo ello para concluir que:

“... Para mantener la ecuación financiera del contrato no existe obligación distinta para el Invías que cumplir con la cesión de peajes y el pago de las garantías de tráfico, razón por la cual ni los otros hechos que menciona como incumplimientos, ni mucho menos los acuerdos de financiación le generan responsabilidad al Invías, ya que como se puede concluir y se demostrará adicionalmente, el concesionario era absolutamente autónomo en la gestión financiera; y por ende asumía la responsabilidad y riesgo en la consecución de la financiación del proyecto”.

3. Sobre los hechos que narra la demanda en el acápite denominado el cumplimiento del concesionario de su obligación de financiación del proyecto, se lee en la contestación:

3.1. No son ciertos los que se narran bajo el subtítulo obtención de la carta de compromiso del JP Morgan y corrige la fecha de la carta de compromiso otorgada por esta entidad crediticia; según la convocada fue otorgada el 6 de diciembre de 1996, seis meses y ocho días después del acta de acuerdo de 28 de mayo de 1996.

3.2. Niega los hechos subtitulados el contrato de crédito y resalta que el contrato de crédito fue anterior a la carta expedida por el director, “carta de la cual la convocante artificiosamente intenta vincular como documento de conocimiento y aceptación de las condiciones por parte de mi defendida”, de donde concluye que “si se acepta como fecha de la referida carta, la consignada por la apoderada de la convocante en el folio 46 de la demanda, y se toma el contenido mismo de dicha carga debe concluirse que no existe en ella manifestación de compromiso alguno de la entidad, sino ratificación de compromisos del contrato”.

Cita además la que en su opinión es aceptación y confesión de la convocante cuando en su demanda afirma que el acta de 12 de marzo de 1997 tenía como “fin regular aspectos relacionados con el cobro de las tarifas de peaje, manteniendo incólume el equilibrio económico del contrato”.

Todo ello para concluir “... si existía un acuerdo anterior expreso en el sentido de que los documentos no generaban responsabilidad para mi defendida, y acta de acuerdo también anterior, que en decir de la demandante mantuvo el equilibrio del contrato, no son entendibles las razones por las cuales por un acto autónomo y posterior del concesionario, que no atiende ni el contrato ni los compromisos de las partes, se pretenda demandar como se demostrará más adelante, un supuesto y mal fundado desequilibrio o perjuicio en el contrato del concesión 444/94”.

3.3. También niega los hechos titulados cumplimiento de Conviandes S.A. en la obtención de la financiación internacional y resalta las que en su opinión son algunas inconsistencias al respecto pues considera que el Invías únicamente se comprometió a colaborar con Coviandes, sin adquirir responsabilidad alguna por el contrato de crédito o sus contratos accesorios; en ningún momento en la carta del director del Invías aparece referencia expresa al conocimiento y a la aceptación del contrato de crédito.

## CAPÍTULO II

### **Presupuestos procesales**

Los presupuestos procesales están dados. En efecto, como se señaló en la providencia por virtud de la cual el tribunal asumió competencia, de conformidad con las certificaciones que obran en el expediente Coviandes es una sociedad comercial debidamente constituida y su representante legal es mayor de edad; por su parte, Invías es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte y su representante legal es también mayor de edad.

Igualmente, ambas partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Al analizar su competencia, los suscritos árbitros encontraron que el tribunal estaba debidamente integrado e instalado, que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y que las partes tienen capacidad para transigir. Ahora bien, como quiera que la parte convocada y el Ministerio Público alegaron una supuesta falta de competencia del tribunal, aquella como excepción de mérito y esta dentro de su concepto final, en las consideraciones de este laudo se volverá sobre el tema.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

## CAPÍTULO III

### **Pruebas practicadas**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos y solicitaron la remisión de otros, los cuales fueron incorporados al expediente con las formalidades legales y algunos de ellos debieron ser traducidos del idioma inglés al español.

A solicitud de las partes y del Ministerio Público se recibieron varios testimonios.

Se decretaron y practicaron dos diligencias de inspección judicial en la sede de la parte covocante y de Fiduciaria de Occidente S.A. Igualmente la parte convocada remitió varios documentos que le fueron solicitados.

Igualmente se decretaron y practicaron un dictamen pericial contable y uno financiero, los cuales fueron materia de aclaración y adición y, posteriormente, ambos objetados por el Ministerio Público el último por la parte convocada.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

## CAPÍTULO IV

### **Alegaciones de las partes y concepto del Ministerio Público**

Dentro de la audiencia que tuvo lugar el día 25 de marzo de 2002 los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales. Cada uno de ellos expuso las razones por las cuales debían prosperar sus pretensiones o excepciones y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado, los cuales, junto con los escritos de demanda y contestación fueron estudiados por el tribunal y a los aspectos planteados se referirá el tribunal en sus consideraciones.

Por su parte la señora agente del Ministerio Público presentó su concepto el día 24 de marzo de 2004. En dicho documento hace un recuento de las pretensiones y fundamentos jurídicos de la demanda y de las razones aducidas por el Invías. Igualmente efectúa un análisis del esquema financiero pactado en el contrato de concesión y sus modificaciones, así como del acta compromiso y del contrato de crédito suscritos entre Coviandes y el JP Morgan. De este análisis concluye el Ministerio Público que las partes no convinieron en que la concedente debía responder por los sobrecostos ocasionados con el contrato de crédito sino que, por el contrario, que el concesionario actuaría

con plena libertad tanto en escoger las entidades financieras como en discutir con ella las cláusulas contractuales, y que, en esas condiciones, no se entiende cómo es posible sujetar el cumplimiento de un contrato de crédito a condiciones que debe cumplir un tercero y menos deducir de allí responsabilidad alguna. Agrega que no se puede desconocer que el Invías incurrió en demoras para con el concesionario tanto en la entrega de tramos como en la recepción de dineros por peajes, pero que ellos fueron reconocidos en el laudo arbitral proferido en el año 2001. Finalmente, advierte que el riesgo financiero en los contratos de concesión de obra debe ser asumido por el concesionario y las circunstancias de imprevisión deben reclamarse ante la entidad prestataria o ante el concedente si se pactó dentro del contrato de concesión la responsabilidad en ese asunto.

## CAPÍTULO V

### Consideraciones del tribunal

#### 5.1. Sobre la competencia del tribunal y la excepción formulada.

Dentro del traslado de la demanda la parte convocada propuso la excepción de mérito que denominó “falta de competencia del tribunal de arbitramento e inexistencia del compromiso o clausula compromisoria para dirimir diferencias con terceros”. Por su parte, la señora agente del Ministerio Público en su concepto final también expresó sus reparos a la competencia del tribunal y le solicitó a los árbitros hacer ese estudio en este laudo.

Los argumentos tanto de la excepción propuesta por la parte convocada como de la alegación de la procuraduría se contraen a señalar que el asunto que es objeto de este proceso no corresponde a una diferencia entre las partes del contrato de concesión 444 de 1994 sino que se refiere a divergencias surgidas en desarrollo de un contrato de crédito de derecho privado celebrado entre la convocante y el Morgan Guaranty Trust Company Of New York, el cual tiene vida propia e independiente.

Sin embargo las cosas no pueden mirarse de la manera tan simple como se plantean. Al respecto el tribunal destaca que las pretensiones de la demanda están enderezadas a que se declare que el Invás incumplió el contrato de concesión 444 de 1994 celebrado con Coviandes o, en subsidio, a que declare que en desarrollo de dicho contrato se dieron hechos o circunstancias imprevistas no imputables al concesionario, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica de dicho contrato, y a que se condene a la parte convocada al reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios en que la convocante incurrió por concepto del crédito adquirido con el Morgan Guaranty Trust Company Of New York, como resultado, bien del incumplimiento contractual del Invás, bien de la ocurrencia de hechos imprevistos.

Además, en la *causa petendi* la convocante es clara y reiterativa en afirmar que los perjuicios reclamados tuvieron origen en incumplimiento del contrato de concesión 444 de 1994 porque los compromisos asumidos por las partes, bien en relación con el crédito propiamente hablando, o bien con los compromisos referidos al incremento de tarifas en la estación “El Pipiral”, a la terminación y entrega del tramo 5 —a cargo de otro contratista—, a la terminación de las obras en la variante de Cáqueza —a cargo de otro contratista— y a la terminación y entrega del tramo 6 —a cargo de otro contratista—, provienen de aquella relación contractual. En ese sentido también se orientaron su labor probatoria y su alegación final.

Para el tribunal es claro que el daño, para que sea indemnizable, debe ser directo y cierto. En cuanto al primer requisito, que es el que importa analizar en este punto, los perjuicios que una parte contractual puede ocasionar a la otra le deben ser imputables para que puedan ser indemnizables. No se trata entonces de que el perjuicio tenga que brotar directamente, de la mano del contratante demandado, sino que basta que haya sido ocasionado con su comportamiento contractual, con su incumplimiento, es decir, en general, que le sea imputable, o sea que exista un nexo de causalidad entre el daño y el comportamiento del contratante, o entre el daño y el incumplimiento culpable de este. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia: “ese vínculo se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido ‘consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’ (inc. primero del art. 1616 del código)”<sup>10</sup>.

Por esa razón este tribunal es competente para definir (i) si la parte convocada incumplió el contrato de concesión 444 de 1994, (ii) si la parte convocante sufrió un daño y (iii) si este se originó en aquel incumplimiento. Por

manera que sí el daño alegado en este proceso, consistente en el incremento en las tasas de interés en favor del acreedor financiero del concesionario, Morgan Guaranty Trust Company Of New York, a partir del 27 de julio de 1998, para evitar la declaratoria del evento de incumplimiento (default) pactado en el contrato de crédito, fue producto o fruto del incumplimiento culpable contractual del Invías, se impone la condena, pero si ese nexo causal no se establece no podrá predicarse la existencia de un daño o perjuicio.

Sin embargo, en ese análisis y en ese debate, ni la convocante ni el tribunal están amparándose en la cláusula compromisoria del contrato de crédito para determinar su competencia, ni en sus cláusulas contractuales para analizar el posible incumplimiento del Invías. La competencia surge del contrato de concesión 444 de 1994 que es el único que permite establecer si la convocada quebrantó las previsiones contractuales que determinaban sus obligaciones. El supuesto daño habrá que examinarlo en el escenario en el que se produjo y para ello el contrato de crédito y sus desarrollos no constituyen sino elementos probatorios útiles para el establecimiento de la realidad del perjuicio.

En síntesis, la competencia del tribunal surge del hecho de que la cláusula compromisoria invocada y los incumplimientos o desequilibrios contractuales supuestamente causantes del daño alegado obedezcan a previsiones del contrato de concesión 444 de 1994. O dicho de otra manera, son las pretensiones de la demanda las que determinan la competencia y no el sentido del fallo, porque el hecho de que llegara a establecerse que el daño es inexistente, bien por inexistencia material, o bien por inexistencia del vínculo causal con el incumplimiento alegado, no cambia las cosas porque la decisión sería desestimatoria de las pretensiones, pero la competencia del tribunal es la que permite una u otra declaración.

Así lo sostuvo el Consejo de Estado cuando en sentencia del 30 de mayo de 2002 señaló:

“La Sala considera que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el tribunal de arbitramento se pronunció sobre un asunto no sujeto a su decisión, porque resolvió una relación jurídica ajena al contrato y al proceso arbitral.

Es verdad que el tribunal de arbitramento valoró medios de prueba que dan cuenta de un vínculo contractual entre Coviandes S. A. y la sociedad Dragados y Construcciones S.A., pero no es cierto que haya declarado derechos subjetivos derivados de ese vínculo contractual o haya proferido decisión en torno a las obligaciones derivadas del mismo.

A juicio de la Sala, el tribunal de arbitramento simplemente valoró unos medios de prueba aducidos por la convocante para demostrar la existencia de un daño material y su entidad. No es ajeno al proceso arbitral el estudio de actos externos al contrato, fuente de la obligación por cuyo cumplimiento se demanda, cuando su existencia permite deducir uno de los elementos de la responsabilidad demandada. Sobre todo si se tiene en cuenta que en el contrato de consultoría, cuyas diferencias fueron objeto del proceso arbitral, se acordó expresamente la facultad del contratista para subcontratar:

(...).

Aceptar lo argumentado por la recurrente sería tanto como decir que cuando se demanda la responsabilidad de la administración por el incumplimiento de un contrato de obra pública, el juez no puede valorar medios de prueba que dan cuenta de los contratos de alquiler de maquinaria, arrendamiento de locaciones o de adquisición de materiales, que realizó el contratista para ejecutar la obra y cuyo cumplimiento se vio afectado con los efectos negativos que el incumplimiento de la administración le causó.

Si la convocante, con el objeto de demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios materiales que alegó, aportó pruebas relacionadas con los actos que realizó para cumplir las prestaciones que adquirió por virtud del contrato de concesión celebrado con Invías, al tribunal de arbitramento le correspondía valorarlas para determinar la entidad del daño, como en efecto lo hizo.

(...).

De lo anterior se infiere que en el caso concreto no se dan los supuestos de la causal alegada porque las partes acordaron someter las diferencias que surgieran del contrato de concesión 400 de 1994 al juzgamiento del tribunal

de arbitramento, las pretensiones de la demanda se circunscribieron a esa materia toda vez que versaron sobre peticiones fundadas en diferencias que surgieron respecto de la ejecución del contrato estatal y la decisión arbitral versó sobre el alegado incumplimiento de la administración y los efectos jurídicos del mismo”<sup>(2)</sup>.

En conclusión, el hecho de que el daño se haya concretado en un escenario material distinto a aquel en que normalmente debía desarrollarse el contrato de concesión no implica necesariamente que entre aquel y el incumplimiento alegado no exista nexo causal y por ello debe el tribunal analizar si el daño es cierto, si la convocada incumplió o no el contrato objeto de este proceso y si ese incumplimiento fue la causa de aquel, pero para todo ese análisis es el único que tiene competencia, la cual deriva de la cláusula compromisoria frente a las pretensiones y a los hechos aducidos en la demanda.

## **5.2. Sobre la excepción de “nulidad de la etapa prearbitral.**

Como se dijo en la primera audiencia de trámite, el tribunal tuvo la oportunidad de examinar la sentencia C-1038 proferida por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2002, que fuera notificada por edicto fijado el 13 de enero y desfijado el 15 de enero de 2003, por virtud de la cual, entre otras cosas, esa alta corporación declaró inexistente la expresión “Previo a la instalación del tribunal de arbitramento” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998; exequible el resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación; y exequible el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, excepto la expresión “y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si esta fuere parcial” que se declaró inexistente. Esa decisión implicó que la competencia para tramitar la etapa prearbitral que antes estaba atribuida al director del centro de arbitraje era inconstitucional y que por ello debía asumirla el tribunal de arbitramento luego de su instalación.

No obstante, en el presente trámite, como todas las actuaciones propias de la etapa prearbitral que implicaron la admisión de la solicitud de convocatoria, la notificación a la parte convocada y la decisión de un recurso de reposición contra aquella decisión, ocurrieron antes de la proferirse el mencionado fallo, el tribunal considera que el pronunciamiento de la Corte Constitucional no afecta las actuaciones que ya se habían surtido, especialmente porque al momento de la expedición de la sentencia tan solo estaba pendiente el trámite pertinente para correr traslado de las excepciones de mérito y la realización de la audiencia de conciliación. Por ello, después de su instalación y asunción de competencia el tribunal procedió a correr el traslado pendiente y a surtir la audiencia de conciliación, la cual se declaró concluida y fracasada, por lo cual se dio curso a la etapa arbitral con el decreto de pruebas, la instrucción del proceso, la presentación de los alegatos finales y el proferimiento de este laudo.

Ello concuerda con lo señalado por la Corte Constitucional cuando en la sentencia comentada advirtió: “Por razones de seguridad jurídica, la Corte precisa que esta decisión de inexistencia sigue la regla general, y tiene efectos solo hacia el futuro, y por ello no afecta los procesos de arbitramento que ya hayan superado esta fase prearbitral. Sin embargo, esta corporación aclara que aunque este fallo no tiene proyección hacia el pasado, sus efectos son inmediatos, y por ello debe aplicarse a los procesos arbitrales que no hayan superado esa fase prearbitral. Además, es claro que esta decisión no impide el desarrollo de nuevos procesos arbitrales, pues se entiende que las partes procederán directamente a la convocatoria del respectivo tribunal, con el apoyo material y logístico, cuando sea necesario, de los centros de arbitramento”.

Resulta evidente que ese efecto inmediato y hacia el futuro solo cobijaba a los procesos que se encontraran en la etapa prearbitral porque si ya la habían superado era porque estaban a cargo del competente para dirigir el proceso: el tribunal de arbitramento.

Ese efecto inmediato y hacia el futuro, no solo es predictable de los fallos de inexistencia sino de las normas procesales, de manera que, como la decisión de la Corte Constitucional implicó, como se vio, una verdadera alteración de la competencia para tramitar la etapa prearbitral con el desplazamiento de esa función del director del centro de arbitraje a los árbitros, es aún más claro que el tribunal debía tener por válidas las actuaciones anteriores al fallo comentado y sustanciar el proceso en adelante.

En esta forma no encuentra el tribunal que pueda predicarse una nulidad de la etapa prearbitral.

### **5.3. La cosa juzgada.**

Se trata de una excepción apenas soslayada o insinuada en la contestación de la demanda argumentando que “El demandante no menciona lo que el tribunal anterior falló y que tiene relación con lo que ahora intenta discutir respecto a los costos financieros ...”.

Según las voces del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En el caso *sub examine* no se probó la existencia de un proceso anterior ni la identidad de objeto ni de causa y mucho menos que los dos litigios coincidan “... con lo que ahora se intenta discutir respecto de los costos financieros”. Porque resulta que en el laudo proferido por el tribunal de arbitramento convocado por las mismas partes el 7 de mayo de 2001, se advierte que el objeto de esa controversia es distinto del que ocupa ahora a este tribunal. En efecto, los hechos invocados como causa del incumplimiento en aquel otro tribunal fueron anteriores a la suscripción del acta de acuerdo modificadorio del 28 de mayo de 1996 y los incumplimientos allí aducidos son bien distintos y se describieron en el citado laudo así:

“La acción resarcitoria que en este proceso ejerce la parte convocante, busca el resarcimiento de los perjuicios que según afirma le fueron irrogados por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Invías mediante el contrato 444 de 1994 ...”

... Coviandes le reprocha haber violado diversas obligaciones a su cargo emanadas del mencionado contrato. Es así como la concesionaria arguye que el Invías no cumplió las obligaciones relativas a la adquisición de predios; ni obró diligentemente para designar de manera oportuna la interventoría requerida para el desarrollo de la etapa de diseño y programación. También se le imputa al instituto la inadecuada definición del proyecto desde el punto de vista de sus efectos ambientales y se le endilga la comisión de graves errores en los estudios y diseños contenidos en el pliego de condiciones que dio base a la celebración del contrato”.

Por el contrario, de lo expuesto a lo largo de este laudo se deduce con facilidad que los incumplimientos alegados en este proceso son distintos y por causas diferentes.

Por lo expuesto el tribunal denegará esta excepción.

### **5.4. Principales cuestiones sustanciales vinculadas al tema del proceso.**

#### **5.4.1. Régimen legal del contrato 444/94.**

Para una decisión de fondo, lo primero es dilucidar la naturaleza del contrato de concesión celebrado entre las partes del proceso y establecer, por consiguiente, el régimen legal del vínculo que las unió.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dice:

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes existentes al momento de su celebración”.

Este mismo sentido lo mantiene la Ley 80 de 1993 al consagrarse su norma fundamental de transición, artículo 78, que a la letra dice:

“Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”.

El contrato de concesión 444 de 1994 se perfeccionó el 2 de agosto de 1994 razón por la cual se sujetó a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, así como en lo pertinente, a la Ley 105 de 1993 y sus normas reglamentarias, y además en la parte procesal de conformidad con las normas que regulan los procesos arbitrales de contratos estatales, de acuerdo con lo dispuesto por la propia Ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones sobre la materia, por tratarse, estas últimas, de normas procesales de orden público y aplicación inmediata.

En armonía con lo anotado y teniendo en consideración la naturaleza pública del contrato, determinada por la naturaleza del sujeto contratante, cabe agregar que el contrato 444/94, según su cláusula segunda, está regido por los pliegos de condiciones de la convocatoria inicial a licitación pública, los términos de referencia que sirvieron de marco para la contratación directa, su propio texto, las actas y acuerdos que lo modifican y demás documentos reconocidos como tales por el mismo texto contractual, siempre teniendo en cuenta las reglas sobre modificación e interpretación de contratos que maneja la Ley 80 de 1993; y desde luego, también hacen parte de la relación contractual las normas civiles y mercantiles propias de este tipo de relaciones, la práctica administrativa y los principios rectores de la contratación, siempre y cuando no pugnen con su naturaleza de contrato estatal.

Así mismo, hacen parte del contrato el acto de adjudicación del mismo, la oferta y sus anexos, las actas de acuerdo modificatorio que se suscribieron durante su existencia y en fin los documentos que hayan sido enviados por las partes dentro del proceso de perfeccionamiento del contrato y que por distintas circunstancias se integran como parte del mismo y en general los documentos a que se refiere la cláusula segunda del contrato, con las reglas de prevalencia y la facultad de interpretación señaladas en la misma cláusula.

#### **5.4.2. Naturaleza del contrato 444/94.**

##### **5.4.2.1. El sistema “project finance”.**

Punto de esencial importancia es el relacionado con la naturaleza específica del contrato 444/94, catalogado por la convocada como “ciento por ciento accionario”. Como se anotó anteriormente se trata de un contrato de concesión, pero para efectos de determinar los alcances y limitaciones de la responsabilidad de cada una de las partes, es necesario precisar con detalle, lo atinente a las características específicas de este particular contrato de concesión, habida cuenta su singular esquema financiero, regulado desde el trámite de la fallida licitación 066 de 1993, en los puntos 1.4.3. “esquema financiero”, 2.4.2. “propuesta financiera”, literal b) “programa de financiamiento” y literal e) “previsiones de financiamiento” de los pliegos de condiciones (cdno. de pbas. fls. 0025, 0047 y 0050).

“El sistema de financiación privada pura, es decir, aquel en que el Estado no proporciona ayuda, no otorga garantía, ni grava el presupuesto oficial con recursos para la concesión, constituye un régimen de concesión en virtud del cual el concesionario se compromete a construir, mantener y conservar a su cargo y riesgo, durante un plazo determinado, las obras concesionadas, recibiendo de los usuarios, como contraprestación de sus servicios, un precio o peaje establecido.

El hecho de que el concesionario particular asuma la financiación total, hace que los gastos financieros sean muy elevados y que, en estricto sentido la financiación privada sea más cara que si la ejecución se hiciera con recursos del presupuesto público, razón por la cual, e incluso para evitar que las sociedades privadas opten por no participar en las concesiones, las entidades públicas han venido ofreciendo ciertas ayudas o garantías (garantías de tráfico mínimo, aportes presupuestales, avales, etc.) que han permitido que los peajes no sean la única fuente de financiación y que el concesionario no asuma la totalidad del riesgo financiero.

A partir de las posibilidades privadas y públicas descritas en los dos párrafos anteriores, en aquellos Estados cuyo nivel presupuestal hace difícil su aporte al proyecto y cuya cultura de pago de peajes ofrece dificultades con la comunidad, se ha ido implementando a través de los contratos, el denominado modelo de concesión basado en la financiación por el proyecto o ‘project finance’”<sup>(3)</sup>.

En principio el project finance es un sistema en virtud del cual el sector privado financia el proyecto sin garantía alguna del Estado, partiendo del principio de que la cobertura de los “costes” del proyecto —costos de funcionamiento y servicio de la deuda, es decir, devolución de capital y pago de intereses— ha de basarse en el margen bruto de autofinanciación o Cash-Flow generado por el propio proyecto, recayendo la garantía sobre los activos del mismo y no sobre los del concesionario, quien por otra parte no gozará de avales o garantías estatales.

El flujo de caja del propio proyecto tiene que ser suficiente para generar los recursos necesarios para hacer frente a los gastos de inversión y explotación, costos financieros, impuestos, pago de la deuda, permitiendo así mismo que el concesionario obtenga un razonable margen de utilidad, medido en el tiempo por la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto.

Teniendo en cuenta que dadas las proyecciones económicas de los proyectos de concesión, es casi imposible que el concesionario asuma la financiación con recursos propios, el autor P.K. Nevitt dice que el project finance constituye “una técnica financiera mediante la cual los prestamistas de un proyecto de inversión analizan su cash flow como fuente principal de devolución del préstamo y posteriormente los activos del proyecto como garantía colateral”<sup>(4)</sup>.

Por tanto la identificación del riesgo financiero a partir del programa de ingeniería financiera o modelo financiero, con señalamiento específico del flujo de caja, constituye el elemento fundamental para determinar los “costes” de la financiación, de acuerdo con la extensión del riesgo. Incluso en la práctica, con miras a disminuir el alcance de los riesgos y por consiguiente el “coste” de la financiación, las entidades públicas aceptan contractualmente aportar ayudas presupuestales y garantías determinadas, como por ejemplo, la garantía de tráfico mínimo.

El núcleo del sistema consiste en que a partir del contrato de concesión y del modelo financiero del proyecto, se ofrezcan las garantías suficientes para que el prestamista se decida a aportar los recursos necesarios, a tal punto que la correcta definición y reparto de los riesgos entre las partes intervenientes en el proyecto, constituye elemento determinante de participación del prestamista.

La relación contractual, si bien formalmente parece limitarse al contrato de concesión y a las partes del mismo, en el sistema de proyecto project finance trasciende la concepción contractualista clásica, para ubicarnos frente a un contrato de concesión, que si bien define los derechos y obligaciones entre concedente y concesionario, constituye para el proyecto, lo que hoy se denomina en el derecho moderno, una especie de contrato o convenio marco, a partir del cual se deben desarrollar las demás relaciones contractuales necesarias para que se dé plena realización al modelo de financiación por el proyecto.

En efecto las decisiones y aportes de las entidades financieras, tienen como soporte principal o único, “los activos” del proyecto mismo, esto significa que la movilización de recursos por parte de las entidades financieras se condiciona a los riesgos propios del proyecto, su distribución y asignación entre las partes, las garantías adicionales que se otorguen, y fundamentalmente, el cumplimiento por las partes del contrato de concesión de sus compromisos frente a ese “activo” que es el proyecto mismo.

#### **5.4.2.2. Interpretación del contrato 444/94 como project finance.**

El contrato de concesión 444 de 1994 suscrito entre el Invías y la Sociedad Concesionaria Vial de Los Andes Coviandes tiene por objeto realizar por el sistema de concesión los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento del sector Santafé de Bogotá – Cáqueza – k55 + 000 y el mantenimiento y operación del sector km 55 + 000 Villavicencio.

Evidentemente ese objeto inicial varió con los ajustes y alcances que obran en las actas de acuerdos modificatorios, pero lo cierto es que cuando se celebró el contrato de crédito con el Morgan Guranty Trust Company existían unas precisas condiciones que son las que hay que valorar frente a las pretensiones de la demanda.

Queda claro que todas las actividades del contrato 444/94, en su alcance básico se desarrollarían bajo el sistema de concesión, incluyendo el opcional alcance contenido en los párrafos cuarto y quinto de la cláusula tercera que a la letra dicen:

PAR. 4º—“Las partes convienen estudiar la posibilidad de involucrar dentro del presente contrato la construcción del túnel “Boquerón”...”.

PAR. 5º—“Los mayores costos que llegaren a generarse por la modificación del proyecto de que trata el párrafo anterior se financiará a través de aumentos adicionales en las tarifas de peaje y del incremento en el plazo de operación de la concesión, de forma tal que mantenga la tasa de retorno del proyecto”.

Como contrato project finance la cláusula cuarta establece el valor del mismo a partir de una suma considerada como la inversión inicial del proyecto, disponiendo a renglón seguido la cláusula quinta que el pago del valor total del contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento y en general todos los costos de la propuesta, durante la concesión sería mediante la cesión de los derechos de recaudo de peaje en la caseta localizada en la

estación Km 13 + 500 El Antojo; la cesión de los derechos de recaudo de peaje de la caseta localizada en la estación sector El Antojo – Cáqueza y la cesión de los derechos de recaudo de peaje de la caseta localizada en el sector Cáqueza – Villavicencio, todas ellas en los momentos definidos en el contrato y con las tarifas allí establecidas expresadas en pesos colombianos calculados a junio de 1994 con las actualizaciones y reajustes considerados en los párrafos primero y segundo de dicha cláusula, pero si el Invías no autorizaba el ajuste del valor de las tarifas de peaje, la compensación se ajustaría a lo establecido en la cláusula trigésima sexta numeral 3º, según lo dispuesto por el párrafo tercero de la cláusula antes mencionada.

Así mismo corroborando la naturaleza project finance del contrato 444/94, la cláusula sexta, relacionada con las obligaciones del concesionario estatuye en su literal a) que compete al concesionario la “financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios...”. A partir de esta responsabilidad, el concesionario asume todas la obligaciones correspondientes al diseño, construcción, suministro, funcionamiento, operación y demás actividades inherentes a la concesión, incluyendo la conservación y mantenimiento del proyecto hasta su entrega final.

Para conservar la naturaleza del contrato, sin desconocer el principio fundamental del mantenimiento de la ecuación económica del mismo, la cláusula trigésima sexta: ecuación contractual dispone que si se presentan hechos que alteren la entrega del peaje de la caseta “Pipiral” desde la fecha en que se suscriba el acta de iniciación de las obras determinadas para la etapa de construcción (parágrafo quinto cláusula quinta); o hechos que alteren la consecución de predios para la vía (cláusula décima tercera); o que afecten el volumen de tránsito para efectos de la garantía por ingreso mínimo (cláusula décima séptima) o se presenten sobre costos por mayores cantidades de obra en la construcción (cláusula vigésima), la ecuación contractual se mantendrá aplicando alguna de las medidas que consagra la cláusula trigésima sexta, en la forma y con los procedimientos allí establecidos, pues la modalidad del project finance en nada se opone a los principios de economía y equilibrio que son propios a todos contrato estatal y que obligan a adoptar las fórmulas conducentes a su amparo y defensa, de acuerdo con los estipulado por el artículo 27 y concordantes de la Ley 80 de 1993.

El 28 de mayo de 1996 se suscribió entre las partes el acta de acuerdo modificatorio del contrato 444 de 1994, por medio de la cual ellas introdujeron ajustes en el alcance del objeto del contrato precisando que el concesionario “invierte del valor destinado para las obras de alcance adicional en las obras de alcance básico definidas en el acta del 19 de abril de 1996 y en consecuencia dichas obras de alcance adicional no se ejecutarán”; así mismo las partes acordaron ratificar los plazos contenidos en el cronograma anexo del acta del 19 de abril de 1996, haciendo énfasis en que Invías se comprometía a gestionar la expedición de los documentos de vigencias futuras del Confis que respaldaran el aporte del Invías, y una vez obtenida tal autorización, el Invías notificaría al concesionario, momento a partir del cual empezaría el plazo de construcción; igualmente se acordó un plazo contractual de 207 meses contados a partir de la entrada en vigencia del acta de iniciación de la etapa de construcción.

También se introdujeron modificaciones al valor fiscal y legal del contrato, se aclara la cláusula décima tercera en el sentido que Invías cancelaría el costo de los predios en cuanto excediera de \$ 1.680 millones de junio de 1994; igualmente se formularon precisiones y aclaraciones en cuanto a las fechas de cesión de los derechos de recaudo de peajes de la caseta localizada en la estación sector Cáqueza – Villavicencio que se haría a partir del 1º de junio de 1997 y se definió también que el Invías cedería el recaudo del peaje de la caseta “El Pipiral” de acuerdo con el esquema de tarifas definido en la Resolución 9015 de diciembre de 1995 del Ministerio de Transporte, un mes después de entrada en vigencia el acta de iniciación de la etapa de construcción y hasta el 28 de mayo de 1997. Para efectos de la ingeniería financiera el Invías operaría el peaje Pipiral y entregaría el 80% del tráfico mínimo garantizado al concesionario.

En esta acta de modificación bilateral del contrato 444 de 1994, las partes acordaron que “los aportes del gobierno los hará el Invías a más tardar el 30 de junio de 1997 y 30 de junio de 1998, de acuerdo con la ingeniería financiera anexa a esa acta y condicionado a la consecución del certificado de vigencias futuras a que se refiere el punto 2 de esta acta” (punto 8 aporte INV).

En cuanto a la financiación internacional, el punto 9 del acta dice:

“9. Financiación internacional:

Las partes acuerdan que el INV colaborará con el concesionario expidiendo los documentos de su competencia con el fin de facilitar la consecución de la financiación por parte del concesionario, sin que signifique para el INV responsabilidad alguna por la imposibilidad o demora en la obtención de los créditos por parte del concesionario o por el contenido de documentos, originado en dicho proceso de negociación”.

También vale la pena anotar, con respecto al acta de mayo de 1996 que la firma de la misma “no constituye renuncia de las partes sobre derechos a reclamaciones originadas en la ejecución del contrato hasta la fecha de suscripción de la presente acta” (acta punto 17 no renuncia de derechos).

Es importante tener en cuenta que el mismo 28 de mayo de 1996 se suscribió el acta de iniciación de la etapa de construcción del contrato de concesión 444 de 1994.

Así mismo en el anexo correspondiente a la ingeniería financiera que hace parte del acta de acuerdo modificadorio del contrato 444 de 1994, “las partes acordaron utilizar el valor de la tasa interna de retorno operativa del 17,52% anual en términos reales definido contractualmente, como factor determinante del equilibrio financiero del contrato. Igualmente acordaron que la definición del valor del aporte estatal debía ser consecuencia de que el resultado de las proyecciones mencionadas fuera dicho porcentaje. Se acordó incluir en dicho cálculo el efecto fiscal de la aplicación del sistema de ajustes integrales por inflación que establece la ley vigente hoy mayo 28 de 1996”.

Y más adelante agrega el mismo anexo:

“En este sentido, las partes acuerdan mantener durante la vigencia del contrato esta metodología, que se utilizará en el modelo de ingeniería financiera, para efectos del cálculo del aporte estatal y de la tasa interna de retorno operativa”.

“... Como resultado de la ingeniería financiera se obtuvo un aporte a cargo del Invías de \$ 7.863 millones de junio de 1994, pagaderos en su equivalente en pesos corrientes en junio de 1997”.

Como puede observarse el acta de modificación bilateral del 28 de mayo de 1996, confirma una vez más la naturaleza project finance del contrato de concesión, sin que sea de recibo cualquier afirmación que pretenda establecer que las partes a través de dicha acta resolvieron afectar la naturaleza intrínseca del contrato, independiente de las manifestaciones contenidas acerca de obligaciones concretas a cargo de cada una de las partes.

Para definir lo relacionado con la responsabilidad de las partes en la financiación, es menester analizar lo atinente al manejo del riesgo contractual en los proyectos con participación privada en infraestructura a través del modelo project finance.

Al efecto es necesario precisar los lineamientos generales que presenta la teoría del riesgo en relación con proyectos de infraestructura, para observar cómo se comporta el fenómeno cuando se trata de un contrato project finance, como se ha definido el que es objeto de esta decisión arbitral.

Planeación Nacional en su documento Conpes 3107, del 3 de abril de 2001, “política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura”, afirma que de manera global en todo contrato de concesión las partes deben jugar en mayor o menor grado con los siguientes riesgos: riesgo comercial, riesgos de construcción, riesgos de operación, riesgos financieros, riesgos regulatorios, riesgos de fuerza mayor, riesgos de adquisición de predios, riesgo ambiental y riesgo soberano o político.

El asunto de fondo, consiste en determinar los criterios de asignación de los riesgos y los elementos componentes de cada clase de ellos, particularmente del riesgo financiero propio del contrato que es objeto de este análisis, con el fin de identificar los límites y alcances de la responsabilidad que incumbe a cada una de las partes por la presencia de los mismos.

Para planeación nacional, en el documento antes mencionado, la asignación de los riesgos a la parte contractual responsable de asumirlos, parte doctrinariamente de dos principios básicos:

1. El riesgo debe ser asumido por la parte que contractualmente esté en mejor disposición de administrarlo, controlarlo, evitarlo y evaluarlo;
2. El riesgo debe ser también asumido por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación, con lo que se asegura que la parte que posea una mayor capacidad para reducir los riesgos y sus costos, tenga los incentivos adecuados para hacerlo.

La identificación de la parte responsable de un determinado riesgo, con fundamento en los principios descritos, se convierte en elemento fundamental para determinar los alcances de la responsabilidad que incumbe a cada una de ellas, sin que ello signifique que dichos alcances deban ser expresamente acordados en las cláusulas contractuales, sino que su asignación se deriva de las cargas asumidas y de la naturaleza del contrato de concesión.

Para ello el analista debe, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar cuál de las partes, la pública o la privada, está en mayor capacidad de gestión del riesgo, cuál tiene una mayor disponibilidad de información sobre sus alcances, cuál posee una mejor y oportuna información sobre los factores que determinan su presencia y cuál debe tener un mejor conocimiento y experiencia para evaluar de manera más objetiva y acertada los términos y alcances de un determinado riesgo. Con base en lo anterior se asigna el riesgo y se fijan los alcances de la responsabilidad que frente al mismo incumbe a cada parte.

Por tanto, el punto de partida para la asignación de los riesgos y de sus alcances, consiste en identificar, por parte del analista o juzgador en este caso, el nivel de información adecuada y suficiente de cada parte sobre el proyecto dado en concesión, es decir, lo que se denomina en el documento antes mencionado como conocimiento de los factores necesarios, contractuales o no, para la “estructuración del proyecto”, pues ello permite saber qué reglas eran conocidas por las partes y cuáles de ellas eran suficientes para evitar la ocurrencia del riesgo e impedir los conflictos que se. La naturaleza del proyecto, cuando no el texto de contrato, deben permitir identificar y asignar claramente los riesgos asumidos por las partes con el propósito de definir la responsabilidad de cada una de ellas frente a las obligaciones contractuales de la otra.

Los estudios previos necesarios para la estructuración del proyecto, proporcionan información sobre las posibles fuentes de ingresos y la administración que el concesionario hará de ellas, ello permitirá que las partes, al momento de adjudicación y suscripción del contrato posean un conocimiento adecuado de los lineamientos, fuentes esperadas, costos y requerimientos de inversión que necesita el capital privado, representado por el concesionario, para atender las obligaciones contractuales, máxime si se trata de un modelo project finance.

La evaluación financiera de un proyecto debe identificar las fuentes de recursos, propios y ajenos, el costo de su suministro, así como el análisis acerca de las condiciones en que se pueden comprometer recursos propios del concesionario o provenientes de fuentes diversas de financiación, como créditos internos o externos, en moneda nacional o extranjera.

Dentro de este contexto y refiriéndose a la conducta de quienes proporcionan al concesionario crédito externo, se expresa el autor Izquierdo en su capítulo sobre definición y asignación de riesgos: “... el proyecto debe ofrecer las suficientes garantías para que el prestamista se decida a aportar los recursos necesarios, hasta el punto que la correcta definición y reparto de los riesgos entre todas las partes intervenientes ha llegado a constituir el elemento determinante de su participación. Incluso, en ocasiones, algunas instituciones financieras no se deciden a participar en el proyecto hasta haber comprobado el grado de cumplimiento de las previsiones durante los primeros años de la explotación, para lo cual, en una primera fase, el crédito concedido para la construcción de la obra debe estar garantizado por los propios patrocinadores o promotores del proyecto...”<sup>(5)</sup>.

Lo expuesto significa que la distribución de los riesgos entre los agentes del contrato, no surge solo de las cláusulas del contrato, sino de la manera como se estructuró el proyecto y las reglas explícitas o implícitas concebidas a partir de los pliegos de condiciones, marco legal primigenio de la relación contractual y fuente de interpretación de conflictos internos al contrato.

La estructuración del proyecto bajo la modalidad de finance project hace que en principio los riesgos financieros deban ser asumidos por el concesionario, pues es a él contratista a quien se le asigna el manejo de las variables que

permiten elaborar el esquema de financiación del proyecto. Ello quiere decir que el denominado riesgo interno de la financiación debe ser asumido por el contratista, no solo porque eventualmente así lo definan las cláusulas contractuales, sino porque es el concesionario quien posee los factores y elementos que financiera y jurídicamente le hacen conocedor de las condiciones de la financiación y como tal debe asumir los riesgos inherentes a esta actividad.

Así, por ejemplo, si el concesionario aporta su propio capital con un manejo “accionario del proyecto”, solo el contratista puede calcular los costos que esta destinación específica de su capital puede tener sobre su patrimonio, en la misma forma que si se tratara de adquirir un crédito, pues de acuerdo con la estructuración del proyecto, a partir del cual se elabora la propuesta, solo el concesionario debe asumir los riesgos de carácter financiero, como por ejemplo los comportamientos de las tasas de interés o de plazos, acorde con las variables del mercado de valores y afines.

Ahora bien, una circunstancia es que el concesionario, por cumplir con las condiciones normativas y doctrinarias, deba asumir el riesgo “interno” propio del “mercado” de la financiación, bien sea con recursos propios o externos; otra cosa es que el riesgo se genere por circunstancias ajenas y externas al movimiento mismo del mercado, por ejemplo, por hechos provenientes de la entidad contratante, pues en este caso se estaría configurando un factor externo ajeno al contratista que afectaría la economía del contrato.

En el primer supuesto, se estaría frente a rompimientos de la ecuación financiera frente a los cuales esta clase de contratos finance proyec acostumbran incluir herramientas tales como las ya mencionadas garantías mínimas y los mecanismos para la preservación de la tasa interna de retorno del proyecto, cuyo desbordamiento ha de ser asumido por el particular contratante que ha asumido el respectivo riesgo.

Cuando se configura la ocurrencia del que la doctrina denomina “hecho de la administración”, es decir, una circunstancia proveniente de la parte pública co-contratante que afecta el equilibrio económico del contrato y obliga adoptar medidas de saneamiento necesarias para restablecer el equilibrio perdido, los mecanismos normales del contrato se desbordan y se hace necesario recurrir a la teoría de reparación del daño aplicable a la generalidad de los contratos.

## **5.5. Sobre el incumplimiento alegado y la excepción de inexistencia de responsabilidad a cargo del Invías.**

Teniendo en cuenta que la primera pretensión de la demandante es “Que se declare el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías – Invías del contrato de concesión 444 de 1994, celebrado entre la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A. y el Instituto Nacional de Vías – Invías el día 2 de agosto de 1994”, entra el tribunal a analizar los hechos en que ella se fundamenta y las razones de defensa que ha esgrimido la convocada, a la luz del marco normativo que regula las relaciones que entre las partes en este trámite arbitral surgieron por razón del mencionado contrato de concesión, para concluir si el alegado incumplimiento se dio o no en la realidad.

### **El incumplimiento del Invías según la convocante.**

De acuerdo con el escrito de demanda (fls 55 y siguientes del cdno. ppal. 1), la convocante reclama en el presente tribunal de arbitramento el incumplimiento del Invías en el incremento de las tarifas en la estación “El Pipiral” y en la terminación de los tramos 5 y 6 de la carretera que de Bogotá conduce a Villavicencio, incumplimientos estos que se reflejaron en la relación existente con el grupo de bancos que a través del JP Morgan Guaranty habían suscrito el contrato de crédito que se empleó para financiar el proyecto, con los perjuicios que se reclaman y analizan en otro punto de este laudo.

Por su parte, el Invías, al contestar la demanda, estructuró su defensa con fundamento en los siguientes argumentos principales: los que tituló como excepción de inexistencia de responsabilidad a cargo del Invías y el cumplimiento de las obligaciones financieras de esa entidad en cuanto al mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión, mediante un aumento sustancial de las tarifas del peaje El Pipiral a partir del 1º de enero de 1999 y a través de la aplicación de los mecanismos de compensación establecidos en la cláusula décimo séptima del contrato. De estos pagos manifiesta que a la fecha de presentación del escrito de contestación de la demanda, “el

instituto ha reconocido al concesionario la garantía por el ingreso mínimo garantizado en la estación de Pipiral por los años 1999, 2000 y 2001, y ha cancelado la garantía por el año de 1999 y abonado parte de la garantía del año 2000, con sus intereses correspondientes”.

Además reitera que con posterioridad al acta de acuerdo de 28 de mayo de 1996 se suscribieron otras que modificaron las obligaciones relativas a la entrega de los distintos tramos, sobre lo cual se lee en la contestación de la demanda:

“Respecto al incumplimiento en la entrega de los tramos 4, 5 y 6 debe afirmarse que a pesar de no haber sido posible la firma del acta de entrega definitiva al concesionario de dichos tramos, por la negativa del concesionario a recibirlos en el estado en que se encontraran, todos estos tramos se han dado al servicio de los usuarios y los tramos 4 y 5 específicamente han venido siendo operados por el concesionario desde el 1º de enero de 1999 en los términos del acta de acuerdo 11” (fl. 195 del cdno. ppal. 1).

La conducta asumida por el Invías, según la contestación de la demanda, ha impedido que se afecte el flujo de caja proyectado dentro del contrato de concesión:

“... ya que a pesar de los constantes inconvenientes que se han presentado en ejecución de este contrato, el Invías entregó dentro de los términos acordados los peajes a la sociedad concesionaria, por lo que independientemente de si los tramos se encontraban o no en un nivel óptimo para la operación, lo que sí es cierto es que se han recaudado los valores correspondientes a los peajes del mismo y tal como se ha advertido a lo largo de este documento, se ha dado aplicación permanente a los mecanismos acordados por las partes para el mantenimiento de la ecuación contractual”.

“Así las cosas, la negativa por parte del concesionario de recibo de los tramos 4 y 5 del proyecto, a pesar de la estipulación contractual que exige su recibo para que el contratista los opere y mantenga en el nivel de servicio entregado, no le ha ocasionado efecto alguno al flujo de caja del contratista, teniendo en cuenta que en la estación de peaje de Pipiral se cedieron los recaudos de peaje al concesionario conforme a lo dispuesto en el numeral 4º del acta de acuerdo del 28 de mayo de 1996, y a pesar de no haberse llevado las tarifas al 100% del valor contractual el instituto ha reconocido las garantías de ingreso mínimo, de conformidad con lo establecido en la cláusula 17 del contrato de concesión” (fl. 196 del cdno. ppal. 1).

Sobre el mismo tema, el alegato de la convocada inicia el análisis de los fundamentos de su defensa diciendo que el Invías siempre cumplió con la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato, a través de la entrega de recursos del presupuesto nacional “por el no recaudo, o por uno u otro motivo o por las razones que fueran, y que llevara a un incumplimiento”. Así mismo, en relación con los tramos que la concesionaria afirma no haber recibido a tiempo, se lee en el mismo documento: “podemos afirmar que a pesar que los tramos no se entregaron a tiempo para su operación, por razones ajenas al Instituto Nacional de Vías, la entidad mantenía el equilibrio financiero del contrato, reconociéndole y pagándole al contratista lo acordado (cláusula trigésima sexta del contrato), como era lo correspondiente al tránsito promedio diario (TPD) garantizado”.

En el mismo orden de ideas, el Invías afirma en su alegato de conclusiones que “es claro y está probado que si no era posible el aumento de las tarifas de peaje por cualquier razón el Instituto Nacional de Vías le compensaba al contratista, con los mecanismos establecidos en el mismo contrato, esto es pagando al contratista con recursos del presupuesto de la Nación, las diferencias que aparecían, esto se puede constatar en las respectivas actas de acuerdo entre ellas el acta de mayo 28 de 1996, que reposa a folios 2197 y 2227 del cuaderno de pruebas 5”; igualmente remite al acta 4 que obra a folios 4688 a 4689 del cuaderno de pruebas 12 del expediente. A lo anterior agrega:

“Si bien el Invías no aplicó las tarifas plenas del contrato de concesión en el peaje de Pipiral, el 1º de enero de 1999, según el acuerdo quinto del acta de acuerdo 10 del 3 de diciembre de 1998, debido a desacuerdos con la comunidad, el Invías logró realizar un aumento sustancial de las tarifas a partir del 8 de diciembre de 1997, en momentos que el tráfico había aumentado, con el consiguiente beneficio al concesionario y al Invías, tal como lo menciona en su comunicación SCO-26227 del 3 de julio de 1998”.

“En este mismo documento el Invías reconoce que la diferencia de ingresos resultan (sic) de las menores tarifas

con respecto de la ingeniería financiera debe (sic) ser compensado al concesionario, para el efecto, el contrato de concesión 444 de 1994 contempla mecanismos de compensación para el caso de la no aplicación de las tarifas contractuales del peaje de Pipiral, conforme a lo previsto en la cláusula decimoséptima del citado contrato”.

“A la fecha el instituto ha reconocido al concesionario la garantía por el ingreso mínimo garantizado en la estación de Pipiral por los años 1999, 2000 y 2001, y ha cancelado la garantía por el año 1999, y abonado parte de la garantía del año 2000, con sus intereses correspondientes”.

Como fundamento de la inexistencia de responsabilidad de la entidad concedente en el contrato 444 de 1994, en lo relacionado con las consecuencias que se derivaron para la concesionaria por razón de los hechos que se han alegado como incumplimiento a cargo del Invías, este manifiesta que por tratarse de un proyecto 100% accionario, donde de conformidad con las disposiciones que regulan esta clase de negocios jurídicos el riesgo financiero es asumido en su totalidad por el contratista, no puede asignarse responsabilidad alguna a la entidad estatal, cuya participación en la contratación del crédito con el JP Morgan Guaranty Trust Company Of New York se limitó a colaborar con el suministro oportuno de la documentación necesaria para su obtención. Así, a folio 29 del escrito de contestación de la demanda se lee:

“Este procedimiento evitó que el Invías entrara a coadministrar y tuviera que hacer parte o analizar cada uno y/o todos los contratos de crédito que se celebraran. Por lo tanto, la participación de la entidad frente a los contratos de crédito que suscriba su concesionario no tiene ni relevancia, ni injerencia, ni muchísimo menos puede generarle responsabilidad por fijación de cláusulas, determinación de garantías, condiciones y tasas”.

Finalmente, concluye refiriéndose a los artículos 1506 y 1507 del Código Civil, cuya regulación taxativa invoca para mostrar que el problema objeto de este litigio no encuadra dentro de los supuestos por ellos regulados para hacer extensivos a terceros los efectos de contratos ajenos a su voluntad, así como al artículo 1616 del mismo ordenamiento, según el cual, en ausencia de dolo, el deudor solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.

### **Análisis de los argumentos expuestos en torno al alegado incumplimiento del Invías.**

Los argumentos de las partes permiten establecer que mientras el incumplimiento del contrato que alega la convocante y del cual pretende derivar una reparación, fue el de obligaciones de Invías distintas a la de mantener la ecuación financiera del contrato, vale decir, el alza de las tarifas de la estación de Pipiral y la entrega de varios de los tramos de la carretera concedida cuya construcción era obligación de la entidad estatal, esta última centra su defensa en haber cumplido con su obligación de mantener la TIR del proyecto, restándole importancia al cumplimiento de las obligaciones mencionadas en la demanda, con el argumento de que estas podían ser suplidas con aportes del presupuesto nacional. A estos argumentos, relacionados con el régimen propio de las obligaciones del contrato, como ya se dijo, el Invías agrega que la negociación del contrato de crédito con el JP Morgan Guaranty Trust Company le es ajena, razón por la cual no puede endilgársele ninguna responsabilidad por los sucesos que causaron supuesto perjuicio que ha de definir este tribunal.

### **Las obligaciones de la entidad estatal en el contrato de concesión 444 de 2 de agosto de 1994, con las modificaciones vigentes cuando ocurrió el cierre del contrato de crédito de con el JP Morgan Guaranty Trust Company.**

En primer término, para efectos del análisis que sigue a continuación, es necesario aclarar que, como el perjuicio que se reclama en este trámite arbitral tiene relación con los mayores costos que sufrió el contratista a partir del momento en que según él ocurrieron las circunstancias que de acuerdo con el mencionado contrato de crédito daban lugar a la declaratoria de incumplimiento de la concesionaria, para determinar el régimen de las obligaciones del contrato es necesario precisar la normativa contractual acordada por las partes para ese momento.

### **El texto original del contrato 444 de 1999.**

(i) De conformidad con la cláusula primera del contrato de concesión, en virtud del mismo Conviandres se comprometió a “ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido en el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, realizar por el sistema de concesión (sic) los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación,

de construcción, la operación y el mantenimiento del sector Santafé de Bogotá – Cáqueza – k55+000 y el mantenimiento y operación del sector Km 55+000 - Villavicencio”;

(ii) El sector Km 55 + 000, según la misma cláusula primera sería entregado por el Invías al concesionario para su operación y mantenimiento cuando se terminaran las obras por parte de la entidad estatal;

(iii) De conformidad con la cláusula primera, además de la elaboración de diseños, mantenimiento de calzadas que se recibieran y la operación de la vía, el contratista tendría a su cargo la ejecución de obras cuyo alcance básico incluyó las siguientes actividades: “1. Construcción de la obra faltante de la vía de salida de Santafé de Bogotá – Villavicencio, a partir del paso elevado sobre la avenida Ciudad de Cali en la terminación de la Avenida Boyacá hasta conectar con la carretera nueva en el km 13 + 500. 2. Construcción de una carretera nueva entre Santafé de Bogotá y Cáqueza sector km 13 + 500, incluyendo los túneles San José, La Virgen y Cáqueza. 3. Rehabilitación del sector Cáqueza (km 47 + 500 - Puente Téllez). 4. Construcción de los pasos a desnivel en Ubaque, Fosca y Cáqueza. 5. Construcción de las obras de infraestructura para la operación de acuerdo con el reglamento anexo al contrato”;

(iv) De acuerdo con lo previsto en el parágrafo tercero de la cláusula primera, el contratista ejecutaría unas obras adicionales que se enumeraron en el parágrafo tercero de la cláusula primera;

(v) La ejecución del contrato se distribuyó en varios hitos: etapa de diseño y programación, con duración de 6 meses a partir de la fecha del acta de iniciación de la ejecución del contrato; etapa de construcción, con un plazo máximo de veintidós meses a partir de la iniciación de la construcción del primer tramo y “la fecha en que las obras y los equipos necesarios para la puesta en servicio del último tramo de las obras básicas sean recibidos por parte del Instituto Nacional de Vías, y este entre en operación”, todo ello de conformidad con la cláusula tercera donde también se lee: “Esta etapa finaliza una vez que el Instituto Nacional de Vías a través de la interventoría, haya recibido las obras básicas de todos los tramos de carretera, de acuerdo con la propuesta aprobada por el Instituto Nacional de Vías y se hayan completado todos los requisitos necesarios para el inicio de la etapa de operación de proyecto”, y etapa de operación, comprendida entre la fecha de recibo de las obras del primer tramo, por parte del Invías y la fecha en que el proyecto revierta a la Nación;

(vi) De conformidad con la cláusula quinta, el valor del contrato se pagaría con: a) la cesión de los derechos de recaudo de la caseta localizada en la estación KM 13+500 – El Antojo, durante la etapa de operación del proyecto, según el esquema tarifario incluido en la misma cláusula quinta; b) la cesión de los derechos de recaudo de peaje de la caseta localizada en el sector El Antojo – Cáqueza, durante la etapa de operación del proyecto, de acuerdo con el esquema tarifario previsto en la misma cláusula quinta; c) la cesión de los derechos de recaudo de peaje de la caseta localizada en la estación sector Cáqueza – Villavicencio, según el esquema tarifario incluido en la misma cláusula quinta. Estas tarifas deberían ser actualizadas para iniciar la etapa de operación según el procedimiento previsto en el contrato, para luego mantenerse su valor constante por medio de reajustes. De no ser ellos autorizados por el Invías, debería recurrirse a los mecanismos previstos en la cláusula trigésima sexta a la que se hará referencia a continuación;

(vii) Desde la suscripción del acta de iniciación de las obras de la etapa de construcción, de conformidad con el parágrafo quinto de la cláusula quinta del contrato, el concesionario debería recibir el producto del peaje de la Caseta Pipiral;

(viii) Además de las obligaciones de diseño y construcción que asumió el contratista en la concesión, en virtud de la cláusula sexta se comprometió a financiar totalmente el proyecto, en los siguientes términos: “la financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios, según los procedimientos descritos en el numeral 1.11 y 1.12, de los pliegos de condiciones”;

(ix) El esquema financiero del contrato, cuya ejecución era responsabilidad del contratista, fue regulado en la cláusula décima quinta del contrato sobre la premisa de que el concesionario debería constituir un fideicomiso que “serviría de eje para la consecución de financiaciones, otorgamiento de garantías y administración de todos los recursos necesarios para la ejecución del contrato”; de este patrimonio autónomo entrarían a formar parte los

derechos patrimoniales derivados del contrato de concesión, al tiempo que el concesionario aportaría al mismo el capital de riesgo previsto en su oferta y los recursos de crédito con que financiaría el resto del proyecto;

(x) Respecto de la financiación del proyecto los párrafos segundo y tercero de la cláusula décima quinta del contrato previeron lo siguiente:

“PAR. 2º—La participación de las entidades financieras dentro del proceso de financiación del contrato, no exime al concesionario de ninguna de las obligaciones derivadas del mismo. PAR. 3º—Con el fin de facilitar la consecución de los recursos, el concesionario o la sociedad fiduciaria podrán desarrollar esquemas financieros de aceptación nacional o internacional, tales como titularización, emisión de acciones con o sin voto, con dividendo garantizado, bonos con o sin garantía, etc.”.

(xi) De conformidad con la cláusula décima séptima el Invías debería garantizar un ingreso mínimo por peaje; de no darse este ingreso en un período dado, sería obligación del Invías hacer la correspondiente compensación mediante la aplicación de la cláusula trigésima sexta del contrato;

(xii) El Invías debía de reconocer a la concesionaria los sobrecostos por mayores cantidades de obra, de conformidad con lo previsto en la cláusula vigésima del contrato;

(xiii) Con fundamento en la cláusula vigésima quinta, el contratista asumió obligaciones de conservación y mantenimiento de la vía;

(xiv) Cuando se presentara alguno de los supuestos previsto en las cláusulas décima tercera, décima séptima o vigésima, o en el parágrafo quinto de la cláusula quinta, el equilibrio contractual se preservaría con uno de los métodos previstos en la cláusula trigésima sexta del contrato.

**Acta de compromiso para la iniciación de la etapa de construcción del contrato 444 de 1994, de 19 de abril de 1996, folios 2240 y siguientes del cuaderno de pruebas número cinco.**

Por medio de este documento las partes en el contrato de concesión reformularon el objeto del mismo y señalaron el alcance de las obras a cargo de la concesionaria, en los términos que se transcriben a continuación:

“... en desarrollo del objeto del contrato 444 de 1994 el concesionario construirá la totalidad de las obras como se describe a continuación. Obra básica: 1. tramo 1: rehabilitación de la actual vía de salida Santafé de Bogotá a Villavicencio, a partir de la intersección de la Troncal Caracas con Avenida Boyacá hasta el punto denominado el Portal Bogotá (K8 + 000 – K 13 + 500) tramo 2: construcción del tramo Portal Bogotá – El Antojo (K 13 + 500 – K 21 + 500, el cual incluye el túnel de Boquerón y sus accesos (el diseño del túnel elaborado por el concesionario será de su total responsabilidad en cuanto a su funcionamiento y capacidad para asumir el tráfico proyectado durante la vigencia de la concesión) 3. tramo 3: construcción, acondicionamiento, mejora y ensanche del sector de la carretera actualmente en servicio, entre El Antojo y Puente Real (K 21 + 500 – K39 + 300). Para la construcción de la variante que evite el paso por la población de Cáqueza se estudiarán las alternativas para escoger la que ofrezca las mejores condiciones geológicas y la óptima relación costo – beneficio. La decisión final se adoptará antes de setenta y cinco días calendario a partir de la fecha de la firma de esta acta y el Instituto Nacional de Vías decidirá si se construye por el concesionario o la contrata por separado. 4 tramo 4: rehabilitación del tramo comprendido entre la intersección de la variante a que se refiere el numeral anterior con la carretera actual hasta Puente Téllez (K 55 + 000)”.

Dado que en esta acta se previó la construcción de obras adicionales a las inicialmente estipuladas, el Invías manifestó que posteriormente decidiría si ellas se ejecutarían en la forma prevista en el contrato original o si el valor presente equivalente se invertiría en la financiación de las obras básicas para disminuir el aporte del Gobierno Nacional. Además, en materia de garantías se previó:

“a) El Instituto Nacional de Vías se compromete a gestionar la aprobación de las vigencias futuras del presupuesto nacional de los aportes necesarios para completar la financiación del proyecto y mantener su tasa interna de retorno operativa, para que estén disponibles en el momento de la firma de acuerdo definitivo de adición al contrato 444 de 1994, resultantes de la ingeniería financiera de acuerdo con el escenario que aquí se define. El

aporte del gobierno será ajustado con el valor de la inversión que se obtenga una vez completados los diseños definitivos del tramo 3, incluida la variante de Cáqueza, de acuerdo con la decisión del Instituto Nacional de Vías acerca de su ejecución.

b) El Instituto Nacional de Vías garantiza mayores cantidades de obra sobre los diseños definitivos aprobados por el instituto así: para túneles hasta el 20%, para el resto de obras hasta el 10% del valor de los diseños definitivos.

c) Los déficits de ingreso y las garantías por mayores cantidades de obra serán compensados de acuerdo con el sistema general de compensación establecido en el numeral tercero de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión. Para el primer caso solamente en el período de amortización de los créditos determinado por la ingeniería financiera”.

Finalmente, en este documento las partes se comprometieron a suscribir un acuerdo antes del 21 de mayo de 1996, tendiente a solucionar las discrepancias que aún estaban vigentes entre ellas.

#### **Acta de acuerdo modificadorio al contrato 444 de 1994 y anexos, de 28 de mayo de 1996, folios 2246 y siguientes del cuaderno 5 de pruebas.**

El análisis de este documento permite destacar los siguientes aspectos relevantes para efectos de este laudo:

(i) Para su suscripción las partes tomaron en consideración la necesidad de adecuar y “optimizar” el trazado de la carretera (se incluyó la construcción del Túnel de Boquerón en reemplazo de la variante de Chipaque y se decidió mejorar el corredor entre El Antojo y Puente Téllez), todo ello sin modificar el contrato de concesión;

(ii) Se convino que el concesionario invertiera el valor destinado a obras de alcance adicional en obras de alcance básico que se habían definido en el acta de abril 19 de 1996, ya citada;

(iii) Se eliminó el tramo 4 definido en el punto segundo del acuerdo de 19 de abril de 1996 y en caso de que el Invías decidiera incluir la variante de Cáqueza, se harían las modificaciones necesarias al modelo financiero;

(iv) El sector Puente Téllez-Villavicencio, a cargo del Invías, de conformidad con la cláusula primera del contrato de concesión, se entregaría a Coviandes en dos etapas: 1) tramo Puente Téllez – Caño Seco, el 1º de junio de 1997, y 2) tramo Caño Seco – Villavicencio, el 1º de abril de 1999;

(v) El Invías se comprometió “a gestionar la expedición de los documentos de vigencias futuras del Confis que respalden el aporte del INV, y una vez obtenida tal autorización, el INV deberá notificar oficialmente tal hecho al concesionario, momento a partir del cual entrará en vigencia el acta de iniciación de la etapa de construcción”. La no obtención de los certificados de vigencias futuras o la no aprobación de los programas de construcción con anterioridad al 30 de junio de 1996, dejaría sin efecto los acuerdos contenidos en el acta en análisis;

(vi) La etapa de operación estaría comprendida entre el 1º de junio de 1997, fecha en que se entregaría al concesionario el tramo Puente Téllez – Caño Seco, y la fecha de reversión del proyecto a la Nación;

(vii) Las partes aclaron y modificaron la cláusula quinta del contrato 444 de 1994 en la forma que se transcribe a continuación:

“Respecto del literal c) la cesión de los derechos de recaudo del peaje de la caseta localizada en la estación sector Cáqueza – Villavicencio se hará a partir del 1º de junio de 1997 cuando el INV entregue al concesionario las obras del sector Puente Téllez – Caño Seco para su operación y mantenimiento”.

“Respecto del parágrafo 5º se precisa en el INV cederá el recaudo del peaje de la caseta ‘El Pipiral’ de acuerdo con el esquema tarifario definido en la Resolución 9015 del 22 de diciembre de 1995 expedida por el Ministerio de Transporte un mes después de la entrada en vigencia del acta de iniciación de la etapa de construcción y hasta el 28 de febrero de 1997. Entre marzo 1º y mayo 31 de 1997 se aplicarán las tarifas del contrato de concesión 444 para el sector Cáqueza – Villavicencio”.

“Para efectos de la ingeniería financiera, el INV operará el peaje de Pipiral y entregará el 80% del tráfico mínimo

garantizado al concesionario, sin perjuicio de los ajustes posteriores que deban realizarse por entregas reales de recaudo que superen o resulten menores de dicho 80%”.

(viii) Los aportes del Gobierno Nacional previstos en la ingeniería financiera del proyecto tendrían lugar a más tardar el 30 de junio de 1997 y el 30 de junio de 1998;

(ix) En materia de financiación internacional, textualmente, las partes acordaron que “el INV, colaborará con el concesionario, expidiendo los documentos de su competencia con el fin de facilitar la consecución de la financiación por imposibilidad o demora en la obtención de los créditos por parte del concesionario o por el contenido de documentos, originado en dicho proceso de negociación”;

(x) En cuanto a las garantías de tráfico mínimo las partes acordaron, en relación con la cláusula décima séptima del contrato de concesión, que “la garantía de tráfico mínimo se aplicará para cada tramo desde la fecha de entrada en operación del respectivo tramo. Para la garantía, los superávis o déficits (sic) se contemplarán en forma global para todos los tramos de operación”;

(xi) Se adicionó el parágrafo primero de la cláusula vigésima quinta del contrato de concesión en el sentido de que los tramos que no construyera Coviandes y que le fueran entregados por el Invías se mantendrían en el nivel de servicio en que fueran entregados.

Los documentos que se han analizado y que constituyeron, junto con los demás que se mencionan en la cláusula segunda del contrato 444 de 1994, el marco normativo a que habrían de ceñirse las partes en el mismo, según se desprende de las pruebas arrimadas al proceso, fueron objeto de alteración el 12 de marzo de 1997, un mes antes del cierre del contrato de crédito a que se viene haciendo alusión en este laudo. En efecto, en el acta de acuerdo 4 (fls. 4688 y 4689 del cdno. de pbas. 12), las partes acordaron:

“Primero: modificar el numeral 4º del acta de acuerdo de 28 de mayo de 1996, de la siguiente forma:

La aplicación de las tarifas de peaje contempladas en el litera c) de la cláusula 5 del contrato de concesión 444 de 1994 se efectuará a más tardar el 1º de agosto de 1997. El Instituto Nacional de Vías entregará el 100% del recaudo neto obtenido en la estación Pipiral a partir del mes de marzo de 1997, hasta el 31 de julio de 1997, con las tarifas establecidas en al (sic) Resolución 08820 del 20 de diciembre de 1996;

“Segundo: a más tardar el 15 agosto de 1997 se ajustará la ingeniería financiera con los valores de recaudo realmente consignados mes a mes y con el valor que le correspondería al concesionario de conformidad con el contrato 444 de 1994 y con el acta de acuerdo modificatorio de 28 de mayo de 1996. El saldo a favor del concesionario será compensado por él Instituto Nacional de Vías a más tardar el 30 de junio de 1998;

Tercero: el Instituto Nacional de Vías recaudará el peaje en la estación Pipiral por lo menos hasta el día 30 de septiembre de 1997.

Cuarto: el Instituto Nacional de Vías se compromete a gestionar ante las entidades competentes las vigencias futuras que sean necesarias para cubrir los déficits (sic) generados por el presente acuerdo”.

De acuerdo con la naturaleza del contrato de concesión que ha sido objeto de análisis en este laudo, era legítimo que el concesionario reflejara en el contrato de crédito con el JP Morgan Guaranty Trust Company las obligaciones que había adquirido el Invías para con la concesionaria, todo ello con fundamento, además, en los principios de buena fe que consagra el artículo 83 de la Constitución Política y de responsabilidad que desarrolla el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como en las disposiciones del Código Civil que preservan la intangibilidad de las relaciones contractuales mientras las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no modifiquen las condiciones y las obligaciones que han asumido de común acuerdo (arts. 1602 y 1603).

Reflejo que, por lo demás, resulta natural si se tiene en cuenta que el mencionado contrato de crédito tuvo como única finalidad la financiación del proyecto de concesión y el cumplimiento de una obligación que expresamente había adquirido la convocante con la entidad concedente, según obra en el texto mismo del contrato (en el original y en su modificación del 28 de mayo de 1996) de financiar la concesión de manera íntegra, para lo cual se había

previsto la posibilidad de que el contratista celebrara contratos de crédito. Así se desprende no solo del texto del contrato, propiamente dicho con sus modificaciones, sino también de los pliegos de condiciones de la licitación pública 066-93 y de la oferta del 7 de julio de 1994 (cláusula segunda.-documentos del contrato) (ver fls. 1833, 1848 y ss., 1845 y 1846 del cdno. 5 de pbas. y fl. 1095 del cdno. de pbas. 3<sup>(6)</sup>).

Las reflexiones que anteceden justifican la estructuración del contrato de crédito a partir de las proyecciones caso base, definidas en el mismo como: “los datos financieros y los números que se incluyen en la ingeniería financiera que (i) está incluida en el acta de acuerdo modificadorio de fecha mayo 28 de 1996, y (ii) sirven como base para proyectar el ingreso, resultado de operación, flujo de caja y la capacidad del servicio de la deuda del proyecto” (fl. 3012 del cdno. 7 de pbas.), así como el haber previsto las cláusulas 3.02<sup>(7)</sup> y 7.01, literal c)<sup>(8)</sup> en el mismo convenio. Vinculación que, además fue conocida por la propia entidad estatal la cual, si bien no adquirió ningún compromiso directo en el contrato de crédito, era consciente de que sus obligaciones en el contrato de concesión habían servido, entre otros factores, como base para el otorgamiento del crédito (ver carta del director del Invías de julio 18 de 1997, que obra a folios 3237 y 3238 del cuaderno de pruebas número 8 y carta del director encargado de la oficina jurídica del Invías que obra a folios 3280 y 3281 del mismo cuaderno de pruebas).

Ahora bien, luego de establecer si a la luz de la normativa vigente, legal y contractual, se justificó el contrato de crédito en los términos pactados, procede verificar si en la realidad se configuraron los hechos de incumplimiento del Invías dentro del marco del contrato de concesión, primero, y luego su posible efecto en relación con el contrato de crédito.

De conformidad con la cláusula 7.01 del contrato de crédito, ya mencionada, habría lugar a la declaratoria del incumplimiento de Conviandes conjuntamente con la Fiduciaria de Occidente S.A., como fiduciaria, cuando el Invías dejara de cumplir “durante 30 días consecutivos o más con los convenios o acuerdos contenidos en los documentos del proyecto de los que son parte y dicha omisión ha tenido o puede tener en la opinión del agente o de los bancos mayoritarios un efecto significativo adverso en Coviandes o en el proyecto o en la capacidad del prestatario de pagar o de cumplir con sus obligaciones bajo este contrato y los demás documentos del proyecto...”. La previsión que se transcribe, interpretada en armonía con las demás del mismo contrato de crédito, impone concluir que las condiciones que se habían previsto en la cláusula 3.02 como requisitos necesarios para el desembolso previsto para julio de 1998 solo podrían dar lugar al perjuicio reclamado en este proceso si cumplían los requisitos de incumplimiento ya señalados: a) haber sido pactados en acuerdos entre concedente y concesionaria, determinantes para el otorgamiento de los préstamos; b) ser objeto de un incumplimiento reiterado por parte del Invías de 30 días o más, y c) en caso de incumplimiento tener, en opinión del agente, impacto directo o indirecto sobre la amortización de la deuda. Todos estos requisitos, como pasa a analizarse, se dieron por la no entrega definitiva del tramo 5 al contratista en la fecha acordada y por no haber ajustado las tarifas del Peaje de Pipiral de manera oportuna.

Respecto a la configuración del primer requisito —haber sido objeto de pacto entre concedente y concesionaria—, en cuanto concierne al tramo 5 (numeración dada al tramo Puente Télles (K55-000) – Caño Seco (K87+300), como se analizó al estudiar las distintas modificaciones que el 12 de abril de 1997 se habían hecho al contrato 444 de 1994, el Invías se comprometió a entregarlo a Coviandes el 1º de junio 1997, fecha en la cual debería haber comenzado la etapa de operación del proyecto. Frente al peaje de Pipiral, cuyos recaudos eran fundamentales dentro del proyecto caso base que sustentó el contrato de crédito, los acuerdos se iniciaron con la suscripción misma del contrato de concesión y culminaron con la ya mencionada acta de acuerdo modificadorio 4.

Por otra parte, de la configuración del segundo requerimiento —reiteración del incumplimiento por más de 30 días— dan fe numerosos documentos. En cuanto concierne a la entrega tardía del tramo 5 —por lo demás aceptada por la convocada— bastaría consultar el acta de acuerdo 11 de 3 de diciembre de 1998 (fls. 02779 del cdno. 7 de pbas.), en cuyos considerandos las partes manifestaron que “las condiciones actuales del tramo 5 no se ajustan a los requerimientos técnicos previstos en el contrato para entregar dicho tramo a Coviandes y por lo mismo, Conviandes no puede proceder a realizar el recibo definitivo”; frente a la reiteración del incumplimiento en el alza de las tarifas del peaje de Pipiral a valores contractuales —también aceptada por el Invías— dan fe, por ejemplo el acta de acuerdo número 10 de 3 de diciembre de 1998 (que se suscribió, entre otras consideraciones, con el propósito de facilitar al Invías la aplicación de las tarifas contractuales al peaje de el Pipiral, y que determinó que

las tarifas contractuales de dicho peaje, definidas en el literal c) de la cláusula 5 del contrato de concesión 444 de 1994 y debidamente ajustadas de conformidad con lo indicado en el parágrafo 2º de la cláusula 2ª del contrato, solo serían aplicadas por el Invías a más tardar el 1º de enero de 1999, lo que efectivamente no ocurrió como se verá más adelante). Así mismo, dan fe de que dichas tarifas no se habían llevado a los niveles contractuales los análisis diferenciales que se hacen en el dictamen pericial contable, que permiten determinar “el déficit a compensar por menor tarifa aplicada al tránsito real”, que cubrió las vigencias de 1999, 2000, 2001 y 2002 (cdno. de pbas. 18, fls. 48 y ss. y 413 y ss.). Además, vale destacar que, según obra en el acta de liquidación de aforo correspondiente al año 1999, suscrita el 27 de diciembre del año 2000, solo a esta última fecha se reconoció un “déficit (sic) a compensar por menor tarifa aplicada al tránsito real en la estalación Pipiral” (fl. 175 y ss., cdno. de pbas. 18). Como si lo anterior fuera poco, mediante comunicación del 15 de agosto de 2002, el JP Morgan certificó “que hasta julio 24 de 2002 no se recibió ninguna evidencia de que el tramo 5 había sido entregado al concesionario de manera definitiva, como tampoco del incremento de las tarifas del peaje El Pipiral a los niveles según contrato de concesión 444 de 1994” (cdno. de pbas. 16, fls. 227 a 231).

Finalmente, es claro que el agente (Morgan Guaranty Trust Company), consideró que la reiteración de los mencionados incumplimientos del Invías podían dar lugar a la declaratoria del evento de incumplimiento, según se desprende de la comunicación de julio 23 de 1998, dirigida por JP Morgan a Conviandes, obrante a folios 3707 y 3708 del cuaderno de pruebas 9. Allí se lee que la falta de evidencia confirmatoria de la entrega del tramo 5 del proyecto, de acuerdo con el acta de 28 de mayo y el aumento del peaje de el Pipiral al nivel de la tarifa contractual, se considerarían “un incumplimiento para todos los propósitos del contrato de crédito”, lo anterior sin perjuicio de aumentar el margen aplicable con efecto a partir de septiembre 30 de 1998, en un 0.50%, entre otras cosas. Consideración que el tribunal entiende razonable por cuanto la viabilidad del contrato de concesión, en este caso, está determinada por la existencia de una vía que se construye y opera y cuya retribución se fincó, durante la etapa precontractual, de manera primordial, en el recaudo de tarifas de peaje y en el aporte de capital de riesgo por el concesionario, dejando como alternativa final, en los supuestos taxativamente previstos luego en la cláusula trigésimo sexta del contrato los aportes del presupuesto nacional.

Por las razones expuestas procederá el tribunal a negar también la excepción de inexistencia de responsabilidad a cargo del Invías.

## **5.6. Excepción genérica.**

Tal como fue propuesta no pasa de ser una invitación al tribunal para que recuerde la obligación legal contenida en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil de declarar oficiosamente probada las excepciones cuando halle probados los hechos que la constituyen, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben ser alegadas en la contestación de la demanda, más que la intención de deducir un medio de defensa dirigido a enervar la acción incoada. Como el tribunal no encontró ninguna excepción declarable de oficio se abstiene de realizar cualquier otro comentario sobre el particular.

## **5.7. Las objeciones por error grave a los dictámenes periciales.**

De acuerdo con la solicitud de pruebas contenida en los escritos de demanda y contestación a la demanda, oportunamente formuladas por las partes, el tribunal consideró necesario decretar la práctica de dos peritajes, el primero de carácter contable y el segundo financiero. Los peritos para ambos dictámenes fueron designados de común acuerdo por las partes.

El dictamen financiero se desarrolló de acuerdo con las preguntas oportunamente formuladas por los apoderados de ambas partes procesales y fue objeto de solicitud, por ellas, de aclaraciones y complementaciones. Es de anotar que la representante del Ministerio Público —procuradora séptima judicial—, también solicitó se complementara y adicionara el dictamen financiero inicial. La perito también se pronunció sobre interrogantes presentados por la agente del Ministerio Público, muchos de los cuales complementaban las observaciones formuladas por las partes.

Una vez rendido el dictamen de aclaración y complementación, la señora procuradora séptima judicial y el señor apoderado del Invías formularon de objeción por error grave, contra el dictamen financiero con los siguientes argumentos:

Afirma la procuradora judicial que el dictamen hace un análisis teórico respecto al cálculo de los perjuicios que se pudieron causar como resultado de una operación bancaria, sin entrar a analizar otras circunstancias como el no cumplimiento por parte del concesionario de los tramos 2 y 3 de la carretera Bogotá – Villavicencio, para lo cual el Ministerio Público solicita la práctica de pruebas adicionales para determinar las obras no terminadas por la parte convocada e indicar sus valores a pesos presentes.

Así mismo la procuradora séptima judicial considera que es causa de error grave, el hecho que el dictamen no haya tenido en cuenta “los dictámenes realizados por el revisor fiscal del contrato 444 del 2 de agosto de 1994”, lo que, según la representante de procuraduría, origina un error grave, toda vez que su experticio se considera solamente estudiando y determinando los intereses generados para la parte convocante sin tener en consideración el análisis efectuado durante el desarrollo y la ejecución del contrato por parte del revisor fiscal del contrato.

Por su parte el apoderado de la convocada presenta en forma particular y detallada, los argumentos por los cuales considera que la perito financiera incurre en error grave en las respuestas que presenta para algunas de las preguntas incluidas en el cuestionario, para concluir que “en términos generales cuando se le solicita información que tiene que ver con el mercado de valores, el manejo financiero, relación de rendimiento o tasas de interés con garantías y riesgos, la señora perito, no enuncia, ni expone claramente como son estas relaciones, no indica que existen mercados de futuro donde se puede uno proteger del incremento de las tasas de interés o de los cambios de las monedas, como esto aumenta las tasas o las garantías, se solicitaba una explicación breve de la complejidad de las opciones que se tienen (no de la descripción de paquete por paquete que ofrecen los bancos), sino de una explicación sobre las generalidades que se ofrecen en el mercado nacional e internacional, así como de una comparación de tasas, pero lo único que encontramos son direcciones para que consultemos, pero no cumple con el objetivo de tener una respuesta clara a nuestras inquietudes financieras” .

El tribunal, después de estudiar los elementos procesales que se requerían, consideró que el asunto de fondo contenido en los escritos de objeción al dictamen por error grave, se definirían en el laudo sin más trámite, pues el apoderado del Invías en su escrito de objeción no solicita prueba alguna para demostrar el error aducido. Por su parte la representante del Ministerio Público en estricto sentido técnico judicial, tampoco solicitó al tribunal se decretara alguna prueba con el fin de sustentar la objeción, sino que pretendió la obtención de una prueba para la “determinación de las obras no terminadas por parte de la convocada indicándose los valores a valor presente”, razón por la cual mediante auto 24 del 23 de febrero de 2004 el tribunal denegó la petición por improcedente “porque no se refiere a los hechos ni a las pretensiones planteados en este proceso”. Es decir, que dentro de las posibilidades probatorias que concibe la ley, la procuradora judicial no solicitó la práctica de una prueba para demostrar la existencia del error grave que lleva a la objeción, sino que se limitó a solicitar la práctica de una prueba inconducente para el objetivo planteado.

Igualmente, a solicitud de la parte convocada se decretó la práctica de un dictamen contable, que fue aclarado y complementado y, finalmente, objetado por la señora agente del Ministerio Público. En esta ocasión la objeción se planteó “en el sentido que el dictamen contable no tomó en consideración los dictámenes realizados por el revisor fiscal del contrato 444 del 2 de agosto de 1994”.

Para resolver las objeciones formuladas es necesario determinar con precisión y claridad, que debe entenderse por error grave, pues solo a partir de esta determinación es posible identificar si prospera o no la objeción.

Dice el tratadista Antonio Rocha:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción de error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro si tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino en que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo el agua, sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los

pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad se confunde con la verificación y que son ideas falsas las que no se prestan a tal verificación. A esto se arguye que se puede admitir que la verdad no es conocida sino por la verificación, ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto del Tequendama que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “Precis de Philosophie” por Paul Foulquié, Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, Lógica, Moral, Metafísica, 1936, de quien se ha hecho la síntesis”).

“Grave es lo que pasa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en el procedimiento judicial, lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y está, en últimas, sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial”.

“Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre cualidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya o de Borrero”<sup>(9)</sup>.

Para la doctrina también es error grave el que recae sobre elementos accidentales del asunto, pero que son el objeto principal del dictamen o son determinantes para la valoración del perito.

Igualmente hay un error grave cuando la conclusión del dictamen atenta contra la lógica y conlleva a deducciones equivocadas.

El error grave exige un desconocimiento de la realidad, un cambio de las cualidades del objeto, de sus atributos, o cuando se toma como objeto del dictamen uno diferente al que es materia del mismo.

En las objeciones formuladas el tribunal encuentra algunos reparos a las experticias pero no advierte el planteamiento de un error con la entidad de grave de las conclusiones. En realidad la objeción de la parte convocada parte de una supuesta parcialización de la perito que no advierte el tribunal y que jurídicamente no constituye soporte válido para descalificar un dictamen pericial. En realidad lo que hizo la perito fue diseñar unos escenarios posibles dentro del planteamiento de las preguntas de las partes.

La objeción del Ministerio Público al dictamen pericial financiero está sustentada en la no valoración de hechos ajenos a este proceso como si existiere una demanda de reconvenCIÓN —que no se formuló— y en la no consideración de un documento y sin determinar la consecuencia de esa omisión, si es que existió. En sentido similar la objeción del Ministerio Público al dictamen pericial contable se limita a la consideración respecto del mencionado dictamen del revisor fiscal del contrato, de nuevo, sin indicar cuál fue el error, por qué es grave, o qué circunstancia específica revelaría en contrario la supuesta prueba omitida.

Ahora bien la ley procesal señala que el error que se imputa debe ser determinante de las conclusiones del perito, o consecuencia de ellas, circunstancias que no ocurren en este caso, pues los peritos no dejaron de pronunciarse sobre el objeto que constituía la esencia de los dictámenes, ni sobre el objeto para el cual fueron decretados.

Así las cosas, el tribunal decidirá negativamente sobre las objeciones por error grave formuladas contra los dictámenes de carácter financiero, haciendo énfasis en que las características exigidas por el ordenamiento procesal, en orden a determinar la procedencia de ambos dictámenes periciales se cumplen a cabalidad, pues ambos fueron debidamente sustentados y explicados, con afirmaciones de contenido serio y como apareció notorio, sus autores son personas idóneas y capacitadas en el campo en el cual actuaron como auxiliares de la justicia designados de común acuerdo por las partes, razones suficientes para que los árbitros procedamos a la evaluación de la prueba pericial, en armonía con las demás pruebas allegadas al proceso.

## 5.8. Determinación del perjuicio y su valoración.

Establecida la responsabilidad que incumbe al Invías por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, corresponde a este tribunal determinar conceptual y cuantitativamente lo concerniente a los perjuicios, de acuerdo con las respuestas dadas en los dictámenes financiero y contable a las preguntas formuladas por las partes y por el tribunal y las demás pruebas aportadas al expediente.

La parte convocada solicitó a la perito encargada del dictamen financiero, que determinara, con base en el contrato de concesión y en la ingeniería financiera, si se exigía que el contratista se endeudara para realizar el proyecto o si el proyecto de acuerdo se podía financiar con aportes únicamente del concesionario (pregunta 8 del cuestionario de la convocada fl. 218 del cdno. de pbas. 16).

A esta pregunta la perito responde textualmente:

“... en la cláusula primera del citado contrato, se encuentra como actividad incluida para cumplir el objeto del contrato, entre otras: financiación y en las obligaciones del concesionario a cláusula sexta –entre otras— a) La financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios, según los procedimientos descritos en el numeral 1.11 y 1.12 de los pliegos de condiciones”.

También observa la perito que la “cláusula décima quinta. Esquema financiero. fondos del contrato”, consagra la obligación del concesionario “de constituir un fideicomiso en la Sociedad Fiduciaria de Occidente S.A., entidad debidamente autorizada por la (\*) Superintendencia Bancaria, en cuya virtud se constituya un patrimonio autónomo, el cual servirá de eje para la consecución de financiaciones”. En igual sentido se pronuncia la perito al afirmar que el parágrafo primero de la precitada cláusula cuando dispone que el concesionario aportará al fideicomiso en la medida y oportunidad en que el proyecto lo vaya requiriendo, entre otros valores, aquellos que deberá financiar mediante los procedimientos y con el apoyo de las entidades financieras o particulares que para el momento resulten más recomendables en pos de asegurar la debida ejecución del proyecto, teniendo como referencia lo establecido en su propuesta financiera.

Estas, amén de otras cláusulas del contrato de concesión, así como el contenido de la propuesta de la convocante, específicamente su ingeniería financiera, no dejan lugar a dudas acerca de la viabilidad contractual que le cabía al concesionario de obtener recursos del mercado financiero, interno o externo, para efectos de contribuir a la financiación del proyecto.

Esta posibilidad confirma lo expuesto en este laudo acerca de la naturaleza finance project del contrato 444 de 1994, pues cuando se identifica un contrato como marco legal para un proyecto de inversión, no puede olvidarse que la expresión más simple con la cual se sintetiza el concepto, es la que describe este tipo de proyectos como aquellos que operan como un conjunto de ingresos y egresos en diferentes momentos.

Bajo este esquema su identificación como proyecto ciento por ciento accionario, en nada se opone a las posibilidades que otorga el acuerdo contractual con respecto a las diferentes fuentes de los valores del contrato, pues finalmente lo importante es que en la ingeniería financiera exista claridad acerca de que la “financiación debe asegurar un adecuado flujo de recursos para cumplir con los programas de trabajo y el cronograma de desembolsos propuesto y auditado por el interventor” (Dictamen Pericial fls. 218 a 221 cdno. de pbas. 16 , respuesta a preguntas 8 y 10 de la convocada).

Ahora bien, el capítulo VI denominado “El Perjuicio”, del escrito de demanda, folio 000100 del cuaderno principal 1, identifica los factores que de acuerdo con la apreciación de la parte convocante, determinan el perjuicio, así: “Los intereses cancelados por Coviandes al Morgan Guaranty Trust Company of New York y los sobrecostos ocasionados por la sanción: costo de la sanción impuesta por el Morgan Trust Company of New York al crédito de Coviandes... y mayores valores por comisión fiduciaria y costos financieros que le adeuda el Invías a Coviandes S.A. por concepto de la sanción impuesta por el Morgan Guaranty Trust Company of New York a Coviandes S.A.”.

De acuerdo con el análisis del expediente, especialmente con los contenidos de los dictámenes financiero y contable, los factores determinantes del perjuicio pueden sintetizarse en tres conceptos:

- Mayor valor de intereses pagados por Coviandes al Morgan Guaranty Trust Company of New York.
- Mayor valor de la comisión fiduciaria.
- Costos financieros por concepto de la sanción impuesta por el Morgan Guaranty Trust Company of New York .

El estudio financiero del tema fue sometido al examen de la experta auxiliar de la justicia, nombrada de común acuerdo por la convocante y la convocada, quien de acuerdo con sus conocimientos y experiencia y previo análisis de las pruebas que constan en el expediente, incluyendo las recogidas a través de la diligencia de inspección judicial decretada por el tribunal, también a solicitud de las partes, estableció los parámetros y conclusiones que sirven como punto de referencia para el examen que se realiza en este punto del laudo arbitral.

Como se apreciará más adelante, los resultados que arroja el dictamen financiero, en cuanto se refieren a la determinación de los perjuicios o el desequilibrio ocasionado a las condiciones económicas del contrato, coinciden en su esencia con los resultados que arroja el análisis efectuado por el perito experto en materias contables.

Para entrar a la evaluación del perjuicio, el dictamen financiero parte de los siguientes fundamentos:

- Inicialmente identifica dos escenarios: el primero asume que el crédito del JP Morgan finaliza en julio de 1998 y que el concesionario puede sustituirlo inmediatamente (en el mismo mes); el segundo, asume que el crédito con el JP Morgan finaliza en julio de 1998 y que el concesionario se demora 10 meses para poder sustituirlo.
  - Para cada uno de estos escenarios, el dictamen considera distintas opciones, según se trabaje aportes del gobierno y se considere la ingeniería financiera en lo atinente a la defensa del tasa interna de retorno o se trabaje con parámetros del mercado financiero, así: opciones 1 y 2 con sustitución inmediata del crédito; opciones 3 y 4 con incremento en la tasa de interés del crédito vigente, la opción tres con dos alternativas financiera diferentes; y opciones 5 y 6 con reemplazo del crédito en un término de 10 meses.
  - En desarrollo del esquema trazado el dictamen evalúa cada uno de los escenarios descritos con sus diferentes opciones y alternativas, exponiendo para ello los cuadros sobre flujo de caja estimado, balance general estimado y estado de resultados estimado, para concluir con la identificación de las sumas que para cada caso configuran el perjuicio y por tanto el aporte que corresponde al Invías con el fin de preservar el equilibrio económico financiero del contrato (cdno. de pbas. 16 fls. 253 a 372).
  - Cuando se está frente al incumplimiento de contrato de crédito, se presenta un evento calificado por la perito como catastrófico, por las circunstancias financieras descritas a folios 190 del cuaderno de pruebas 16, lo que hace, en concepto de la experta, que el tribunal compare, que sea difícil e incluso extremadamente remota la posibilidad de sustituir el crédito incumplido por un nuevo crédito.
  - Además contemplar la posibilidad de un crédito sustituto, especialmente con una demora de consecución de diez meses, supone considerar, que como prestatario, Coviandes hubiera tenido que reconocer a su constructor y demás contratistas intereses durante el período de negociación del nuevo crédito, el costo de los créditos de tesorería para cumplir con el pago de costos administrativos y operativos de toda índole, el costo financiero frente a la ingeniería financiera del contrato por la interrupción del mismo hasta tanto se obtuviera el nuevo crédito, los costos de la intervención ociosa, entre muchos otros.
- Debe también tenerse en cuenta que al momento de evaluar el perjuicio ocasionado, el tribunal no consideró como alternativa optima de solución, la posibilidad de sustitución de crédito, por cuanto, como claramente consta en los dictámenes (cdnos. de pbas. 16 fls. 193 y ss. y 18 fls. 79 y ss.) cualquier opción que hubiese contemplado esta posibilidad, además de los conceptos incluidos en el aparte anterior, debía considerar una serie de costos adicionales de naturaleza eminentemente financiera, entre otros, los correspondientes a comisiones y gastos legales por reemplazo de crédito como comisión de arreglo (upfront fee), gastos legales que cobraría el J.P. Morgan, valor de la multa que cobraría el Banco de la República por terminar el crédito anticipadamente, los mayores intereses generados por la solicitud de mayor capital, el costo de la comisión sobre el valor total de las fuentes periódicas. El dictamen del experto contable se refiere específicamente a temas como el costo adicional de la comisión fiduciaria (cdno. 18 fl. 79), y el costo de oportunidad con base en la tasa de interés bancario corriente (cdno. 18 fl. 81).

No cabe duda que cualquier posibilidad de determinación del perjuicio con fundamento en la hipótesis de sustitución del crédito, inmediata o a 10 meses período histórico normal para ello, implicaba sobrecostos considerablemente mayores que si se optaba, como efectivamente lo hizo Coviandes, por la opción del incremento en la tasa de interés, con el fin, además, de evitar las graves consecuencias del default.

Tampoco le es dable al tribunal aceptar como solución posible, cualquiera que se base en operaciones financieras tendientes a la conservación de la TIR del proyecto, puesto que en el caso *sub examine* no se trata de situaciones de intrínsecas o normales a la ejecución del objeto contractual, sino de circunstancias externas, especiales y particulares, que por no haber sido consideradas en el marco de la ingeniería financiera del contrato, no pueden ser solucionadas con los instrumentos que da esa ingeniería para mantener la TIR del proyecto.

Al responder la pregunta d) del cuestionario de la convocante, en el escrito de “Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial financiero” la perito identifica el escenario uno, opción tres, alternativa dos, como la posibilidad más adecuada por corresponder al cálculo del perjuicio mínimo que puede derivar de una situación como la planteada en el proceso, entre otras cosas, porque, además de las consideraciones expuestas en los apartes precedentes, esta posibilidad no incluye la valoración de otros perjuicios que tienen carácter meramente potencial, por ejemplo el costo de oportunidad con base en la rentabilidad del fideicomiso, y considera solo aquellos factores que corresponden a una situación “realidad” (cdno. Pbas. 16, fl. 50). En este sentido el examen efectuado en el dictamen financiero concuerda plenamente con los resultados que arroja el dictamen contable (cdno. de pbas. 17, fl. 8).

El tribunal acoge parcialmente la posición escogida y descrita en el párrafo anterior puesto que considerar otras opciones supone incluir elementos meramente hipotéticos sobre los cuales el juez carece de la certeza que debe poseer al momento de adoptar cualquier decisión.

En efecto, el escenario, opción y alternativa escogidos, fundamentan la evaluación real del perjuicio en las siguientes variables:

- Se calcula el valor real del sobrecosto pagado entre julio de 1998 y agosto de 2.003, por el incremento en la tasa de interés;
- Se calcula el sobrecosto en pesos, incluido el costo financiero. Para ello se toma el valor del sobre costo en dólares de los Estados Unidos de América y se multiplica cada pago por la tasa representativa del mercado del día de cada pago para obtener el valor del sobrecosto en pesos;
- Se determinan los costos financieros del crédito JP Morgan incluyendo los sobrecostos por Spread adicional (costos financieros generados en dólares de los Estados Unidos de América, costos financieros adicionales generados en pesos utilizando tasas de créditos en pesos);
- En la determinación de los costos financieros adicionales generados en pesos el tribunal considera que el cálculo de los intereses con fundamento en la tasa del interés bancario corriente o en la tasa interna del fondo carecen de soporte real, razón por la cual adopta el sobrecosto en pesos colombianos más comisión fiduciaria actualizados mes a mes con los índices DANE, valor actualizado al cual le aplica el interés legal del &#5(sic) con fundamento en el artículo 1617 del Código Civil;

Con fundamento en la metodología descrita se determina el valor real en pesos colombianos del total que se debe reconocer a la convocante, así:

#### Sobre-costos y actualización:

Mes inicial	Sobre costo en dólares	Sobre costo en pesos	Comisión Fiducia	Sobrecosto en pesos col más comisión fiducia
Oct-98	US\$ 64.522,22	\$ 102.631.627,56	\$ 357.158,06	\$ 102'988.785,62
Feb-99	US\$ 447.222,22	\$ 711.839.138,89	\$ 2.477.200,20	\$ 714'316.339,09

Mayo-99	US\$ 378.069,44	\$ 597.644.616,39	\$ 2.079.803,27	\$ 599'724.419,65
Ago-99	US\$ 236.347,22	\$ 432.427.968,19	\$ 1.504.849,33	\$ 433'932.817,52
Nov-99	US\$ 526.572,22	\$ 1.035.277.848,94	\$ 3.602.766,91	\$ 1.038'880.615,86
Feb-00	US\$ 373.750,00	\$ 731.866.037,50	\$ 2.546.893,81	\$ 734'412.931,31
Mayo-00	US\$ 210.311,11	\$ 420.401.395,56	\$ 1.450.384,81	\$ 421'851.780,37
Jul-00	US\$ 228.800,00	\$ 489.428.368,00	\$ 1.688.527,87	\$ 491'116.895,87
Oct-00	US\$ 513.138,89	\$ 1.135.032.433,89	\$ 3.915.861,90	\$ 1.138'948.295,79
Ene-01	US\$ 291.756,11	\$ 650.376.887,77	\$ 2.243.800,26	\$ 652'620.688,03
Abr-01	US\$ 388.875,00	\$ 895.913.557,50	\$ 3.117.779,18	\$ 899'031.336,68
Jul-01	US\$ 89.930,00	\$ 207.318.326,90	\$ 721.467,78	\$ 208'039.794,68
Oct-01	US\$ 54.849,32	\$ 127.730.342,47	\$ 444.501,59	\$ 128'174.844,06
Ene-02	US\$ 54.849,32	\$ 126.226.374,25	\$ 439.267,78	\$ 126'665.642,03
Abr-02	US\$ 45.616,44	\$ 103.149.258,90	\$ 358.959,42	\$ 103'508.218,33
Jul-02	US\$ 46.630,14	\$ 111.825.596,71	\$ 389.153,08	\$ 112'214.749,79
Ago-02	US\$ 11.835,62	\$ 29.962.234,52	\$ 104.268,58	\$ 30'066.503,10
Oct-02	US\$ 53.424,66	\$ 150.941.753,42	\$ 525.277,30	\$ 151'467.030,73
Ene-03	US\$ 74.794,52	\$ 212.683.454,79	\$ 740.138,42	\$ 213'423.593,22
Mayo-03	US\$ 104.260,27	\$ 303.501.657,53	\$ 1.056.185,77	\$ 304'557.843,30
Ago-03	US\$ 65.445,21	\$ 188.658.890,64	\$ 656.532,94	\$ 189'315.423,58
Sep-03	US\$ 21.452,05	\$ 61.058.125,48	\$ 212.482,28	\$ 61'270.607,76
Oct-03	US\$ 34.613,01	\$ 99.744.857,67	\$ 347.112,10	\$ 100'091.969,78
Dic-03	US\$ 14.095,89	\$ 40.014.004,11	\$ 139.248,73	\$ 40'153.252,84
Ene-04	US\$ 15.595,89	\$ 43.328.658,70	\$ 150.783,73	\$ 43'479.442,43
Feb-04	US\$ 13.253,42	\$ 36.321.672,95	\$ 126.399,42	\$ 36'448.072,37
Mar-04	US\$ 11.506,85	\$ 30.913.610,96	\$ 107.579,37	\$ 31'021.190,33
Abr-04	US\$ 12.544,52	\$ 33.596.233,15	\$ 116.914,89	\$ 33'713.148,04
Mayo-04	US\$ 6.780,82	\$ 17.948.767,81	\$ 62.461,71	\$ 18'011.229,52
Jun-04	US\$ 5.465,75	\$ 15.008.466,99	\$ 52.229,47	\$ 15'060.696,45
Jul-04	US\$ 3.452,05	\$ 9.329.523,29	\$ 32.466,74	\$ 9'361.990,03
Suma	US\$ 4'399.760,20	\$ 9.152'101.691,42	\$ 31'768.456,71	\$ 9.183'870.148,14

Mes inicial	Sobrecosto en pesos col más comisión fiducia	Factor Índices -DANE -	Valor histórico actualizado	Valor intereses
Oct-98	\$ 102.988.785,62		\$ 102.988.785,62	
Nov-98		1,001774162	\$ 103.171.504,43	\$ 494.419,50
Dic-98		1,009134025	\$ 104.113.875,56	\$ 511.847,46
Ene-99		1,02209069	\$ 106.413.822,91	\$ 516.522,68
Feb-99	\$ 714.316.339,09	1,016982925	\$ 834.668.561,16	\$ 476.728,47
Mar-99		1,009379529	\$ 842.497.359,16	\$ 4.140.900,94

Abr-99		1,007838061	\$ 849.100.904,50	\$ 4.044.587,18
Mayo-99	\$ 599.724.419,65	1,004785213	\$ 1.455.758.262,62	\$ 4.212.501,70
Jun-99		1,002793883	\$ 1.459.825.480,37	\$ 6.988.676,15
Jul-99		1,003120183	\$ 1.464.380.402,54	\$ 7.242.386,95
Ago-99	\$ 433.932.817,52	1,004951146	\$ 1.907.712.045,48	\$ 7.264.984,52
Sep-99		1,003308352	\$ 1.914.023.428,35	\$ 9.158.376,10
Oct-99		1,003496428	\$ 1.920.715.672,82	\$ 9.495.722,94
Nov-99	\$ 1.038.880.615,86	1,004788569	\$ 2.973.768.520,64	\$ 9.220.802,77
Dic-99		1,005292785	\$ 2.989.508.037,29	\$ 14.753.258,27
Ene-00		1,01289297	\$ 3.028.051.674,94	\$ 14.831.344,09
Feb-00	\$ 734.412.931,31	1,023020513	\$ 3.849.078.472,56	\$ 14.051.121,37
Mar-00		1,017108616	\$ 3.914.930.876,19	\$ 19.095.786,51
Abr-00		1,009961217	\$ 3.953.928.353,00	\$ 18.794.455,62
Mayo-00	\$ 421.851.780,37	1,005212804	\$ 4.398.590.216,45	\$ 19.615.960,61
Jun-00		0,999806248	\$ 4.397.737.981,76	\$ 21.116.364,81
Jul-00	\$ 491.116.895,87	0,999611531	\$ 4.886.955.710,74	\$ 21.817.758,78
Ago-00		1,003156385	\$ 4.902.380.825,07	\$ 24.244.832,52
Sep-00		1,004259701	\$ 4.923.263.502,59	\$ 23.534.918,43
Oct-00	\$ 1.138.948.295,79	1,001530327	\$ 6.071.488.966,33	\$ 24.424.960,27
Nov-00		1,003284035	\$ 6.091.427.951,10	\$ 29.147.469,91
Dic-00		1,004602545	\$ 6.119.464.025,27	\$ 30.220.378,34
Ene-01	\$ 652.620.688,03	1,010508439	\$ 6.843.248.750,73	\$ 30.359.469,00
Feb-01		1,018929018	\$ 6.972.784.731,39	\$ 30.657.403,60
Mar-01		1,014812255	\$ 7.076.067.396,28	\$ 34.592.905,69
Abr-01	\$ 899.031.336,68	1,011475362	\$ 8.066.615.878,10	\$ 33.970.161,63
Mayo-01		1,004183923	\$ 8.100.365.980,61	\$ 40.019.546,43
Jun-01		1,000402993	\$ 8.103.630.372,28	\$ 38.887.524,13
Jul-01	\$ 208.039.794,68	1,001090811	\$ 8.320.736.625,74	\$ 40.203.180,23
Ago-01		1,002606245	\$ 8.342.422.500,08	\$ 41.280.273,01
Sep-01		1,003710433	\$ 8.373.376.496,06	\$ 40.049.567,76
Oct-01	\$ 128.174.844,06	1,001852533	\$ 8.517.300.747,77	\$ 41.541.426,36
Nov-01		1,00116878	\$ 8.527.255.602,44	\$ 40.889.107,86
Dic-01		1,003373835	\$ 8.556.025.156,52	\$ 42.304.840,93
Ene-02	\$ 126.665.642,03	1,007958895	\$ 8.751.795.419,71	\$ 42.447.570,48
Feb-02		1,0125659	\$ 8.861.769.605,71	\$ 39.207.594,84
Mar-02		1,007083268	\$ 8.924.539.895,20	\$ 43.964.409,06
Abr-02	\$ 103.508.218,33	1,00914994	\$ 9.110.654.212,50	\$ 42.844.145,72
Mayo-02		1,005987648	\$ 9.165.205.604,35	\$ 45.199.158,46
Jun-02		1,004288277	\$ 9.204.508.543,76	\$ 43.999.512,48

Jul-02	\$ 112.214.749,79	1,000225879	\$ 9.318.827.743,86	\$ 45.664.782,19
Ago-02	\$ 30.066.503,10	1,000943779	\$ 9.357.717.540,05	\$ 46.231.934,83
Sep-02		1,003602198	\$ 9.391.425.887,29	\$ 44.923.706,84
Oct-02	\$ 151.467.030,73	1,005591213	\$ 9.596.249.263,66	\$ 46.592.103,81
Nov-02		1,007782448	\$ 9.670.931.576,63	\$ 46.068.828,95
Dic-02		1,002671275	\$ 9.696.765.291,07	\$ 47.978.768,44
Ene-03	\$ 213.423.593,22	1,011741397	\$ 10.026.548.347,70	\$ 48.106.932,90
Feb-03		1,011105239	\$ 10.137.895.567,29	\$ 44.918.422,60
Mar-03		1,010471255	\$ 10.244.052.059,49	\$ 50.295.438,45
Abr-03		1,01147593	\$ 10.361.612.085,51	\$ 49.178.743,60
Mayo-03	\$ 304.557.843,30	1,004898784	\$ 10.718.421.192,03	\$ 51.405.325,63
Jun-03		0,999453267	\$ 10.712.561.079,78	\$ 51.456.053,18
Jul-03		0,998568822	\$ 10.697.229.493,07	\$ 53.146.429,93
Ago-03	\$ 189.315.423,58	1,003089099	\$ 10.920.174.530,10	\$ 53.070.367,91
Sep-03	\$ 61.270.607,76	1,002201235	\$ 11.005.617.877,75	\$ 52.424.612,85
Oct-03	\$ 100.091.969,78	1,000602744	\$ 11.112.403.742,57	\$ 54.600.323,40
Nov-03		1,003483181	\$ 11.151.110.254,33	\$ 53.347.449,94
Dic-03	\$ 40.153.252,84	1,006090355	\$ 11.259.422.274,22	\$ 55.322.130,29
Ene-04	\$ 43.479.442,43	1,00886178	\$ 11.403.065.546,30	\$ 55.859.480,52
Feb-04	\$ 36.448.072,37	1,01199428	\$ 11.576.722.342,75	\$ 52.913.845,34
Mar-04	\$ 31.021.190,33	1,009842852	\$ 11.721996.840,46	\$ 57.433.648,06
Abr-04	\$ 33.713.148,04	1,004561175	\$ 11.809.329.840,44	\$ 56.273.930,84
May-04	\$ 18.011.229,52	1,003808368	\$ 11.872.383.941,74	\$ 58.587.644,56
Jun-04	\$ 15.060.696,45	1,006034581	\$ 11.959.180.389,84	\$ 56.995.896,00
Jul-04	\$ 9.361.990,03	0,999690906	\$ 11.964.842.974,93	\$ 59.331.072,92
Ago-04				\$ 45.929.794,26
Suma	\$ 9.183'870.148,14	Sumas		\$ 2.389'892.532,80

#### Resumen:

Sobre costo en pesos colombianos más comisión fiducia, actualizados mes a mes, con los índices DANE	\$ 11.964'842.974,93
Valor intereses del 6% sobre el valor actualizado	\$ 2.389'892.532,80
Total	\$ 14.354'735.507,73

#### CAPÍTULO VI

#### La conducta de las partes y de sus apoderados y costas

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, su entendimiento y aplicación por el honorable Consejo de Estado, el tribunal se abstendrá de condenar en costas. En efecto, ha dicho esa alta corporación sobre el citado artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en la forma como fue modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que “En la nueva regulación de las costas en el proceso

administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”<sup>(10)</sup>.

Entonces, como la conducta procesal de ambas partes fue razonable, de acuerdo a su posición jurídica concreta y fue, ética, diligente y transparente; ajena a los actos de abuso, temeridad o mala fe o con desbordamiento del ejercicio legítimo del derecho a litigar, el tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Ahora bien, como la parte convocante asumió el ciento por ciento de los gastos y honorarios este trámite arbitral se impone el reembolso del cincuenta por ciento de lo pagado por aquella en nombre de la convocada por esos conceptos, en la suma de ciento setenta y cuatro millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 174.250.000) moneda corriente, teniendo en cuenta las partidas discriminadas en las autos 1 del 21 de abril y 2 del 13 de mayo de 2003.

### **Fallo arbitral.**

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

**RESUELVE:**

Primero. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada y por el Ministerio Público contra el dictamen pericial financiero.

Segundo. Declarar no probada la objeción por error grave formulada por el Ministerio Público contra el dictamen pericial contable.

Tercero. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada.

Cuarto. Declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato de concesión 444 de 1994, celebrado entre dicho instituto y la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A. el día 2 de agosto de 2004.

Quinto. Condenar al Instituto Nacional de Vías al reconocimiento y pago a la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A. de los sobrecostos y perjuicios en que esta incurrió por concepto del crédito adquirido con el Morgan Guaranty Trust Company Of New York, como resultado del incumplimiento contractual de la parte convocada.

Sexto. Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, condenar al Instituto Nacional de Vías a pagar a la sociedad Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A.— la suma de catorce mil trescientos cincuenta y cuatro millones setecientos treinta y cinco mil quinientos siete pesos con setenta y tres centavos (\$ 14.354'735.507,73) moneda corriente, de conformidad con la pretensión segunda subsidiaria a la pretensión cuarta principal.

Séptimo. Declarar que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, el Instituto Nacional de Vías debe pagar a favor de la Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A.— intereses comerciales moratorios sobre la suma antes mencionada, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Octavo. Declarar que el Instituto Nacional de Vías debe dar cumplimiento al laudo arbitral de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Noveno. Sin perjuicio de las compensaciones a que hubiere lugar una vez la presidenta del tribunal reintegre a la parte convocante las sumas sobrantes de la partida de gastos, si a ello hubiere lugar, ordenar al Instituto Nacional de Vías el reembolso a Concesionaria Vial de Los Andes S.A. – Coviandes S.A.— de la suma de ciento setenta y cuatro millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 174.250.000) moneda corriente, que esta pagó por aquella por concepto de honorarios y gastos de este proceso arbitral, junto con intereses de mora en los términos establecidos por el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 y demás normas concordantes, desde el día siguiente a dicho pago y

hasta que se verifique su reembolso.

Décimo. Declarar que no hay condena en costas.

Décimo primero. Negar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo segundo. Protocolizar el expediente en una notaría del círculo de Bogotá con cargo al rubro de gastos de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998. Si la partida de gastos resultare insuficiente las partes deberán sufragar el saldo correspondiente en igual proporción.

Notifíquese.

*Adelaida Ángel Zea, presidente—Luis Fernando Álvarez Jaramillo, árbitro—Joaquin Jarava del Castillo, árbitro.*

*Roberto Aguilar Díaz,* Secretario.

---