

Laudo Arbitral

Compañía de Trabajos Urbanos Ltda.

v.

Fondo Vial Nacional

Mayo 6 de 1981

Agotado el trámite legal, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar, en derecho, el laudo que pone término al proceso seguido, de una parte por la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda., sociedad de responsabilidad limitada con domicilio en Bogotá, constituida, por escritura pública 8352 extendida en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá y reformada por varias posteriores, y de la otra por el Fondo Vial Nacional, establecimiento público nacional creado por la Ley 64 de 1967, con domicilio en Bogotá, y adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, cuyo representante legal es el titular de este despacho ejecutivo.

I. Antecedentes

1. El Fondo Vial Nacional, que en adelante se llamará “El Fondo”, llamó a licitación para la ejecución de “todas las obras que sean necesarias para la conservación de la carretera Chusacá-Silvania-Girardot”, la cual lleva el número 350, mediante el pliego de condiciones correspondiente, en el que, para los efectos de este laudo, se destacan las siguientes cláusulas:

a) El objeto es la celebración de un contrato denominado de concesión, en el cual se remuneraría a los posibles contratistas con el cobro de un peaje pagado por los usuarios de la obra, reajutable en los dos últimos años de su ejecución con base en “la variación de los índices de costo de la construcción” y la “variación del tráfico promedio diario”; para ello se estableció una fórmula matemática que aplicaría el ministerio en las oportunidades en que deberían practicarse los reajustes;

b) En la liquidación del contrato, por cualquier causa, “el equipo cuya disponibilidad debe garantizar el proponente, de acuerdo con el programa de trabajo, no queda sujeto a lo establecido en el numeral quinto (5°) del artículo 94 del Decreto 150 de 1976 (reversión), por no estar afectado directamente a la obra”.

2. A la propuesta mencionada respondieron nueve empresas, habiéndose escogido a la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda., sociedad que en adelante se llamará “El Contratista”. La adjudicación se hizo mediante la Resolución 5834 de 24 de junio de 1977, y con dicho contratista el fondo celebró el contrato 354-77 de 26 de julio del mismo año, en el cual se reprodujeron las cláusulas de la minuta anexa al pliego de condiciones, como lo dispone la regla 2ª, literal h), del artículo 22 del Decreto Extraordinario 150 de 1976, variándose únicamente la distinguida con el 22, pues en esta no se estipuló lo que se dejó dicho en la letra b) del numeral anterior, sino que “del equipo cuya disponibilidad debe garantizar el contratista, de acuerdo con el programa de trabajo, solo pasará a ser de la entidad concedente aquel que al término de la obra quede afectado o anexo directamente a esta ...”.

3. Por resoluciones 7392 de 1º de septiembre de 1978 y 9986 de 17 de octubre de 1979, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte reajustó la tarifa de peaje para el segundo y el tercer año de vigencia del contrato.

4. El contratista reclamó ante el Fondo la aplicación que hizo el ministerio de la fórmula matemática pactada, por cuanto, según el criterio de aquel, el factor del índice del costo de la construcción, conforme a las publicaciones mensuales del mismo ministerio, era superior al aplicado, el fondo no aceptó el reclamo e insistió en los reajustes practicados.

5. En vista de la disparidad de interpretaciones; el contratista en carta de 22 de mayo de 1980, distinguida con el 202 precisó sus reclamaciones; y en la distinguida con el 222 de 10 de junio siguiente, solicitó que, de acuerdo con la cláusula decimonovena del contrato, las diferencias se sometieran al arbitramento previsto en ella, para cuyo efecto las enumeró así:

“1. El contrato establece en su cláusula sexta (6ª). Fondos para las obras, que el Contratista dispondrá, con destino a la ejecución de las obras a que se compromete, de los fondos que recaude por concepto de peaje, durante los treinta y seis (36) meses de concesión, según los plazos establecidos en la cláusula tercera (3ª).

“El contrato en la cláusula octava (8ª) —tarifas y ajustes—, párrafo primero (1º), establece una fórmula matemática, cuyo fin es ajustar la tarifa de peaje una vez al año teniendo en cuenta las variaciones de los índices de costo publicados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y las variaciones de tráfico pro medio diario (TPD), para llegar al ajuste efectivo de las tarifas.

“Ahora bien, de la fórmula matemática de reajuste resulta que los incrementos en la tarifa, asumiendo que no haya variaciones de tráfico, no reflejan las variaciones de los índices de costo publicados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, debido a una defectuosa estructuración de dicha fórmula.

“Como consecuencia de ello, el Contratista ha dejado de percibir una cantidad de dinero a la que estima tener derecho. Por consiguiente, y con el fin de evitar el desequilibrio financiero que presenta esta situación, es preciso corregir la fórmula matemática de ajuste, de manera que refleje integralmente los índices que contractualmente deben tenerse en cuenta para esos fines, aplicándola luego, así corregida, desde la iniciación del contrato, para determinar la suma de dinero que el Fondo Vial Nacional resulta a deber al contratista, hasta la fecha.

“2. Lo anterior ha impedido que el contratista dé cumplimiento al programa de trabajo, pues se comprende fácilmente, que sin disponer de los fondos suficientes, contractualmente señalados, no podía ejecutarse el programa de trabajo acordado. El contratista, por consiguiente, tiene derecho a una prórroga de dicho plazo, con el objeto de terminar las obras que aún faltan, y recaudar el dinero que el Fondo Vial Nacional resulta a deber al contratista, una vez aplicada, rectamente, la fórmula de ajuste.

“3. Los pliegos de condiciones dicen en el capítulo —minuta de contrato, cláusula vigésimo segunda—, —liquidación del contrato—, inciso segundo (2º), “el equipo cuya disponibilidad debe garantizar el proponente, de acuerdo con el programa de trabajo, no queda sujeto a lo establecido en el numeral quinto (5º) del artículo 94 del Decreto 150 de 1976, por no estar afectado directamente a la obra”.

“No obstante, en el contrato se dijo en su cláusula vigésima segunda, —liquidación del contrato—, inciso segundo (2º), “del equipo cuya disponibilidad debe garantizar el contratista, de acuerdo con el programa de trabajo, solo pasará a ser de la entidad concedente, aquel que al término de la obra, quede afectado o anexo directamente a esta”.

“Hubo, pues, una clara alteración del pliego de condiciones, que es la ley de la licitación, razón por la cual, el contratista tiene derecho a que se declare sin valor ni efectos dicha cláusula; y, en su defecto, a que la administración lo indemnice por la reversión de la maquinaria y equipos y, en general, los bienes que deban pasar a propiedad de la Nación”.

6. El fondo, en carta 13020 de 2 de julio de 1980, manifestó su conformidad “para que sean sometidas las diferencias a la jurisdicción arbitral a que se refiere la cláusula compromisoria del contrato”, y designó el árbitro cuyo nombramiento le correspondía; el Contratista escogió por su parte el suyo, y el presidente en ejercicio de la academia colombiana de jurisprudencia, a petición del Fondo, nombró el tercero; los nombrados manifestaron su aceptación, individualmente primero, y conjuntamente después, como aparece en la carta dirigida a las partes el 5 de agosto de 1980. Así quedó integrado el Tribunal de Arbitramento con los suscritos árbitros Hernando Morales Molina, Carlos Holguín Holguín y Aurelio Camacho Rueda.

7. Instalado el tribunal del 12 del mismo mes (acta 1), eligió como presidente al árbitro doctor Aurelio Camacho Rueda, designó como secretario al doctor Daniel Rivera Villate, y fijó la suma necesaria para gastos de funcionamiento y honorarios de sus miembros, por auto de la misma fecha, que fue notificado personalmente a los representantes de las partes, y oportunamente estas consignaron por mitad la suma fijada.

8. Por auto de 1º de octubre de 1980, el tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 670, 6º del Código de Procedimiento Civil, señaló fecha para celebrar la audiencia prevista en el artículo 671 ibídem y reconoció a los apoderados constituidos por las partes, a quienes se notificó personalmente dicha providencia.

9. En el día señalado, o sea el 6 de octubre de 1980, se llevó a cabo la audiencia referida en el numeral anterior; en ella el tribunal profirió auto por medio del cual: a) Se declaró competente para decidir en derecho las cuestiones planteadas por el contratista en su carta 222 de 10 de junio de 1980, y dispuso que el fondo, que no pidió el arbitramento, podía solicitar que este se extendiera a las cuestiones que considerara pertinente proponer, siempre que fuesen de competencia del tribunal, según términos del artículo 671, 2º del Código de Procedimiento Civil; b) Halló acreditados los presupuestos procesales, lo mismo que la capacidad de las partes para comprometer, deduciéndose la del fondo de lo dispuesto por los artículos 663 del Código de Procedimiento Civil, 1º y 66 del Decreto Extraordinario 150 de 1976, 1º y 5º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968, y 1º 30 y 36 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968; c) Encontró que las diferencias entre las partes son susceptibles de transacción y por tanto materia de compromiso; d) Estimó ajustadas a los requisitos legales tanto la cláusula compromisoria pactada en el contrato 354-77 como la designación de los árbitros que, con arreglo al artículo 66 del Decreto Extraordinario 150 de 1976, hicieron las partes.

10. En la misma audiencia el apoderado del fondo propuso las cuestiones que, por su parte, debían ser materia del fallo arbitral, las que el tribunal encontró comprendidas dentro de su competencia, porque “no son incompatibles con el alcance de la cláusula compromisoria pactada en este (el contrato) y constituyen también controversias susceptibles de transacción”. Inicialmente solicitó en su escrito que “se extienda el arbitramento a las siguientes cuestiones ...”, que expone en tres acápites, el segundo de los cuales es un mero interrogante que somete al tribunal y que no constituye en sí mismo una pretensión, por lo cual no será el caso de proveer sobre él. Las otras dos, y la misma segunda en otra forma, integran algunas de las peticiones propiamente dichas, que concretamente somete a la decisión del tribunal, y que son las siguientes:

“Primero: Que se declare que la Sociedad Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. incumplió el contrato de concesión 354 de 1977 relativo al cobro del peaje en la carretera Chusacá-Silvania-Girardot para con su producido ejecutar, para el Fondo Vial Nacional, todas las obras necesarias para la conservación de la carretera mencionada, tal como se detalla en la cláusula quinta del citado contrato.

“Segundo: Que como consecuencia del incumplimiento, la sociedad concesionaria, debe reintegrar al Fondo Vial Nacional la suma de \$ 17.138.933.87 más los intereses legales que se causen, desde el día 5 de septiembre de 1980, hasta la fecha del reintegro.

“Tercero: Que, igualmente se declare a la mencionada sociedad incurso en la multa de \$ 12.950.459.17 que es el 10% del contrato según las cláusulas decimoprimera y vigesimotercera del contrato, suma esta que se imputará a los perjuicios causados a mi poderdante, el Fondo Vial Nacional.

“Cuarto: Que se ordene a la sociedad hacer entrega al Fondo Vial Nacional de la totalidad del equipo y demás bienes muebles comprados para las obras y, por tal razón, adscriptos a ellas.

“Quinto: Que se condene a la sociedad contratista en las costas del proceso, y

“Sexto: Que se notifiquen tales condenaciones al representante legal de la sociedad o a su apoderado y además a la compañía aseguradora denominada Seguros del Estado S.A. empresa que es solidariamente responsable con la sociedad demandante”.

11. Ambas partes solicitaron pruebas que, decretadas en lo pertinente, fueron practicadas en las audiencias de que dan cuenta las actas 4 a 10.

12. El apoderado del contratista, con ocasión de la petición de pruebas, presentó un escrito en el cual da “una explicación detallada de las diferencias que se han presentado entre las partes durante la ejecución del contrato 354 de 1977”, y termina formulando peticiones que en parte difieren de las que el contratista planteó en su carta de 10 de junio de 1980, que se transcribieron atrás. Como el tribunal estima que solo tiene jurisdicción para proveer sobre las diferencias propuestas por el contratista en la carta citada y por el Fondo en el escrito presentado en la audiencia del 6 de octubre de 1980, porque así lo disponen los artículos 665, inciso segundo, y 671, 2º del Código de Procedimiento Civil solo podrá proferir el laudo con base en dichas piezas, sin considerar el escrito del apoderado del contratista que se ha citado en este numeral.

13. Las partes alegaron en la audiencia del 2 de marzo pasado; y, terminada la tramitación del proceso, el tribunal entra a fallar, previas las siguientes consideraciones:

II. Consideraciones

a) En primer lugar se observa que los apoderados de las partes, con expresa autorización de sus poderdantes, prorrogaron el término del proceso hasta el 11 de mayo de 1981, y el tribunal así lo decretó por auto dictado en la audiencia del 23 de octubre de 1980, por lo cual el laudo se pronuncia oportunamente;

b) El compromiso y la cláusula compromisoria, a términos del artículo 663, 4º del Código de Procedimiento Civil, deben constar en escritura pública o en documento privado auténtico, y así ocurre en este caso, pues la cláusula compromisoria aparece convenida en el contrato 354-77, que consta en documento auténtico. Al efecto, el acuerdo correspondiente es del siguiente tenor:

“Cláusula decimonovena: Compromisoria. Las diferencias que se susciten entre El Fondo Vial Nacional y el concesionario con motivo de la ejecución o de la liquidación del presente contrato y que no hayan podido ser solucionadas directamente por las partes en el término de un mes, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros conforme al siguiente detalle: cada una de las partes designará un árbitro, dentro de los quince (15) siguientes al vencimiento de la etapa de arreglo directo, y el tercero, lo será por el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien también escogerá el árbitro de la parte que se negare a hacerlo dentro del plazo convenido. Los árbitros deberán ser ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos. El fallo que se profiera será en derecho pero no podrá versar sobre la aplicación de las cláusulas de terminación o reducción del contrato por voluntad del Fondo Vial Nacional (vigésima) y la de caducidad (vigésimoprimera) ni sobre sus efectos. El Tribunal de Arbitramento deberá decidir en un término no superior a tres (3) meses contados a partir de su instalación. Salvo lo previsto en la presente cláusula, el Tribunal de Arbitramento se regirá por las normas del título XXXIII del libro 3 del del Código de Procedimiento Civil”;

c) El tribunal considera pertinente reiterar el criterio consignado al aceptar su competencia en auto de 6 de octubre de 1980, acerca de la legalidad de la cláusula compromisoria contenida en el contrato materia del proceso.

Según el inciso primero del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil, “En virtud de la cláusula compromisoria, las partes quedan obligadas a designar los árbitros en la forma indicada en el numeral 3º del artículo precedente ...”, el cual dispone que el documento de compromiso debe contener “El nombre de los árbitros, que deberán ser tres, salvo que las partes acuerden uno solo o deleguen a un tercero su designación total o parcial”. Y el inciso tercero del precitado artículo 665 preceptúa: “Caso de que la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de árbitros, las partes deberán hacerlo de acuerdo, y si no fuere posible, cualquiera de ellas podrá acudir al juez, a fin de que requiera a las otras para hacer la designación”. O sea, que se trata de una disposición supletoria, cuando la cláusula compromisoria guarda silencio sobre la forma de designar árbitros, que por cierto no difiere en nada de la regla general contenida en el inciso primero de tal disposición, en relación con el artículo 664, 3º. Como constituyen también disposiciones supletorias de la voluntad de las partes, la que establece el término de seis meses para el proceso si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señala, la que estatuye que el laudo se pronuncie en derecho si las partes nada expresan respecto a la naturaleza del mismo, y la que ordena que el tribunal funcione en el lugar donde se celebró el contrato, salvo que las partes hayan acordado otro, que obran también en dicho artículo.

Pero, como según el artículo 1º del Decreto Extraordinario 150 de 1976 este regula el caso, por ser objeto de arbitraje las diferencias derivadas de un contrato con el Fondo Vial Nacional, que es un establecimiento público nacional, y su artículo 66 expresa que “En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros”, el tribunal considera que es aplicable esta disposición, no solo por ser posterior al Código de Procedimiento Civil, sino por su especialidad, de acuerdo con los artículos 2º de la Ley 153 y 5º de la Ley 57, ambas de 1887.

Quiere decir la norma transcrita que las partes, en los contratos regidos por el Decreto 150 de 1976, gozan de libertad sin restricciones para acordar la designación de los árbitros, lógicamente mientras no se contravenga el

orden público. Por consiguiente como no atenta contra este que cada parte designe un árbitro y el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia el tercero, no ofrece reparo legal la cláusula referida. Pensar que las partes solo pueden optar entre los dos sistemas previstos en el Código de Procedimiento Civil y en el de Comercio, o sea que los árbitros los designen ellas de mutuo acuerdo, o un tercero que las mismas señalen, implicaría que el artículo comentado careciera de objeto, pues sin necesidad de él aquellas podrían hacerlo con fundamento en tales códigos, y no se discute que en la interpretación legal, al igual que en la contractual (C.C., art. 1620), debe preferirse el sentido en que una disposición produzca efectos a aquel en que no proca (sic) ninguno.

No sobra relevar que las partes han estado conformes en la interpretación expuesta por el tribunal, desde que ambas aceptaron su composición, como se observa en las comunicaciones de 8 y 11 de agosto de 1980, respectivamente;

d) El contratista solicitó la práctica de un dictamen pericial y el apoderado del fondo solicitó que el mismo se extendiera a otros puntos. Los peritos designados por el tribunal, ingenieros civiles de la lista de auxiliares de la justicia del Consejo de Estado, rindieron su dictamen en la forma que enseguida se analiza pormenorizadamente, pues dicho dictamen fue objetado por el apoderado del fondo por error grave, objeción que se aprecia en la sentencia según el artículo 238, 6° del Código de Procedimiento Civil.

La primera pregunta del contratista se refiere a la variación de los índices de costos en construcción de carreteras de acuerdo con las publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, referido a los grupos de obra I, II y IV que menciona el contrato 354-77, desde el mes de agosto de 1977, anterior al comienzo de los trabajos, y hasta septiembre de 1980. La respuesta de los peritos fue que el incremento para el grupo I representa un crecimiento del 119.5%; para el grupo II, el 124%, y para el grupo IV, el 121%.

La segunda pregunta se refiere a las variaciones en los índices de costos (símbolo Kc en la fórmula matemática contemplada en la cláusula octava del contrato), que tuvo en cuenta el ministerio para el ajuste de las tarifas en las Resoluciones 7392 de 1° de septiembre de 1978 y 9986 de 17 de octubre de 1979. La respuesta de los peritos fue que durante el período de septiembre de 1977 hasta agosto de 1978, el Kc o factor de crecimiento de los costos varió en un 12,23%, y que el Kc correspondiente al período de julio de 1978 a junio de 1979 varió en un 14.21%. El total llegó a ser de un 28.19%.

La tercera pregunta se refiere a cuál ha debido ser el ajuste correcto por variación en los índices de costo para que la tarifa de peaje reflejara los costos reales de la obra que debía ejecutarse en ese lapso. Los peritos explicaron que el ajuste quedó consignado en una fórmula matemática con la cual se calcularía el Kc o “factor de crecimiento de los costos para N meses”. Agregan: “Esta fórmula matemática es la expresión de la suma de las cuentas reajustadas y correspondientes a un año dividida por la suma de las cuentas sin reajustar durante ese mismo período. Este quebrado o división indicada, simplemente representa el reajuste promedio que tendrían las cuentas durante el período considerado y no representa el crecimiento de los costos durante ese mismo período” (negrilla de los peritos). A su dictamen anexaron un gráfico en que están trazadas las líneas que representan los índices de costos publicados por el ministerio, la forma como se incrementó el factor Kc y la variaciones del factor Kn. Los peritos estiman que “El factor Kn que figura en el contrato, es la típica manera de calcular el reajuste que le debe corresponder a una cuenta de obra, cuando el contrato establece el reajuste de precios”. Toman al respecto el mes promedio de cada uno de los años correspondientes al reajuste.

La cuarta pregunta se refiere a la fórmula correcta que establece el ajuste efectivo de las tarifas. Los peritos contestaron que se debería aplicar el factor Kn durante los tres años del contrato, e hicieron los cálculos para los dos años posteriores al primero.

La quinta pregunta se refiere a la suma total que por concepto de peaje ha dejado de percibir el contratista durante la vigencia del contrato, teniendo en cuenta la variación del tráfico. Los peritos aplicaron la fórmula propuesta por ellos y calcularon lo que han debido ser las tarifas reales, incluyendo para el primer año la caseta de Chinauta, porque al cambiar esta de sitio varió el número de vehículos, por lo cual el ministerio corrigió la tarifa. Finalmente los peritos calcularon la suma dejada de percibir por año y por caseta en la cantidad total de \$ 31.655.645.

Por último, los peritos calcularon que si el contratista hubiera recibido el total del reajuste, tal hecho habría

implicado la realización de la totalidad de los trabajos.

La sexta pregunta se refiere al valor acumulado de las actas de trabajo ajustadas de acuerdo con los índices sobre variaciones de costos del ministerio, a partir de la presentación de la propuesta. Los peritos contestaron que dicho valor asciende a \$ 177.182.774.64; el valor del peaje recaudado ascendió a la suma de \$ 161.255.907; la diferencia entre estos dos valores es de \$ 15.926.867.64. Por lo cual, observa el tribunal, esta cifra correspondería a la pérdida del Contratista, pues su remuneración está representada por las cantidades que se recauden por concepto de peaje, cuya percepción se concedió al contratista.

La séptima pregunta se refiere a las cantidades de obra pendiente de construcción, a partir del 5 de septiembre de 1980. Los peritos calcularon que se dejó de hacer obra por un valor de \$ 53.654.534.84, pero observaron que se hizo obra nueva, que no estaba contemplada en el contrato por valor de \$ 36.498.270.73. La diferencia entre estas dos sumas, que no la establecen los peritos, es de \$ 17.156.264.11. Agregan los peritos que esta diferencia es aproximadamente igual a la que se deduce al tener en cuenta el valor original del contrato, o sea \$ 120.504.593.62, menos el valor de la obra ejecutada, esto es, \$ 112.365.659.75, que da la cantidad de \$ 17.138.933.87, la cual sería el valor de las obras que se dejaron de hacer con precios de 1977.

La octava pregunta se refiere al valor de las sumas que debía recaudar el contratista de haber sido reajustado el peaje, el monto de las sumas que resultara a deber el fondo más sus intereses, y lo que debería pagar el fondo por no haber pactado el término de ampliación del plazo necesario para concluir las obras.

Los peritos estimaron que la obra hecha valía, a precios de la propuesta, \$ 112.365.659.75; reajustada, \$ 177.182.774.64; y haciendo el reajuste con base en los índices del mes promedio del primer año, daría \$ 154.633.683.90. El menor valor de la obra realizada valía el 5 de septiembre de 1980 \$ 36.538.636.50, y en el momento de rendir el dictamen \$ 39.419.545.

Agregan los peritos que el recaudo total del peaje reajustado habría subido a \$ 192.911.552, con lo cual habría podido hacerse la totalidad de la obra, que en 5 de septiembre de 1980 hubiera costado \$ 191.202.047.40. Concluyen que “casi habría un equilibrio entre los recaudos que han debido hacerse y la obra que ha debido ejecutarse. Si lo que “hubiera debido hacerse” se hubiera cumplido, el 5 de septiembre habría un saldo de \$ 1.709.504.60 a favor del contratista”.

A las preguntas del fondo contestaron los peritos que las resoluciones del ministerio sobre reajuste del peaje aplicaron la fórmula convenida en el contrato, pero aclararon que la variación de los índices de costos debía calcularse con el factor Kn y no con el factor Kc.

Aceptaron que si, por una parte, se reajustaran los peajes y, por la otra, se ajustara el valor de las actas de recibo de obra para que el contratista se beneficiara con los dos ajustes, se estaría incurriendo en un doble reajuste.

Repiten, pues también esto se les preguntó por el fondo, cuál fue el valor de la obra que faltaba por hacer según los precios de la propuesta, como ya se indicó. Finalmente, dijeron que no habían encontrado relación de equipos, muebles o inmuebles, que el 5 de septiembre de 1980 hubieran estado adscriptos al servicio de la obra;

e) Las dos partes solicitaron aclaraciones al dictamen, que los peritos hicieron en la audiencia del 2 de febrero del año en curso.

El fondo solicitó que aclararan si los índices que tiene el Ministerio de Obras Públicas y Transporte para reajustar las obras son exclusivamente para contratos que se pagan por el sistema de precios unitarios y que el contrato 354-77 es de concesión. Los peritos contestaron afirmativamente, en el sentido de que su cálculo se basó en los índices mensuales del ministerio. No dijeron expresamente que se tratara de índices para contratos a precios unitarios.

El fondo pidió aclarar un error aritmético, pues al sumar los porcentajes de 12.23% más 14.21%, el resultado es 26.44% y no la cantidad de 28.19% dada por los peritos. Estos aclararon que su porcentaje estaba bien calculado, pues adicionando el primer porcentaje a la tarifa y aplicando a la resultante anterior un nuevo incremento, se obtenía 28.19%, ya que los factores se debían multiplicar y no sumarse.

Preguntó el fondo por qué se habían comparado los porcentajes de variación con los obtenidos al responder la primera pregunta, ya que no siendo homólogos no son susceptibles de comparación. Los peritos explicaron que en la primera respuesta se había calculado el factor Kc, y en el segundo el factor Kn; dijeron que no se trataba de comparar sino de aplicar dos factores destinados a la misma obra.

A la solicitud del contratista de que se calculara el valor de las obras ejecutadas, ajustándolas a su precio, a partir del sexto mes desde la presentación de la propuesta, calcularon que este valor sería de \$ 166.559.448.80.

A la solicitud de que se completara el dictamen con el valor de los intereses, los peritos aplicaron un interés de 2.5%, lo que daba un recargo de \$ 16.876.518.40, que sumados a los \$ 31.655.645, dejados de recolectar, darían un total de \$ 48.532.163.40. Finalmente, reiteraron que en la fecha de terminación del contrato el valor de las obras reajustadas (\$ 191.202.047) era similar al valor de los peajes dejados de recibir (\$ 192.911.552);

f) Las objeciones al dictamen pericial presentadas por el apoderado del fondo se concretan en tres conceptos, que se examinarán a continuación:

La primera objeción se refiere a la aclaración pedida en el sentido de que el incremento porcentual calculado se basaba en la variación de los índices publicados por el ministerio para contratos por el sistema de precios unitarios. Afirma el objetante que los peritos incurrieron en error grave al aplicar los referidos índices, que solo son aplicables para los mencionados contratos.

La segunda objeción se funda en que la fórmula hipotética de los peritos nunca fue pactada, y agrega que es un grave error decir que sobre una obra que no se ejecutó totalmente, el fondo no solo está en mora de pagar la obra no ejecutada sino, además, intereses.

La tercera objeción se basa en que los peritos aceptaron que si se reajustaran las tarifas del peaje y además el valor de las actas de recibo de obra para que el contratista se beneficiara de los dos reajustes, se estaría incurriendo en un doble reajuste; y que, sin embargo, los mismos peritos calcularon el valor de la obra reajustada en \$ 191.202.047.

Como prueba de las objeciones presentó los documentos del ministerio en que constan los índices de precios, mas no solicitó nuevo experticio;

g) Considera el tribunal que el fondo no probó que en el dictamen pericial se hubiera incurrido en error grave, entendiéndose como tal la noción equivocada sobre la realidad, siempre que sea de magnitud considerable. En efecto, el fundamento básico de las objeciones consiste en que los peritos calcularon el valor del reajuste de los peajes con base en los índices del ministerio, y en una fórmula no pactada, en vez de aplicar la fórmula matemática del contrato.

El apoderado del fondo insiste en que los índices del ministerio están previstos para contratos a precios unitarios y dice que ha debido aplicarse la fórmula del contrato, especialmente por tratarse de un contrato de concesión y no de un contrato a precios unitarios.

El tribunal observa que el litigio se ha planteado sobre la base de que la fórmula del contrato no traduce el incremento de los costos, sino una parte de ellos. Para poder verificar este planteamiento se pidió un dictamen pericial. A los peritos se les preguntó cuál era la variación de los costos según los índices del ministerio, cuál era la variación de los mismos según la fórmula matemática del contrato, y la comparación de unos y otros. Los peritos contestaron estas dos preguntas. Tratándose de un punto primordialmente técnico, la única forma de saber, si la fórmula del contrato, aplicada por las resoluciones ministeriales de 1978 y 1979, correspondía al alza de los costos, era comparándola con una fórmula que tomara como base los índices del ministerio. Es cierto que dichos índices estaban previstos para ser aplicados a los contratos pactados por el sistema de precios unitarios, pero aquellos eran una base para comparar la fórmula del contrato. Además, la misma fórmula del contrato para calcular el factor Kn y luego el factor Kc, toma como base los mencionados índices publicados por el ministerio. Según entiende el tribunal, los factores Kn y Kc toman ambos como base los índices del ministerio. Según los peritos, el factor Kn representa el sistema típico para calcular los incrementos de costos, en tanto que el factor Kc divide el resultado del incremento de las actas por el valor de las actas sin reajustar, lo que da solo un promedio del alza de los costos, y así representa apenas una parte del mismo.

Los peritos no declararon, ni podían hacerlo, si debía aplicarse la fórmula del contrato, o la que ellos sugieren y que refleja el aumento de los costos. Este es un punto de derecho que corresponde definirlo al tribunal (CPC, arts. 233 y 236, 1°). Los peritos dieron una respuesta técnica, contestando lo que se les había preguntado, y no incurrieron en error grave al dar los elementos de juicio que encontraron al estudiar los datos de la información. Tampoco implica error grave que los peritos hayan calculado los ajustes en las tarifas, aunque la fórmula que emplearon no haya sido pactada, porque precisamente ese fue el concepto que se les pidió. Corresponde al tribunal establecer si en el contrato prevalece la fórmula matemática, o la estipulación de que las obras se pagarían con los peajes que debían reajustarse de acuerdo con la variación de los índices de costo de la construcción.

No es erróneo que los peritos calcularan el valor de las obras reajustadas, tanto de las que se realizaron hasta el 5 de septiembre de 1980 como de las que faltaron por ejecutar, pues ello no implica un doble reajuste, que solo existiría, como dice el dictamen, si se hiciera “para que el contratista pudiera beneficiarse de los dos reajustes”. En realidad, los peritos calcularon el valor de los peajes reajustados. El reajuste de las actas solo sirve de elemento de comparación entre el valor de las obras ejecutadas y el faltante, que se hizo tanto a la luz de los precios de la propuesta como de los reajustados, y no significa que deba reconocerse al contratista, puesto que es un punto de derecho sobre el cual no pueden dictaminar los peritos.

Como a estos tres puntos se limitó la objeción al dictamen, resulta claro para el tribunal que no puede prosperar. Por lo expuesto, como la objeción carece de fundamento, el tribunal puede considerar probatoriamente el dictamen sin necesidad de declaración específica en la parte resolutive del laudo, pues la ley no la establece.

En su alegato de conclusión el apoderado del fondo plantea algunos eventuales errores que no fueron objeto de los memoriales de aclaración ni de objeciones, respecto a los cuales el tribunal no puede proveer por no haberse propuesto en el término preclusivo del artículo 238, 1° y 4° del Código de Procedimiento Civil y se refiere a otros puntos que ya habían sido aclarados por los peritos. Empero, el tribunal analizará dichos puntos en relación con los fundamentos del dictamen, en cuanto fuere pertinente. Así, dice que los expertos únicamente tomaron en su gráfico un solo grupo de los siete que existen en el ministerio; crítica que se hubiera tomado como promedio el sexto mes para el primer año, el decimoctavo para el segundo y el trigésimo para el tercero; repite que la suma de los porcentajes no da la cantidad indicada por los peritos; que estos habían tomado para los ajustes las bases de variación que solo ahora pueden calcularse, pero que cuando se señalaron los incrementos se trataba de factores futuros; se refiere igualmente a las cifras dadas por los peritos en su dictamen;

h) El tribunal pasa a referirse a las observaciones del apoderado del fondo al contenido del dictamen y que atañen a la debida fundamentación, que es factor determinante de su poder de convicción, como lo expresa el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil en relación con el 187.

El apoderado del fondo dice que la fórmula del contrato sí constituye un ajuste de los peajes, y que es un promedio ponderado. Los peritos aceptan que la fórmula de reajuste constituye un ajuste, y así lo reconoce el tribunal; pero aquellos observan que solo representa un alza parcial de costos, conforme a los índices del ministerio, pues es solo un promedio. Se observa que los peritos compararon los factores K_n y K_c que forman parte de la fórmula matemática prevista en el contrato, pero estimaron que solo el primero expresa el alza de los costos en forma completa. Si el reajuste de la fórmula del contrato es solo parcial o promedio, tanto lo es si se trata de un promedio simple como de uno ponderado. Por lo demás, el tribunal entiende que la fórmula K_n que proponen los peritos, lo mismo que la K_c del contrato, es ponderada en el sentido de que los índices de crecimiento de cada elemento se aplican a los distintos componentes del acta correspondiente.

Como lo dice en su alegato el apoderado del fondo, en el gráfico que los peritos acompañaron al dictamen, trazaron una línea negra correspondiente a los “índices publicados por el ministerio” y dicen que “se tomó como ejemplo el grupo I”. Pero el tribunal observa que el dictamen señala los índices para los grupos I, II y IV, y en el mencionado gráfico aparecen, en líneas azul y roja, los factores K_c y K_n , que son los que toman en cuenta para su comparación. La línea negra, como expresan los peritos, es un simple ejemplo o elemento de comparación y no es la base del dictamen. Así, la observación del apoderado del fondo carece de fundamento.

El apoderado del fondo al comentar el dictamen le formula dos críticas que parecen contradictorias entre sí. Por una parte se refiere a que los peritos dicen que “ahora podemos calcular” las variaciones reales que sufrió el factor

Kn; y, por otra parte, crítica que hubieran tomado como base el mes promedio de cada año, pues dice que por tratarse de un factor futuro no podía conocerse de antemano.

Entiende el tribunal que los peritos tomaron como base los mencionados meses promedio, 6, 18 y 30, haciendo una proyección o extrapolación, que es la manera de calcular los eventuales factores futuros.

La afirmación de los peritos de que, terminado el contrato, ya se conocen cuáles fueron las variaciones reales, posiblemente sirvió para verificar o controlar las proyecciones que tenían que hacerse. Por lo demás, el tomar como índice el del mes promedio de cada año constituye un criterio aceptable y este aspecto del dictamen no fue materia de la objeción por error grave.

III. Estudio de las cuestiones planteadas por las partes

A. Pretensiones del contratista

1. Como se dijo en los antecedentes, el contratista en carta al fondo de 10 de junio de 1980, planteó las diferencias que debían ser objeto del arbitramento, y en la primera de ellas expuso que en consideración a que “de la fórmula matemática de reajuste resulta que los incrementos en la tarifa, asumiendo que no haya variaciones de tráfico, no reflejan las variaciones de los índices de costo publicados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, debido a una defectuosa estructuración de dicha fórmula ..., el contratista ha dejado de percibir una cantidad de dinero a la que estima tener derecho”.

Sobre este punto considera el tribunal como cuestión de hecho debidamente probada por medio del dictamen pericial, que en realidad la fórmula matemática inserta en la cláusula octava del contrato no refleja los índices de costo de la construcción publicados por el ministerio, y que la fórmula corregida a tal efecto por los peritos arroja la suma de dinero que han debido producir los peajes hasta el 5 de septiembre de 1980, o sea la cantidad de \$ 192.911.552. Como el recaudo de dichos peajes fue de \$ 161.255.907, la diferencia dejada de percibir por el contratista fue de \$ 31.655.645.

Considera el tribunal que esta suma se debe por el fondo al contratista, en virtud de las siguientes razones:

i) Ante todo el contrato 354-77, cuya cláusula octava es objeto del proceso, está regido por los principios generales que regulan las obligaciones. Dichos principios aparecen en el Código Civil y son aplicables a los contratos administrativos en cuanto no pugnen con la naturaleza de estos. Dentro de los preceptos que regulan la interpretación de los contratos, la norma fundamental es el artículo 1618 del Código Civil, que dispone: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Ahora bien, la cláusula octava del contrato contiene dos partes, a saber:

1. Una parte enunciativa que indica la naturaleza del contrato de concesión y que expresa en el párrafo primero: “Para el ajuste anual de las tarifas, si a ello hubiere lugar se tendrán en cuenta las siguientes reglas: La variación de los índices de costo de la construcción. La variación anual del TPD” (negrilla del tribunal). Aparece claro que la intención de las partes, claramente expresada en esta estipulación, era la de que el reajuste de las tarifas de peaje se hiciera tomando en cuenta la variación de los índices de costo de la construcción. Esta disposición, por lo demás, aparece idéntica en los pliegos de condiciones y en la minuta de contrato anexa a ellos.

2. Viene a continuación la fórmula matemática aplicable para el ajuste por variación en los índices de costos, que se supone permite la aplicación del principio anterior, desarrollan dolo en forma técnica. Pero ya se vio que la mencionada fórmula no logra ese propósito, pues después de que se calculan los índices de costo de construcción de carreteras publicados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, correspondientes a cada grupo de obras para cada mes, este resultado se divide por los mismos índices sin reajustar, para los respectivos grupos de obras en el mes anterior a la iniciación de los trabajos. Ello trae como consecuencia, según lo anotan los peritos, que solo se tenga en cuenta una parte o promedio del alza de los costos y no su totalidad.

Aparece, pues, una contradicción entre lo que resulta ser la clara intención de los contratantes y la formula técnica que la expresa.

Como es natural, la expresión del artículo 1618 del Código Civil sobre “lo literal de las palabras”, que antiguamente se aplicaba a locuciones verbales impropias, a una indebida calificación del contrato, o a otras modalidades de expresión, debe tener hoy adecuada aplicación cuando se adoptan fórmulas técnicas o matemáticas cuyos resultados tuerzan o distorsionen la recta intención de las partes.

Refuerza la consideración sobre lo inadecuado de la fórmula matemática, la circunstancia de que el Consejo Nacional de Obras Públicas en el informe 120 sobre las propuestas, dijo: “... Reajuste de tarifas: Al elaborarse el contrato con la firma favorecida, consideramos que es necesario aclarar la manera como se van a realizar los reajustes, con el fin de evitar posibles diferencias de interpretación”. El informe está suscrito por los doctores José Tomás Angulo y Severo Rocha Alvira (cdno. 2-II, fls. 184 a 186).

Además, el Ministro de Obras Públicas y Transporte reconoció que la fórmula no era adecuada, como puede verse en el reportaje publicado en el diario El Tiempo a que se hizo referencia atrás (cdno. citado, fl. 181).

El apoderado del fondo ha insistido en que la fórmula matemática aparecía igualmente en los pliegos de condiciones y en la minuta de contrato; que el contratista la conocía y la aceptó, y que no puede sustituirse la fórmula pactada por otra como la que han concebido los peritos. Es cierto que la citada fórmula aparecía en los documentos de la licitación, pero también lo es que la primera parte de la cláusula, en que se estipula que se tendrá en cuenta la variación de los índices del costo de la construcción, igualmente se encuentra en los mismos documentos. El problema es, pues, establecer qué parte de la cláusula debe prevalecer, y en criterio del tribunal debe serlo la que corresponde a la intención de los contratantes.

ii) De otra parte, lo anterior es una consecuencia de la noción misma del contrato de concesión. Este aparece definido en el artículo 92 del Decreto 150 de 1976, que dice así:

“ART. 92.—De la definición del contrato de concesión. Mediante el contrato de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra”.

Según esta definición, la contraprestación que recibe el contratista consiste en el equivalente a los derechos que este cobra a los usuarios de la obra; en el caso *sub judice*, el valor de los peajes. Surge, pues, de esta concepción la idea de que el valor de los peajes debe corresponder al valor de la obra, al menos dentro de las áleas del contrato.

iii) A lo cual se agrega que se está en un campo específico del derecho público, que es el del equilibrio de las prestaciones o ecuación financiera, característica de los contratos administrativos, aceptada en este caso inclusive por el apoderado del fondo, cuando en su alegato final al hablar de la clasificación del contrato hace la enunciación de sus características, y en el punto segundo, letra a), numeral 5º, anota: “Lo rige también el criterio del equilibrio financiero entre las partes” (cdno. 1 fl. 131).

El tribunal considera, como el apoderado del fondo, que el mencionado principio no significa que el contrato administrativo no tenga un alea normal, que debe asumir el contratista, y que lo fundamental en esta materia es evitar que se rompa el equilibrio contractual estipulado. Por ello conviene poner de presente que en el contrato en cuestión el contratista calculó los peajes para el primer año y que el fondo solo debía reajustar dichos peajes para los dos años subsiguientes. Así se cumplió respecto de la caseta de Chusacá; la de San Marcos, prevista en el contrato, fue cambiada por la de Chinauta, como aceptan las partes, que tenía un volumen de tráfico diferente y por ello hubo de ajustarse también en el primer año.

El ministerio en las resoluciones 7392 de 1º de septiembre de 1978 (cdno. 2-I, fl. 207) y 9986 de 17 de octubre de 1979 (ibíd. fl. 221), por medio de las cuales se reajustaron las tarifas para el segundo y el tercer año, reconoce este hecho, aunque en la última resolución afirma que el nuevo reajuste “compensa íntegramente el recaudo dejado de percibir por el contratista durante los tres (3) años de duración del contrato 354-77, como consecuencia del cambio de ubicación de la caseta del peaje ...”.

Los peritos anotan lo anterior y con esa base mantienen la tarifa en el primer año para la caseta de Chusacá, pero reajustan la de Chinauta. Con esta salvedad puede decirse que la cuestión sustancial se refiere al reajuste de las

tarifas para asegurar el equilibrio contractual sobre las bases originalmente convenidas.

iv) El Decreto 150 de 1976 trata el problema de la revisión de precios en el artículo 74, que dice:

“ART. 74.—De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

“Donde ello fuere posible, los ajustes se efectuarán mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato.

“En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

“Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes”.

Este artículo merece dos comentarios: 1. Saber a qué contratos se aplica. 2. Establecer si es o no obligatorio para el gobierno establecer la revisión periódica de los precios.

1. El artículo 74 solo se refiere a la revisión de precios en los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios. Es lógico que no se aplique a los contratos por el sistema de administración delegada ni a los contratos con reembolso de gastos y pago de honorarios, pues en el primero el contratista no paga los gastos y en el segundo se le reembolsan, de modo que no asume ningún riesgo por alzas en los costos.

La ley no prevé el reajuste de precios en el contrato de concesión, a juicio del tribunal, porque en dicho contrato no hay “precio” propiamente dicho. En primer lugar, porque la noción de precio se refiere normalmente al pago en dinero (Diccionario de la Real Academia y C.C., art. 1849), y solo excepcionalmente al pago en frutos (C.C., art. 1975), y en el contrato de concesión el contratista obtiene, no un pago en dinero, sino el derecho a cobrar tasas o peajes. Pero, además, porque la entidad contratante no paga directamente al contratista, sino que lo autoriza para percibir de los usuarios del servicio los derechos que corresponden al Estado como tasas. Aunque existe una prestación, no hay precio propiamente dicho, que deba revisarse en cuanto tal.

Considera el tribunal que si en los contratos por precio alzado o por precios unitarios deben revisarse los precios, con análoga razón en los contratos de concesión deberán preverse las revisiones o ajustes de tarifas, para evitar el desequilibrio contractual, y en el caso de autos se pactó.

2. El artículo 74 del Decreto 150 de 1976 dice que en los contratos mencionados “se podrán” pactar revisiones periódicas de los precios. Ello, sin embargo, no significa, a juicio del tribunal, que la Nación o los establecimientos públicos contratantes puedan, a su arbitrio, pactar tales cláusulas o dejar de hacerlo. Como se ha anotado, no se trata de una facultad discrecional sino de dar la competencia a las entidades públicas respectivas para convenir válidamente las estipulaciones correspondientes. Aunque la redacción sea diferente, no cree el tribunal que la disposición del artículo 74 del Decreto 150 de 1976 sea en el fondo distinta de la que con mayor precisión traía la Ley 4ª de 1964 en su artículo 11.

Funda, además, el tribunal su criterio en que si no se pacta la revisión de los precios, o de las tarifas en los contratos de concesión, el contratista o el concesionario de todos modos tendría derecho a ella, pues el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato solo se logra en esta forma.

v) Es bien sabido que en los contratos administrativos debe restablecerse el equilibrio roto, sea por hecho de la propia administración (acto del príncipe), o por circunstancias materiales imprevistas, o por hechos imprevisibles de naturaleza económica que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, haciéndola excesivamente onerosa (C. Co., art. 868).

Como adecuadamente lo expresa Rodolfo Carlos Barra, citado por el apoderado del contratista en su alegato de conclusión, “las cláusulas de variación de costos deben ser objeto de una interpretación razonable, haciendo prevalecer la común intención de las partes sobre la aplicación literal del contrato”. Y agrega dicho autor, citando

la jurisprudencia francesa, que “la economía del contrato puede verse alterada, aún en caso de cláusulas de revisión de precios, si los índices de referencia no comportan todos los elementos del precio de retorno ...”.

En cuanto a la observación de que el reconocimiento del reajuste equitativo de las tarifas en favor del contratista pondría a este en mejores condiciones que los otros proponentes cuyas ofertas se descartaron, debe observarse que cualquiera de estos a quien se hubiera adjudicado el contrato habría tenido el mismo derecho. Como lo expresa el autor citado, “no se pretende acordar un beneficio gracioso a las empresas contratistas sino que tal reforma sería el resultado de la necesaria aplicación de los principios jurídicos y disposiciones legales pertinentes, frente a circunstancias imprevistas del contrato. En idéntica situación, pues, se hubieran encontrado todas las firmas presentadas a las licitaciones respectivas, y, por tanto, no existe violación de la igualdad que debe regir el procedimiento”.

vi) Considera el tribunal, siguiendo la doctrina del tratadista Henry Prieux, citado también por el apoderado del contratista en su alegato, que la forma de restablecimiento por el juez del equilibrio contractual, se traduce en una indemnización al contratista. Dice este autor: “Cuando la cláusula de revisión de precios del contrato, destinada a garantizar al contratista contra las áleas que sobrepasan una cierta proporción, no ha respondido realmente a su objeto esencial según la común intención de las partes, el contratista tiene derecho a obtener una indemnización cuando establece que las cargas imprevisibles que ha soportado tienen por efecto alterar la economía del contrato.

Y los autores Jean-Marie Aubry y Robert Ducros Ader, al tratar de los derechos del concesionario, se expresan así: “En lo que concierne a la remuneración principal del concesionario (por lo menos en el tipo clásico de concesiones), es decir la entrega de los pagos hechos por los usuarios, el concesionario no tiene un derecho a su importe. Sin embargo, su derecho más amplio al equilibrio financiero, le permite obtener compensaciones financieras si la administración fija o mantiene las tarifas (“redevances”) a una tasa que compromete ese equilibrio...” (Droit Administratif, Précis Dalloz, 1973; N° 319, pág. 432).

Considera el tribunal que no se trata de condenar al fondo por incumplimiento del contrato (lo que no se ha pedido), pues lo ocurrido consistió en que las partes adoptaron una fórmula que no reflejaba la realidad sobre el alza de los precios durante la ejecución del contrato, lo cual da derecho al contratista a una indemnización.

Y si, de acuerdo con lo expuesto, el contratista tiene derecho a que se le pague lo que ha debido ser el peaje, debidamente reajustado, en forma que refleje las variaciones de los índices de costo de la construcción, la indemnización debe consistir en una suma que represente la diferencia entre las cantidades recaudadas por ese concepto y las que los peritos calculan como valor total de los peajes reajustados.

Como esta indemnización es el resultado de una falla contractual, requiere declaración judicial constitutiva, con vigencia hacia el futuro, por lo cual no está sujeta a reconocimiento por devaluación monetaria, ni siquiera con la tesis de su reconocimiento oficioso por ser ella parte del perjuicio, y que se explica por el demérito de la moneda desde que se causa la obligación hasta que esta se declara por el juez, porque el reajuste monetario es una consecuencia de mantener el valor de una prestación o de la indemnización de perjuicios causados con anterioridad. Pero no procede decretar dicho reajuste cuando solo se trata, como en el caso de autos, de establecer una compensación monetaria especial, para evitar una pérdida en la liquidación de un contrato.

Tampoco encuentra el tribunal fundamento legal para el pago de los intereses moratorios, porque no forman parte de las diferencias que debe dirimir, pues como se advirtió, se pidieron en escrito presentado extemporáneamente. Por lo demás, conviene recordar que los intereses moratorios representan el monto de la indemnización por mora en el cumplimiento de las obligaciones consistentes en el pago de sumas de dinero (C.C., art. 1617); y como en el presente caso no se trata de incumplimiento contractual del fondo, mal podría hablarse de mora, de la cual serían consecuencia. Por eso el artículo 1546 del Código Civil, solo cuando existe incumplimiento autoriza al contratante cumplido a exigir del incumplido la indemnización de perjuicios por la demora. Y aunque se tratara de incumplimiento contractual, tampoco se reunirían los requisitos de la mora previstos en el artículo 1608 del Código Civil.

Al reconocer al contratista como indemnización especial el valor de lo que ha debido recibir por peajes, queda el problema de que con ese valor debió hacerse la obra contratada, y una parte de ella dejó de ejecutarse; más el

análisis de este aspecto del litigio se hará al examinar las pretensiones del fondo.

2. La segunda pretensión del contratista estriba en que como dejó de percibir una cantidad de dinero a la que tenía derecho, no podía ejecutarse dentro del plazo el programa de trabajo acordado, y “el contratista, por consiguiente, tiene derecho a una prórroga de dicho plazo, con el objeto de terminar las obras que aún faltan, y recaudar el dinero que el Fondo Vial Nacional resulta a deber al contratista, una vez aplicada, rectamente, la fórmula de ajuste”.

Sobre este punto considera el tribunal que no está dentro de sus facultades decretar una prórroga del plazo que venció el 5 de septiembre de 1980, pues ninguna disposición contractual o legal lo autoriza. Por otra parte, la prórroga de un contrato equivale a una modificación del mismo, y tratándose de contrato administrativo, no podrían sustituirse las formalidades correspondientes, esenciales para su existencia.

Además, según las declaraciones de los apoderados de las partes en sus alegatos, el contrato no solo terminó el 5 de septiembre de 1980, de acuerdo con lo estipulado, sino que el fondo recibió la obra del contratista y se desmontó toda la organización de la misma, y es obvio que solo se puede prorrogar lo que no ha terminado.

3. La tercera pretensión del contratista, como se dijo en los antecedentes, consiste en que se declare sin valor ni efectos, por constituir una clara alteración del pliego de condiciones, que es la ley de la licitación, la estipulación contenida en la cláusula vigésimo segunda del contrato, conforme a la cual pasará a ser de la entidad concedente el equipo que al término de la obra quede afectado o anexo directamente a esta; o en su defecto, que la administración lo indemnice por la reversión de los bienes que deban pasar a propiedad de la Nación.

Por su parte, el apoderado del fondo, dentro de las cuestiones a las cuales pidió que se extendiera el arbitramento, plantea también la de la validez o invalidez de la cláusula vigésimo segunda del contrato, y concretamente formula la siguiente pretensión:

“Cuarto: Que se ordene a la sociedad hacer entrega al Fondo Vial Nacional de la totalidad del equipo y demás bienes muebles comprados para las obras y, por tal razón, adscriptos a ellas”.

Según el contratista, el fondo previó en los pliegos de condiciones y estipuló en la minuta de contrato anexa a los mismos, que el equipo que se empleara en las obras no quedaría sujeto a la reversión prevista en el numeral 5° del artículo 94 del Decreto 150 de 1976. Sobre esta base calculó el valor de su propuesta, pero al celebrar el contrato el fondo cambió las reglas del juego y en la cláusula correspondiente dispuso que pasará a ser de la entidad concedente aquel equipo que al término de la obra quedara afectado o anexo directamente a ella. Esta alteración del pliego de condiciones hizo más onerosas sus cargas, por lo cual considera que “para reparar el entuerto, y también con fundamento en el equilibrio financiero tiene derecho que el tribunal declare que no está obligado a transferir al fondo los equipos utilizados en la ejecución de las obras objeto del contrato, o en subsidio, a que la administración lo indemnice por la reversión de los bienes que deban pasar a propiedad de la Nación”.

El fondo acepta que evidentemente se registró el cambio anotado entre lo que se expresaba en el pliego de condiciones y en la minuta anexa y lo que se estipuló en la cláusula vigésimo segunda del contrato, pero ello significó una corrección necesaria para ajustar la estipulación contractual a los términos perentorios de la norma legal, que no se pueden pretermitir ni modificar so pena de acordar una cláusula nula. En ello funda la pretensión cuarta que se ha transcrito, aunque en el alegato de conclusión anota el apoderado que este punto tan solo tiene ahora una importancia doctrinaria, en virtud de que a la terminación del contrato el contratista había retirado la totalidad de la maquinaria y equipo empleado en su ejecución.

En relación con este aspecto de la controversia, el tribunal considera:

a) La doctrina está conforme en que consentido por el proponente el pliego de condiciones de la licitación y adjudicada esta, los derechos y obligaciones de los contratantes quedan definidos, por lo cual dicho pliego no puede ser modificado posteriormente en forma unilateral. El contrato no viene a ser sino la formalización del pliego, en lo que coinciden, por otra parte, la legislación y la jurisprudencia colombianas. En efecto:

El artículo 27 del Decreto 150 de 1976, que trata de los efectos de la adjudicación, dice:

“Ejecutoriada la resolución de adjudicación, esta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario”.

El artículo 860 del Código de Comercio, dispone:

“En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás”.

Y el artículo 846 del mismo código preceptúa:

“La propuesta (que es equivalente a la oferta) será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause a su destinatario”.

Con respecto a la aplicación de estas normas de derecho privado a los contratos administrativos, Jaime Vidal Perdomo, dice:

“La convicción de que la legislación expedida para los contratos de los particulares cubre también los que celebra la administración pública, se evidencia en el artículo 860 del nuevo Código de Comercio que regula el valor de las licitaciones y en el 868 sobre la teoría de la imprevisión que, como ya se dijo, nació en Francia en el ámbito del derecho administrativo” (Derecho administrativo, sexta edición, pág. 449).

De manera que, siguiendo los textos legales anteriores, el pliego de condiciones de una licitación, que es una oferta, aceptado por un proponente que luego es escogido como contratista y se hace a su favor la adjudicación, es básicamente el contrato mismo, que viene a formalizarlo el acuerdo resultante de la aceptación del pliego por el adjudicatario. Esto, porque de lo contrario se podría alterar la economía del contrato, que es la base de la propuesta aceptada, y se violaría el principio de la igualdad de los proponentes.

b) El Consejo de Estado, por su parte, tiene dicho:

“El pliego de condiciones garantiza la igualdad de trato a los proponentes, es la base de las ofertas y de la competencia esencial del concurso; por tanto, dentro de este sistema el contrato que se celebre como resultado de la licitación, no puede ser distinto en su naturaleza y condiciones esenciales, al señalado por la administración en el pliego de condiciones ...” (Sala de Consulta, concepto de mayo 16/67).

“Efectos de la adjudicación. Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que “el contrato” no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal. La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento hace ejecutoria. Ello sucede esencialmente donde la ley no somete el proceso de la licitación a un acto ulterior como sería la aprobación del contrato por otro órgano administrativo.

“Efectos del pliego de condiciones. El pliego de condiciones compromete a la administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro y completo, y que se relacionen todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles obligaciones. Es decir, que en la oferta o pliego de cargos no son admisibles las omisiones, y menos las que pudieran tacharse de capciosas ...

“Efectos de la propuesta. Los tratadistas franceses suelen llamar muy expresivamente “*soumissio*” a la propuesta y “*soumissionnaire*” al proponente. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de este y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; pero de esa relación son elementos esenciales la oferta y la propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron”. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, sent. de 16 de ene/75);

c) Analizado el aspecto jurídico del problema, pasa el tribunal a referirse al tema del proceso que con él se

relaciona:

Como se dejó dicho, entre los términos del proyecto de contrato que hizo parte del pliego de condiciones de la licitación, de acuerdo con el artículo 22, regla 2ª, letra h), del Decreto Extraordinario 150 de 1976, y los convenidos en la cláusula vigésimo segunda del contrato 354-77, hay sustancial diferencia. En el primero, la referida cláusula decía que “el equipo cuya disponibilidad debe garantizar el proponente, de acuerdo con el programa de trabajo, no queda sujeto a lo establecido en el numeral quinto (5º) del artículo 94 del Decreto 150 de 1976, por no estar afectado directamente a la obra”. O sea que este equipo no revertía al fondo al tiempo de la liquidación del contrato, calificándose así de antemano que él no se consideraba afectado directamente a la obra contratada. En cambio, en el segundo se abandona esta calificación, que es esencial para el régimen económico del contrato y que seguramente se tuvo en cuenta por el proponente para determinar el valor de su propuesta, disponiéndose que “solo pasará a ser de la entidad concedente, aquel que al término de la obra quede afectado o anexo directamente a esta”. Lo que puede interpretarse, como lo afirma el contratista en su carta 222 de 10 de junio de 1980, en el sentido de que “a la terminación del contrato, el equipo de construcción con que se ejecutó la obra, pasaría a propiedad del fondo”, en lo que no anda errado si se tiene en cuenta la pretensión de este al respecto, atrás transcrita, en cuyo apoyo afirma el apoderado que la variación que se hizo en el contrato de los términos de la cláusula vigésimo segunda, consignada en la minuta anexa a los pliegos de la licitación, era necesaria para acomodar dicha cláusula a las exigencias del numeral 5º del artículo 94 del Decreto 150 de 1976, pues de no haber procedido así se hubiera incurrido en una nulidad, absoluta por cierto;

d) El tribunal considera que entre la estipulación contenida en el pliego de condiciones y en la minuta anexa a este, de una parte, y la estipulación del contrato de la otra, debe preferirse la primera, sin necesidad de pronunciamiento sobre la eventual nulidad de la cláusula vigésimo segunda del contrato, porque no le da aplicación a ella.

Pero si no fuera suficiente lo dicho para respaldar esta decisión, el tribunal observa que no podría proveer concretamente al respecto, pues los peritos dijeron que no habían encontrado relación de equipos que en la fecha de finalización del contrato estuvieran adscriptos al servicio de la obra, y el propio apoderado del fondo manifiesta en su alegato que el contratista los había retirado con anterioridad.

Como consecuencia de lo dicho, la pretensión del contratista referente a que no está obligado a transferir al fondo el equipo que empleó en la construcción de las obras objeto del contrato, debe prosperar, negándose por tanto la del fondo, consistente en que se ordene a la compañía concesionaria hacer entrega al fondo de la totalidad del equipo y demás bienes muebles comprados para las obras y, por tal razón, adscriptos a ellas.

B. Pretensiones del fondo

Procede el tribunal a analizar las pretensiones del fondo, contenidas en el escrito presentado por su apoderado en la audiencia de 6 de octubre de 1980, en el cual pide que se extienda el arbitramento a las cuestiones que en dicho escrito propone.

1. La primera pretensión es del siguiente tenor:

“Que declare que la Sociedad Compañía de Trabajos Urbanos Ltda., incumplió el contrato de concesión 354 de 1977 relativo al cobro del peaje en la carretera Chusacá–Silvana–Girardot para con su producto ejecutar, para el Fondo Vial Nacional, todas las obras necesarias para la conservación de la carretera mencionada, tal como se detalla en la cláusula quinta del citado contrato”.

Observa el tribunal, que en el desarrollo del contrato ambas partes se formularon recíprocos cargos. El contratista reclamó contra la fórmula de reajuste de los peajes. Lo hizo no solamente con ocasión de pedir la constitución del Tribunal de Arbitramento, sino que lo planteó desde la carta de 2 de abril de 1979, en la que reclamó conjuntamente con “Aguilar & Cía. Construcciones” (cdno. 2-I, fl. 244). Es decir, cinco meses después de efectuado por el ministerio el primer reajuste, con varios meses de anterioridad al segundo reajuste, y casi año y medio antes de que terminara el contrato. No solamente reclamó el Contratista por su lado, sino que presentó una reclamación con otro contratista que tenía contrato de concesión semejante.

En su alegato expresa el apoderado del fondo que cuando se planteó el retraso del Contratista, en 31 de diciembre

de 1979, este no adujo el argumento de la fórmula de reajuste errónea, sino que aceptó su atraso en las obras y ofreció corregirlo. Anota el tribunal que el Contratista en su carta 00055 de 6 de febrero de 1980, en la que hace aquel ofrecimiento, reclama igualmente contra el contrato, pues dice así en lo pertinente:

“En repetidas ocasiones nos hemos dirigido al ministerio, solicitándole estudie la posibilidad de modificar algunos términos del contrato, los cuales encontramos errados e injustos para el contratista. Sin embargo basta el momento no lo hemos logrado y entendemos que es prácticamente imposible que el ministerio acceda a nuestra solicitud” (cdno. 3, fl. 270).

El fondo, en ejercicio de las facultades que le confiere el contrato y estimando que había un atraso del contratista, impuso a este una multa por valor de \$ 80.000, mediante la Resolución 5533 de 10 de junio de 1980 (cdno. 3, fls. 277 a 280). Recurrida dicha providencia, fue confirmada por Resolución 6336 de 3 de julio de 1980 (cdno. 3, fls. 281 a 285). El fondo utilizó en esta forma las facultades contractuales en vista del atraso de las obras.

Pero como el fondo no decretó la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, ello le impide ahora alegar el incumplimiento para efecto de solicitar la resolución del mismo con indemnización de perjuicios, fuera de que no ha pedido el cumplimiento.

Según el artículo 48 del Decreto 150 de 1976, la caducidad es de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento. Y agrega el artículo que “en la cláusula respectiva deberán señalarse claramente los motivos que den lugar a la declaratoria de caducidad”. Si no se pacta la cláusula de caducidad, esta se entiende incorporada en los contratos en que es obligatoria, aun cuando no se consigne expresamente (art. 53). La cláusula es facultativa en los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo en los contratos de obras públicas, en que es obligatoria (arts. 161, 162 y 167).

El artículo 49 dispone: “Como causales de caducidad, además de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes: ... d) El incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, si a juicio de la entidad contratante se hace inconveniente la continuación del contrato”.

El artículo 51 ordena: “La declaración de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada ...”.

El contrato 354-77, materia del proceso, en la cláusula vigésimo primera, “Caducidad”, contiene en esencia las causales que trae el artículo 49 del Decreto 150 de 1976 en los ordinales a) a d). Este último reproduce en forma textual el correspondiente del decreto, que se ha transcrito atrás, y agrega otros, de los cuales merecen citarse los señalados con la letra e), f) y h), que dicen así:

“e) Por mala organización de los trabajos, si estos a juicio del Fondo Vial operaren en perjuicio de la ejecución del contrato;

“f) Por incapacidad del contratista de cumplir normas, especificaciones y planos o por incumplimiento de los programas o plazos o de cualquiera de sus obligaciones contractuales, por causas imputables a él, y

“h) Si la calidad de los trabajos realizados no fuere aceptable a juicio de la dirección general operativa del Ministerio de Obras Públicas y Transporte”.

Como se ve, si el fondo hubiera considerado que el contratista había incumplido sus obligaciones en forma que hiciera inconveniente la continuación del contrato, o que existía mala organización de los trabajos o incapacidad del contratista, o incumplimiento por parte de este de los programas o plazos, o de cualquiera de sus obligaciones, habría podido declarar la caducidad del contrato. Puede pensarse que ella es una obligación de la entidad contratante, según los términos del artículo 51, cuando dice que “la declaración de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante ...” (resalta el tribunal). Pero aunque se le considerara con mera facultad, es lo cierto que el fondo no ejercitó ese derecho. Ello significa, según los términos de la ley y del contrato, que no juzgó conveniente la terminación normal por vencimiento del plazo, y a la llegada del término exigió la entrega de las

obras y se opuso a toda prórroga del contrato, afirmando que acceder a ella constituiría la comisión de un delito.

Consecuencia de lo anterior, es que el tribunal no puede declarar la resolución del contrato, después de que este ha terminado. Tampoco puede ordenar que el contratista complete las obras, prorrogando el contrato, porque como se expresó atrás, carece de facultades legales o contractuales para hacerlo. Por ello no puede declarar un incumplimiento del contratista, que tendría como consecuencia la resolución o el cumplimiento del contrato, imposibles en el momento actual.

Observa el tribunal que en la teoría civil clásica las dificultades financieras de una de las partes para cumplir sus obligaciones no constituyen causa justificatoria, pues la noción de fuerza mayor o caso fortuito implica la absoluta imposibilidad de cumplirlas. El mayor costo no constituye imposibilidad de cumplir y no es por ello, en la concepción civil individualista, motivo de exoneración de la responsabilidad del deudor. Sin embargo, la rigidez de tal principio se ha atenuado por la doctrina y las legislaciones modernas, que admiten la lesión como un vicio general del consentimiento y prohíben el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, así como establecen la teoría de la imprevisión.

Podría pensarse, por otro aspecto, que tales principios no rigen para el contrato administrativo, especialmente cuando se trata de una concesión por largo tiempo, que implica reajuste de tarifas. Ello, porque el contrato administrativo está presidido por la ecuación del equilibrio financiero. Si la obra debe hacerse por el concesionario con el valor de las tarifas pagadas por los usuarios y estas no se han reajustado debidamente, no parece lógico que se exija en forma inexorable la ejecución de una obra que el contratista tendría que realizar con pérdida.

La doctrina señala que en el contrato administrativo el contratista es un colaborador de la administración, y que sus derechos deben preservarse en interés de la administración misma y para servicio de la obra y del servicio público. Ello es todavía más claro cuando se trata de un concesionario. Jean-Marie Aubry y Robert Ducros-Ader, expresan al hablar del concesionario: “De otra parte, el concesionario aparece cada vez más, no como un particular cuyo interés privado se conjuga con el de la administración, sino como un asociado de la administración que obra por cuenta de esta” (obra citada, 317, pág. 430).

Por estas razones considera el tribunal que no puede declarar el incumplimiento de ninguna de las partes. En efecto, no haber reajustado las tarifas del peaje en forma equitativa, sino ateniéndose a la letra del contrato, no constituye incumplimiento del fondo. No haber concluido las obras para no asumir una pérdida mayor que la que había sufrido hasta entonces, tampoco configura un incumplimiento del contratista que de lugar a la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. El contrato terminó por vencimiento del plazo, sin que el fondo hubiera declarado su caducidad, y sin que pueda, por tanto, declararse la resolución, que ya no tendría efecto, ni tampoco el cumplimiento que exigiría una prórroga, imposible como se ha dicho.

Como se declaró a propósito de la pretensión primera del contratista, se reconoce que a este debe pagarse el saldo del valor de los peajes que habría debido percibir, si el reajuste de las tarifas hubiere reflejado la variación de los índices de costos de la construcción. Pero como al terminar el contrato quedó una parte de la obra programada sin construir, es preciso proveer al respecto, y a ello procede el tribunal con ocasión de analizar la segunda pretensión del fondo.

2. La segunda pretensión del fondo, dice:

“Que como consecuencia del incumplimiento, la sociedad concesionaria debe reintegrar al Fondo Vial Nacional la suma de \$ 17.138.933.87 más los intereses legales que se causen, desde el día 5 de septiembre de 1980, hasta la fecha del reintegro”.

Ya dijo el tribunal al examinar la primera pretensión del contratista; que si este hubiera percibido la totalidad del valor de los peajes resultante de aplicar la fórmula de reajuste corregida, con ese valor habría debido ejecutar la totalidad de las obras contratadas. De manera que del monto de la indemnización especial que se le reconoce, consistente en una suma que represente la diferencia entre las cantidades efectivamente recaudadas por concepto de peaje y las que hubiere podido percibir aplicando las tarifas debidamente reajustadas, debe deducirse el valor de las obras que dejó de ejecutar. Ello no en virtud de una declaratoria de incumplimiento del contrato, que no

procede, sino por razones de equidad para compensar al fondo con el valor de la obra que no se hizo pero que habría podido realizarse si el contratista hubiera dispuesto con destino a su ejecución del producido del peaje correctamente ajustado.

Considera, pues, el tribunal que debe accederse a esta petición del fondo, y acogiendo para tal efecto las conclusiones de los peritos, el contratista debe reconocerle la diferencia entre el valor de la obra presupuestada y el de la realmente ejecutada, o sea la cantidad de \$ 17.138.933.87, suma que se compensará hasta concurrencia de su monto con el valor de la indemnización que se reconoce al contratista, o sea la cantidad de \$ 31.655.645, por lo cual este recibirá el saldo por valor de \$ 14.516.711.13.

Es obvio que el valor de las obras que se dejaron de hacer sería superior si se liquidara a los precios vigentes en la fecha de terminación del contrato. Pero también es claro que si el contratista hubiera percibido el valor de los peajes debidamente reajustados, con ese valor habría ejecutado la totalidad de las obras dentro del plazo contractual y a los precios entonces vigentes.

No es el caso de aplicar la desvalorización monetaria al valor de las obras que dejaron de hacerse, lo cual no se pidió al proponer las cuestiones a las cuáles debía extenderse el arbitramento, ni tampoco lo es de liquidar intereses sobre esta suma, por razones análogas a las expuestas para no hacer tales reconocimientos al valor de la indemnización que se reconoce al contratista.

3. La tercera pretensión del fondo esta concebida en los siguientes términos:

“Que, igualmente se declare a la mencionada sociedad incurso en la multa de \$ 12.950.459.36, que es el 10% del contrato, según las cláusulas decimoprimera y vigésima tercera del contrato, suma esta que se imputará a los perjuicios causados a mi poderdante, el Fondo Vial Nacional”.

Como habrá de denegarse la primera petición del fondo sobre declaración de incumplimiento del contrato por parte del contratista, el tribunal se abstiene de condenarlo al pago de la multa de que trata esta pretensión, y que solo procedería en el supuesto de que se declarara el incumplimiento o se hubiera decretado la caducidad, conforme a la cláusula vigesimotercera del contrato, que dice: “En caso de incumplimiento o declaratoria de caducidad, el contratista se hará acreedor (sic) a una multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, suma que se imputará a la de los perjuicios que reciba el Fondo Vial Nacional”.

4. La cuarta pretensión del fondo, consistente, como ya se vio, en que se ordene al contratista hacer entrega al fondo de la totalidad de los equipos y demás bienes muebles comprados para las obras y, por tal razón, adscriptos a ellas, se examinó ampliamente al analizar la pretensión tercera del contratista, y ambas pretensiones habrán de resolverse conjuntamente.

IV. Resolución

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho la controversia suscitada entre la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda., de una parte, y el Fondo Vial Nacional, de la otra, por razón del contrato 354-77 celebrado por dichas partes con fecha 26 de julio de 1977, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declárase que la fórmula matemática contenida en la cláusula octava del contrato 354-77 y destinada al reajuste de las tarifas de peaje, teniendo en cuenta la variación de los índices de costo de la construcción publicados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y la variación anual del tráfico promedio diario, no refleja las variaciones de los índices de costo mencionados, a causa de su defectuosa estructuración, y debe corregirse en la forma indicada en el dictamen pericial practicado en este proceso.

2. En consecuencia, declárase que la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. dejó de percibir la diferencia entre el valor de los peajes recaudados en desarrollo del contrato citado, y la suma que hubiera debido recaudar con la aplicación de la fórmula matemática corregida, que fue acogida en el dictamen pericial y acepta el tribunal.

3. Declárase que el Fondo Vial Nacional debe a la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. la suma de treinta y un millones seiscientos cincuenta y cinco mil seiscientos cuarenta y cinco pesos (\$ 31.655.645), a título de indemnización por la defectuosa aplicación de la fórmula matemática de reajuste de las tarifas de peaje, contenida en el contrato.

4. Deniéase la prórroga del plazo del contrato pretendida por la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. en el punto 2 de su nota de 10 de junio de 1980, dirigida al Fondo Vial Nacional.

5. La pretensión de la misma sociedad contenida en el punto 3 de la nota mencionada en el numeral anterior, queda resuelta con la decisión del numeral 11 del presente laudo.

6. No es el caso de proveer, por extemporáneas, sobre las pretensiones contenidas en el escrito de 10 de octubre de 1980 del apoderado de la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. que versan sobre intereses y reajuste monetario de la suma a cuyo pago por el Fondo Vial Nacional pudiera tener derecho.

7. Deniéase la declaración de incumplimiento por parte de la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. del contrato 354-77, que pretende el Fondo Vial Nacional.

8. Declárase que la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. debe al Fondo Vial Nacional la suma de diez y siete millones ciento treinta y ocho mil novecientos treinta y tres pesos con ochenta y siete centavos (\$ 17.138.933.87), valor de las obras previstas en el contrato 354-77 que dejaron de hacerse a la fecha de terminación de este.

PAR. 1º—Esta cantidad y la reconocida a favor de la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. en el numeral 3º del presente laudo, se compensan hasta concurrencia de sus respectivos valores.

PAR. 2º—En consecuencia el Fondo Vial Nacional pagará a la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. la diferencia entre las dos cantidades expresadas, que es la suma de catorce millones quinientos diez y seis mil setecientos once pesos con trece centavos (\$ 14.516.711.13) , en el término de un mes contado desde la ejecutoria de este laudo.

9. Deniéase la pretensión contenida en el punto segundo del escrito de 6 de octubre de 1980 del apoderado del Fondo Vial Nacional, referente al pago de los intereses legales de la suma indicada en el numeral anterior.

10. Deniéase la pretensión contenida en el punto tercero del citado escrito del apoderado del Fondo Vial Nacional, consistente en declarar a la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. incurso en la multa de doce millones novecientos cincuenta mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con treinta y seis centavos (\$ 12.950.459.36), prevista en la cláusula vigésimo tercera del contrato 354-771.

11. Deniéase la pretensión contenida en el punto cuarto del mismo escrito del apoderado del Fondo Vial Nacional, consistente en ordenar que la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. entregue al Fondo Vial Nacional la totalidad de los equipos y demás bienes muebles adscriptos a las obras materia del contrato 354-77, y declárase que la mencionada sociedad no está obligada a transferir al fondo tales bienes.

12. No procede hacer las notificaciones pedidas en el punto sexto del referido escrito del apoderado del Fondo Vial Nacional.

13. Por haber prosperado parcialmente las pretensiones de cada una de las partes, el tribunal se abstiene de hacer condena en costas (CPC, arts. 392, 5º).

Notifíquese, cúmplase y protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Bogotá, D.E., mayo seis de mil novecientos ochenta y uno. El laudo anterior fue pronunciado y leído en audiencia de esta fecha, y en la misma quedó notificado a los apoderados de las partes, de conformidad con lo prescrito por los artículos 671, 1º y 325 del Código Civil.

Bogotá D.E., mayo once de mil novecientos ochenta y uno. El laudo quedó ejecutoriado el nueve de mayo de en curso.
