

Laudo Arbitral

Ingenieros Civiles Asociados S.A. ICA de México

v.

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB

Julio 27 de 1981

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre la sociedad de ingenieros civiles asociados S.A., ICA, de México y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., con ocasión de contrato 50-AB-II-8 celebrado entre ellas para la construcción de la presa de Golillas, túneles y obras complementarias del proyecto Chingaza, una vez concluida la instrucción y oídas las alegaciones de las partes procede a pronunciar su laudo en derecho en los siguientes términos:

I. Antecedentes

1. Licitación.

Con fecha 4 de abril de 1974 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. abrió la licitación pública 345-A-B-II-8 para la construcción de la presa Golillas con sus obras complementarias y de túneles de conducción para suministro de agua a Bogotá, dentro de lo que se ha conocido como proyecto de Chingaza.

La licitación comprendía cuatro grupos de obras, así:

Grupo I. a) Construcción de la presa de Golillas.

b) Construcción de la presa y bocatoma para la desviación del río Guaitiquía al embalse de Chuza.

c) Construcción del túnel de Leticia.

d) Instalación de una válvula de mariposa; de una válvula disipadora de energía y otras obras en el túnel de desviación.

e) Construcción de carreteras permanentes de la cresta de la presa al rebosadero del portal de embalse de túneles de Guaitiquía y Leticia.

Grupo II. a) Construcción del túnel de Guaitiquía.

b) Construcción del túnel de El Faro.

c) Construcción del túnel de Siberia.

d) Construcción del túnel de Usaquén.

Grupo III. Construcción de tramos del túnel Palacio-Rioblanco, en las siguientes secciones:

a) Desde la boca de Chuza hacia la ventana de construcción completando el tramo parcialmente construido.

b) Desde la boca de Simayá, hacia la ventana de construcción también completando el tramo parcialmente construido.

Grupo IV. Construcción de otros tramos del túnel Palacio-Rioblanco así:

a) Desde la ventana de construcción, completando el tramo parcialmente construido hacia la boca de Chuza.

b) Desde la ventana de construcción, completando el tramo parcialmente construido hacía la boca de Simayá.

c) Construcción de 4 bocatomas en quebradas afluentes del Rioblanco.

Para la presentación de las propuestas se fijó un plazo de 90 días que vencía el 5 de julio de tal año, y para la ejecución del contrato, que debía iniciarse el 4 de noviembre de 1974 se previeron 40 meses señalándose el 15 de marzo de 1979 como fecha para su terminación.

2. Propuesta.

Dentro del plazo señalado, el 5 de julio de 1974, la firma Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México, sociedad con sucursal establecida en Colombia, presentó propuestas para la construcción de las obras detalladas en la licitación.

3. Adjudicación.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mediante oficio 205033 de 2 de diciembre de 1974 comunicó a Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, que la junta directiva había resuelto adjudicarles la licitación y que esta comprendía las obras incluidas en los grupos I-II-III y IV del pliego de condiciones.

La adjudicación se efectuó con fundamento en los precios unitarios de la propuesta, por los siguientes valores:

a) \$ 520.757.171 moneda legal colombiana.

b) US\$ 21.231.399 dólares de los Estados Unidos de América.

4. Contrato.

Con fecha 14 de marzo de 1975 se suscribió el contrato 50-AB-II-8 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., de una parte e Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, por la otra, “para la construcción de la presa de Golillas, túneles y obras complementarias del proyecto Chingaza para el suministro de agua a la ciudad de Bogotá”.

En 42 cláusulas están determinadas y precisadas las obligaciones y derechos de los contratantes.

Por considerarlo de interés se reseñan las siguientes:

La 1ª objeto de contrato. La 2ª documentos del mismo. La 3ª valor. La 4ª precios cotizados y costos del contrato. La 5ª cantidades de la obra. La 6ª forma de pago. La 7ª fórmula para el ajuste de pagos. La 9ª plazos. La 14 obras extras y adicionales. La 17 importación de elementos para construcción de la obra, y la 37, diferencias de interpretación y arbitraje.

5. Salvedad.

A los fines de este fallo interesa saber que en el contrato, la sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, dejó una salvedad, concebida en los siguientes términos “en este documento el contratista deja una salvedad sobre su posición acerca de los hechos imprevisibles que sucedieron con posterioridad a la presentación de su oferta y que, a su juicio, han causado una situación de desequilibrio, como expresamente quedó consignado en sus cartas:

GC-74-007, de fecha 13 de diciembre de 1974.

CG-75-012, de fecha 14 de enero de 1975.

GC-75-015, de fecha 27 de enero de 1975.

CG-75-016, de fecha 21 de febrero de 1975.

Manifiesta estar de acuerdo en que, tal como lo expresó el gerente de la empresa, con autorización de la junta directiva de la misma en su comunicación 207178 de fecha 7 de febrero de 1975, sus solicitudes tanto en relación con la fórmula de ajuste, como las demás consignadas en las cartas antes citadas, sean examinadas y resueltas, todo

dentro de la ley colombiana, confiando plenamente que ello ocurra de manera satisfactoria en un período de sesenta (60) días a partir de la fecha en que se inicie la ejecución del contrato”.

Finalmente se observa que el contrato con sus correspondientes anexos, autorizaciones, pruebas de personería de quienes lo solemnizaron y demás documentos han sido aportados a este proceso con todas las formalidades de ley.

6. Prórrogas.

Tres ha tenido, en las siguientes fechas:

1. En diciembre 29 de 1976, hasta el 31 de agosto de 1979.
2. En junio 12 de 1979, hasta junio 30 de 1981.
3. En 21 de marzo de 1980, hasta mayo de 1982.

II. Reclamos de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA

1. Desde antes de suscribirse el contrato, ICA manifestó a la empresa que disposiciones económicas posteriores a la presentación de su propuesta le causaban sobrecostos apreciables que debían corregirse.

En comunicación CG-74-007 de diciembre 13 de 1974 planteó su primer reclamo en los siguientes términos: ”c) debido a las disposiciones económicas posteriores al período mayo-junio de 1974 en que se preparó nuestra propuesta, que obviamente causan importantes sobrecostos en nuestro presupuesto, imposibles de haber sido previstas, y con base en nuestra experiencia en Colombia, solicitamos que la fórmula para el ajuste de pagos sea estudiada de modo que resulte actualizada y satisfaga así más fielmente su objetivo”.

2. La empresa en comunicación 205964 de enero 7 de 1975 participó a ICA las decisiones de la junta directiva, tomadas en relación con el reclamo anterior, en su sesión del 19 de diciembre de 1974, así: “c) la junta considera que sería ilegal cualquier modificación en la fórmula de ajuste de precios consignada en el pliego de condiciones de la licitación”...

“En lo referente a los sobrecostos imprevistos que según ustedes se han presentado con posterioridad al período mayo-junio de 1974 por razón de nuevas disposiciones de carácter, económico, especialmente en materia de impuestos, la junta desea tener una mayor información y motivación para poder realizar un estudio más exacto sobre este punto”.

3. ICA, con comunicación CG-75-012 del 14 de enero de 1975 insiste para que se sustituya la fórmula de ajuste de pagos, en los términos siguientes:

“Nos estamos permitiendo ratificar los términos de nuestra conversación del 9 de enero del actual, sobre su carta 205964 del 7 de enero, respecto a los siguientes problemas:

- a) ...;
- b) ..., y
- c) Adecuación de la fórmula de ajuste por causa de fuerza mayor.

Disentimos de la opinión de que sería ilegal cualquier modificación en la fórmula de ajuste, porque a partir del segundo semestre de 1974 se han presentado y agudizado situaciones económicas muy serias tanto nacionales como internacionales, que lógicamente deben considerarse causas de fuerza mayor, con lo que se tendría la justificación legal de la sustitución.

Esperamos que estén de acuerdo con nuestros razonamientos de considerar causa de fuerza mayor al hecho de que sin que haya habido ningún antecedente en Colombia se decreta una “emergencia económica” a partir del 17 de septiembre y hasta el 31 de octubre de 1974, que motivó entre otras repercusiones, las siguientes consecuencias.

- a) Aumentos generales en los precios.
- b) Restricciones crediticias.
- c) Aumento de los costos de financiación.
- d) Aumento de los impuestos.

Además de lo anterior hay muchos otros factores que en forma indirecta o de difícil comprobación afectarán nuestro presupuesto, como son:

- a) Aumentos en los costos de los equipos de construcción.
- b) Aumento de los repuestos y materiales de importación.
- c) Mayores plazos de entrega de equipos y materiales.
- d) Repercusiones por la nueva ley de comercio exterior de los Estados Unidos de América.
- e) Afectaciones en el dólar norteamericano, que es la componente extranjera de los precios unitarios de nuestra propuesta.
- (...).

Por todo lo cual insistimos en que, independientemente de aquellos sobrecostos que pueden comprobarse y ser reconocidos directamente, se nos autorice la sustitución de la fórmula de ajuste.

4. Días después, con comunicación de enero 27 distinguida con la referencia CG-75-015, dijo ICA:

“De acuerdo con la última parte de nuestra carta CG-75-012, estamos sometiendo a su amable consideración los datos a que ahí hacemos referencia, para ser objeto del estudio más exacto de sobrecostos imprevistos, según se menciona en su carta 205964.

- a) Aumentos en materiales no contemplados en la fórmula de ajuste. Estos datos se presentan tabulados en el anexo 1 adjunto, los cuales fueron obtenidos de nuestros archivos de proveedores, que están a su disposición para cualquier verificación que considere necesaria.
- b) Aumentos de los impuestos a las ventas. Se adjunta el anexo 2 donde se comparan los impuestos a las ventas, anterior y actual, de diversos conceptos que obviamente generarán sobrecostos en nuestra propuesta.
- c) Aumentos en los costos de las comunicaciones tanto nacionales así como en sus impuestos correspondientes. Adjuntamos el anexo 3.
- d) Aumentos en los impuestos sobre renta y patrimonio de personas físicas y jurídicas. Esto se deriva de las nuevas reglamentaciones impositivas; por lo que en su oportunidad se podrían presentar las justificaciones fehacientes de este tipo particular de sobrecosto.
- e) Exenciones de impuestos que han sido derogadas en perjuicio de nuestros costos. Estas se refieren a exenciones del impuesto sobre la renta de personal extranjero, que ahora desaparecen y que por lo tanto habrá que cubrir oportunamente, significando esto un sobrecosto no previsto en nuestro presupuesto”.

5. La empresa dio respuesta a la solicitud que se le había formulado, con comunicación 207178 de 7 de febrero de 1975, de la que extractamos las partes pertinentes:

“Conforme lo he manifestado a ustedes en las entrevistas sostenidas en el despacho de esta gerencia, la junta directiva de la empresa ha venido estudiando de manera cuidadosa, en varias sesiones sucesivas, su solicitud de variación de la fórmula de ajuste automático prevista en el pliego de cargos de la licitación 345-AB-II-8 relacionada con las obras del proyecto Chingaza.

“La junta ha efectuado un análisis completo de los razonamientos expresados por esa firma para sustentar su petición. Finalmente, en la sesión de la presente fecha impartió instrucciones a esta gerencia para comunicar a ustedes las conclusiones a que ella ha llegado y que en resumen son las siguientes:

“1. El proceso de la licitación de las obras de Chingaza, que culminó con la adjudicación hecha en legal forma a la firma ICA de México, se encuentra en su etapa de perfeccionamiento. Hasta tanto no se suscriba el contrato es prematuro discutir lo relativo a la teoría de la imprevisión, ya que ello implicaría romper las bases de la licitación; se desconocerían los fundamentos de carácter económico que la empresa tuvo en cuenta para abrirla y los demás proponentes podrían reclamar por romperse el principio de la igualdad que la ley colombiana otorga a todos los licitantes. Al adoptar esta conducta la junta pretende obrar en un todo ajustado a la ley colombiana.

“2. Con el anterior planteamiento no existe ánimo alguno de causar un perjuicio a la firma ICA y ello solo es consecuencia de lo que la ley colombiana prescribe sobre el particular. Celebrado el contrato administrativo respectivo y comprobado un hecho imprevisto, el contratista tiene la oportunidad de presentar sus reclamos en ejercicio de los derechos que la ley le otorga. Lo anterior se encuentra consignado en el artículo 868 del Código de Comercio que trata de la acción de revisión de los contratos con base en los efectos y circunstancias extraordinarias e imprevistas, pero para ello es necesario que esté formalizado solemnemente el contrato y en ejecución. Esta norma es concordante con el artículo 4º del Decreto Extraordinario 2630 de 1966 que establece el principio según el cual la revisión de los contratos administrativos, por efecto de circunstancias extraordinarias e imprevistas, solo es oportuna cuando dentro de la ejecución del contrato se presenta una situación de desequilibrio económico para alguna de las partes.

(...).

“3. La junta directiva de la empresa considera que la firma ICA de México, respetuosa como es de la Constitución y leyes de la República, habrá de encontrar la razón de estos planteamientos y, por tanto, me ha solicitado dar respuesta a ustedes en el sentido que dejo expresado, sin perjuicio de indicarles que sus solicitudes serán examinadas un vez se inicie la ejecución del contrato y que la empresa no desconoce el derecho a que le sean estudiadas y resueltas las posibles situaciones de desequilibrio alegadas por ustedes, pero ello debe hacerse dentro de la ley colombiana. Inclusive, en el texto del contrato que se celebre, puede consignarse una salvedad de la firma ICA a ese respecto”.

6. El 21 de febrero de 1975, mediante comunicación GC-75-016 el contratista insiste en su petición de la manera siguiente:

“Nos estamos permitiendo someter a su consideración el estudio de los sobrecostos que se han originado desde la presentación de nuestra propuesta hasta la fecha actual, y para cuya compensación hemos solicitado la adecuación de la fórmula de ajuste.

“Como se hace constar, en dicho estudio no estamos incluyendo el 2% mensual de las nóminas de salarios, para creación y sostenimiento de centros de atención integral preescolar, para los hijos de empleados y trabajadores de los sectores públicos y privados; tampoco estamos considerando el impuesto a la renta de los extranjeros que trabajarán en el proyecto, los cuales se considerarán independientemente”.

En el anexo a esta comunicación: “Base para el cálculo de sobrecostos”, ICA los estima en \$ 121.380.000 discriminándolos por elementos como: mano de obra, materiales y repuestos, distinguiendo en estos los nacionales y los importados; maquinaria, fletes y subcontratos; costos indirectos en dólares y en moneda local.

7. En su comunicación GC-033-75 de mayo 13 de 1975 Ingenieros Civiles Asociados S.A. pregunta a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá acerca del estado en que se encuentra el estudio que le han planteado.

Los términos de dicha nota son los siguientes:

“Conforme a la salvedad que esta compañía dejó asentada en el contrato 50-AB-II-8, de fecha 14 de marzo de 1975, referida a las solicitudes por sobrecostos que se originaron como consecuencia de los hechos imprevisibles que se sucedieron con fecha posterior a la presentación de la oferta, y que se consignaron en nuestras cartas

CG-74-007, CG-75-012, CG-75-015 y GC-75-016, y de acuerdo con su comunicación 207118 del 7 de febrero de 1975, en la que se nos informó que nuestras peticiones serían estudiadas y resueltas, una vez iniciada la ejecución del contrato; nos permitimos solicitarles se sirvan informarnos el estado actual en que se encuentra dicho estudio y si a la fecha, considerando el plazo transcurrido, están en condiciones de comunicarnos alguna solución”.

8. La empresa dio respuesta a ICA el 3 de junio del mismo año, en oficio 212021: “Doy respuesta a su comunicación GC-033-75 de fecha 13 de mayo de 1975, radicada en esta empresa bajo número 195998, en la que nos solicitan información sobre el estado actual en que se encuentra el estudio de los puntos planteados por ustedes dentro de la salvedad que incluyeron a continuación del contrato 50-AB-II-8 de fecha 14 de marzo de 1975, celebrado por la empresa con esa firma”.

“Su mencionada comunicación fue llevada a conocimiento de nuestra junta directiva en su sesión del día 22 de mayo del presente año y esta corporación determinó que la empresa, consecuente con lo que desde el principio comunicó a ustedes acerca de que no consideraba oportuno analizar sus reclamos con anterioridad a la iniciación del contrato, espera que encontrándose este ya perfeccionado y en ejecución, corresponde a ustedes proceder a formular oficialmente sus desacuerdos y analizar y explicar detalladamente los hechos en que ellos se fundamentan.

La empresa considera prudente que ustedes entreguen sus argumentos escritos en un término no mayor de noventa días, contados a partir de esta fecha”.

9. En agosto 27 de 1975 comunicación GC-75-068 ICA dice a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá “...hacemos oficialmente insistencia, reclamación o petición del reconocimiento por su parte de los sobrecostos incurridos en relación con el contrato 50-AB-II-8 de fecha marzo 14 de 1975, celebrado por nuestra firma con esa respetable empresa”.

De esta larga comunicación solo extractaremos los aspectos sobresalientes que interesan a este fallo: “...los hechos de desequilibrio surgidos de actos de autoridad ejercidos con motivo de disposición soberana del legislador, sucedidos con posterioridad a la presentación de nuestra oferta ... son efecto de fuerza mayor o caso fortuito, definido por la ley colombiana.

(...).

“Con esos fundamentos jurídicos, les propusimos la variación de la fórmula de ajuste automático y les formulamos la petición del reconocimiento de reajuste de costos detallados en nuestras comunicaciones GC-007 de 1974 y GC-75-012, GC-75-015 y GC-75-016 de 1975 que contestaron en su apreciable comunicación 207118 de febrero 7 de 1975, manifestándonos que esas solicitudes serían examinadas una vez que se iniciara la ejecución del contrato, e indicándonos al mismo tiempo que nuestra firma podría consignar una salvedad al respecto del texto del contrato”.

Así lo hicimos confiando plenamente en que ello ocurriría.

“En las tres últimas de las citadas comunicaciones, enumeramos algunos de los efectos producidos con motivo de haberse decretado una “Emergencia económica” a partir del 17 de septiembre de 1974 y explicamos algunos de los aumentos de los precios de materiales no contemplados en la fórmula contractual de ajuste, así como los aumentos de impuestos de ventas ...”.

A continuación para explicar tales sobrecostos, hace referencia en primer lugar, bajo el epígrafe I al “impuesto a cargo del personal extranjero por concepto de la renta y patrimonio”. Como de esta petición se desistió posteriormente, no es el caso de detenernos sobre él.

Luego se ocupa de los otros, en la forma siguiente:

“II. Cuota del 2% de la nómina mensual para la creación de centros de atención integral al preescolar para los hijos de los empleados y trabajadores de los sectores público y privado

Con motivo de la promulgación de la Ley 27 de 1974 para la creación de los centros de atención integral al preescolar. ICA ha tenido que pagar el 2% de su nómina mensual al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El monto pagado por este concepto con cargo a las obras de Chingaza asciende a la suma de \$ 481.866.84, según se puede apreciar en los ocho recibos de los meses de diciembre a julio de 1975 que nos permitimos adjuntar en el anexo II-1.

“En virtud de que a la fecha de presentar nuestra oferta para la licitación (jul. 5/74) obviamente no se tenía conocimiento de estas leyes, no consideramos en nuestra oferta los costos que nos están ocasionando los conceptos que hemos dejado señalados...”.

“III. Sobrecostos ocasionados por hechos imprevisibles, originados con posterioridad a la presentación de nuestra oferta, que no se encuentran cubiertas por la fórmula de ajuste

Con anterioridad a la firma del contrato hicimos saber a ustedes la existencia de circunstancias originadas después de la presentación de nuestra oferta que crearon sobrecostos, que por su origen posterior fueron imposibles de ser previstos en nuestra propuesta.

Y por la misma razón no fueron contempladas en la fórmula de ajuste que aparece en el contrato.

Tales circunstancias fueron motivadas entre otras causas por la emergencia económica nacional; la devaluación oficial de la moneda, que en forma acelerada se inició a partir de agosto de 1974; el reflejo indirecto en los costos de construcción, de la reforma tributaria de septiembre de 1974; la inflación mundial y su natural repercusión en la economía del país; crearon la situación de desequilibrio prevista en la salvedad consignada en el contrato...”.

Por lo anteriormente expuesto, y con aplicación también de los principios contenidos en los artículos 868 del Código de Comercio y 4º del Decreto 2630 de 1966, corresponde a esa empresa cubrirnos los sobrecostos que hemos acreditado, “así como todos aquellos que por los conceptos mencionados vayamos acreditando en el futuro y sometiendo al conocimiento de ustedes”.

10. Casi 6 meses después, ICA en comunicación del 16 de febrero de 1976, GC-76-123 insiste en sus peticiones, así:

“(…).

“Por otra parte le ratificamos nuestra gran preocupación por la falta de respuesta de esa empresa a nuestros principales planteamientos. Como la salvedad consignada en el contrato y los varios otros reclamos que hemos sometido a su consideración con estricto apego a las imprevisiones que se han presentado durante el desarrollo de los trabajos”.

11. Nuevamente, en 27 del mismo mes y año, comunicación GC-76-130 ICA se dirige a la empresa:

“En la conversación que tuvimos con usted el día 24 de febrero del actual, le manifestamos nuestra preocupación porque a la fecha no tenemos respuesta de esa empresa a ninguno de los reclamos que hemos sometido a su consideración. Nos referimos a la salvedad consignada en el contrato, que debió resolverse en un período de 60 días a partir del 17 de marzo de 1975 y que después de transcurrir casi un año, no se nos ha dado contestación alguna. En esta ocasión la salvedad la supusimos dividida en revisión de la fórmula de ajuste y conceptos adicionales. Por otra parte comentamos también que están pendientes de solución otros reclamos menores que se han presentado en el desarrollo del contrato, por causas imprevisibles asumiendo que podrían separarse en dos grupos:

1. Conceptos adicionales de la salvedad y todos los otros reclamos presentados.

2. Revisión de la fórmula de ajuste.

Y tener el primer grupo estudiado en el mes de marzo próximo y el segundo grupo inmediatamente después, en abril de 1975.

También solicitamos que se nos proporcionará la etapa de trámite, de los previstos en el contrato, en que se encontrará cada uno de los ya mencionados reclamos”.

12. La anterior nota fue adicionada con la GC-76-031 de la misma fecha, en los siguientes términos:

“Nos referimos a la conversación que tuvimos con usted el 25 de febrero del presente, en aplicación a la última parte de nuestra carta GC-78-123 del 16 de febrero de 1976, sobre la falta de respuesta de esa empresa a nuestros principales planteamientos. Nos referimos concretamente a la salvedad consignada en el contrato para ser resuelta en un período de 60 días a partir del 17 de marzo de 1977 y que no obstante que ha transcurrido prácticamente un año, no se nos ha dado ninguna contestación a la fecha. Esta salvedad incluye la revisión de la fórmula de ajuste y los conceptos adicionales.

También comentamos que tampoco hemos tenido noticias de los otros reclamos menores presentados durante el desarrollo del contrato, por causas imprevisibles.

Se planteó la necesidad de tener solucionados los conceptos adicionales de la salvedad y todos los otros reclamos menores, en el mes de marzo próximo y el que se refiere a la fórmula de ajuste en el siguiente mes de abril, debido a que las erogaciones ya efectuadas en dichos conceptos, en este primer año de trabajos, están incidiendo en forma muy alarmante en nuestra liquidez para el manejo de la obra”.

13. El 28 de febrero de 1976 en comunicación GA-76-134 dijo ICA a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá:

”...En consecuencia, solicitamos atentamente sea atendido el presente reclamo, admitiendo el ajuste por concepto de intereses sobre cesantías causadas conforme a la Ley 52 de 1975 y a su decreto reglamentario antes citado”.

14. Con comunicación 223493 de marzo 8 de 1976, la empresa contestó las cartas que ICA le dirigió en febrero sobre los reclamos varias veces mencionados, de la manera siguiente: “Sobre el particular deseo manifestarles que, en atención a la importancia de los mismos, la empresa consideró indispensable realizar un estudio muy a fondo de cada uno de ellos, lo cual se ha venido haciendo.

“Esperamos que en el término de un mes, aproximadamente, podamos obtener resultados para comunicar a ustedes en relación con la parte de sus peticiones diferente a la de la fórmula de ajuste de precios y en un término de dos meses en relación con esta última. Lo anterior, desde luego, sujeto a las determinaciones de la junta directiva de la empresa sobre tales asuntos”.

15. También la empresa en comunicación 223639 de marzo 10 le manifestó al contratista, en respuesta a la nota GA-76-124 de febrero 20, que este le había dirigido, que estudiará cuidadosamente la solicitud que le ha formulado para el reconocimiento de los gastos que ha hecho por concepto de la cuota del 2% de la nómina mensual para la creación de centro de atención integral al preescolar (Bienestar Familiar) y, la someterá a consideración de la junta directiva.

También se refirió esta respuesta al reconocimiento del impuesto sobre la renta y patrimonio del personal extranjero, que por haber desistido el contratista de este reclamo no interesa como antecedente.

16. El mismo día 10 de marzo de 1976, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá contestó la GA-76-134 de febrero 28 de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, con la que reclamaba el reconocimiento del 12% anual sobre los intereses de las cesantías del personal, manifestando que tal solicitud igualmente sería cuidadosamente estudiada y sometida a consideración de su junta directiva.

17. Hacia septiembre de 1978, la empresa propuso verbalmente a ICA someter a arbitramento los reclamos que le había presentado, aceptando la firma contratista tal propuesta, mediante comunicación GC-78-447 de septiembre 12, que se transcribe en lo pertinente: ...

“Considerando la naturaleza de nuestras solicitudes y tomando en cuenta la buena disponibilidad de la empresa al proponer someterlas a arbitraje, le estamos confirmando nuestra aceptación para proceder de acuerdo a la cláusula

trigésima séptima, diferencias de interpretación y arbitraje”.

“Confiando en poder reunirnos con ustedes de inmediato, para establecer los lineamientos sobre los cuales funcionará el tribunal de arbitraje y agradeciendo las gestiones que el señor gerente general llevó a cabo para encontrar una solución a nuestras reclamaciones, los saluda atentamente”.

18. En octubre 17 de 1978, mediante comunicación GC-70-470 ICA informa a la empresa la designación de sus apoderados “en la preparación del proceso arbitral” y agrega: ”...

Mucho les agradecemos que a la brevedad posible, nos reunamos con ustedes y el apoderado de esa empresa, doctor Rodrigo Noguera Laborde, para que iniciemos la preparación del contrato compromisorio, a fin de que oportunamente se inicien las actividades procesales del arbitraje”.

19. Con comunicación GC-78-475 del 27 de octubre de 1978 ICA informa a la empresa que conforme a lo convenido con su abogado, ya se había elaborado el proyecto de documento de compromiso cuya copia le enviaban.

Termina esta nota pidiendo una decisión para firmar prontamente.

20. Las partes de común acuerdo designan a los doctores Luis Carlos Neira Archila y Fernando Hinestrosa, quienes debían sugerir una terna para el nombramiento del árbitro tercero. Dicha terna estaba integrada por los abogados: Policarpo Castillo Dávila, Carlos Holguín Holguín y Humberto Mesa González, la que fue modificada posteriormente, según comunicación de febrero 23 de 1979 suscrita por los doctores Hinestrosa y Neira, quienes sugirieron los nombres de los abogados Miguel Aguilera Rogers, Gabriel Melo Guevara y Hernando Tapias Rocha para escoger de entre “ellos el tercer árbitro que complete el tribunal que ha de definir sus diferencias en cuanto a la ejecución del contrato de obra en Chingaza”.

21. En mayo 22 de 1979 y mediante comunicación distinguida con el GC-79-581 de mayo 22 ICA nuevamente propone a la empresa, dé curso a sus peticiones para que se les reconozcan “los injustos desequilibrios financieros” que en su contra se han presentado durante el desarrollo del contrato.

De la extensa exposición consignada en esta nota resumimos los aspectos principales del problema así:

“Desde antes de la firma del contrato para las obras del llamado proyecto Chingaza ICA advirtió repetidamente que los acontecimientos económicos que se habían desatado en el mundo, a partir de 1974, provenientes de la inflación con recesión, llamada por los expertos estagflación habían desactualizado la fórmula de ajuste de pagos prevista en la cláusula 7^a haciéndolo “gravemente lesivo” para sus intereses.

Las razones según las cuales dicha fórmula no cubre los aumentos de precios son las siguientes: 1. “La vertiginosa pérdida de poder adquisitivo del dólar” desencadenada a partir de 1974 y “que le hizo perder su calidad de patrón monetario internacional”.

2. “La reevaluación del peso colombiano frente al dólar”. Esos dos fenómenos han hecho que los “dólares que ICA ha recibido del acueducto han estado, doblemente devaluados: en el exterior por la inflación en los Estados Unidos de América y en Colombia por la reevaluación del peso frente al dólar”; agrega que los trastornos de la economía mundial que en Colombia ha repercutido con una “superabundancia de dólares con escaso valor y encarecimiento sin precedentes en los precios internos”, han determinado el desequilibrio financiero del contrato.

Hace luego un cálculo de lo que han sido los sobrecostos por encima de la propuesta; le restan la parte que ha sido corregida por la fórmula de ajuste; le restan igualmente el valor de la utilidad estimada y concluyen con que hasta diciembre 31 de 1978 su reclamo vale la suma de \$ 170.000.000.

Se refiere la nota aquí citada también a los acontecimientos económicos ocurridos en Colombia, después de la presentación de su propuesta, que en su concepto han “modificado sustancialmente las condiciones que tenemos a la vista como previsibles para ofrecer la ejecución del contrato a unos determinados precios”. Manifiesta que como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia económica por parte del Gobierno Nacional, se adoptaron

medidas de carácter general “que han producido los costos que ICA ha tenido que absorber durante el desarrollo del contrato” y que son:

1. Impuesto de renta y patrimonio a cargo del personal extranjero, del cual desistió después.
2. Cuota del 2% sobre la nómina mensual para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado por la Ley 25 de 1974, que ha representado para ICA un desembolso adicional de \$ 11.534.358.66.
3. Intereses por cesantías, carga laboral instituida por la Ley 52 de 1975, que a 3 de mayo de 1979 le ha representado a ICA un sobre costo de \$ 7.116.035.48.
4. Impuesto a las ventas reestructurado por el Decreto 1988 de 1974 que ha incidido sobre el valor de las compras internas y sobre importación de bienes, en \$ 9.248.385.50.

Solicitaba ICA en esta comunicación no solo el reconocimiento de los sobre costos atrás relacionados, sino también una fórmula de reajuste para el pago en moneda extranjera.

En efecto, la parte final está así concebida: ... “como el contrato se encuentra en plena vigencia, nuestra petición tiene que cubrir también su futuro desarrollo ... pedimos a ustedes que para lo por venir se acuerde una modificación o adición al contrato que tenemos celebrado, para incluir en la cláusula de ajuste los pagos que recibamos en dólares de los Estados Unidos, o para ampliar la que está vigente de tal modo que sirva de correctivo eficaz a las desviaciones que en lo futuro se produzcan en los precios reales sobre nuestra propuesta original”.

22. Posteriormente con comunicación GC-79-613 de agosto 13 de 1979 ICA presenta a la empresa una síntesis de sus aspiraciones, así:

“En base a nuestras conversaciones relativas al desequilibrio económico que nuestra empresa ha sufrido por efectos de la emergencia económica decretada por el señor Presidente de la República de Colombia en el año de 1974, y los problemas inflacionarios y de tipo cambiario presentados a raíz del decreto mencionado, me permito proponer a usted las siguientes consideraciones tendientes a llegar a un acuerdo que sea equitativo para ambas partes:

1. “Desisten de reclamar el impuesto correspondiente de renta y patrimonio del personal extranjero, por considerar que no hay lugar a él”.
2. Pago a la mayor brevedad de lo pagado por ICA por concepto de bienestar familiar, intereses a las cesantías e impuestos a las ventas, negociando los intereses de mora por estos conceptos.
3. Establecimiento del Tribunal de Arbitramiento para resolver sobre el desequilibrio económico, presentado durante la ejecución del contrato 50-AB-II-08.

23. En respuesta a estos planteamientos, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mediante oficio 284593 de septiembre 28 de 1979 hizo saber a ICA que la junta directiva de la empresa había acogido los nombres de los doctores Luis Carlos Neira Archiva; Gabriel Melo Guevara y Miguel Aguilera Rogers para integrar el tribunal de arbitramiento que debe dirimir las diferencias de tipo económico que se han planteado.

24. Por su parte, el contratista con comunicación GC-79-652 fechada el 11 de octubre del mismo año 1979 manifestó a la empresa su adhesión a los nombres de los árbitros, sugiriendo instruir a los apoderados de las partes para la redacción del documento de compromiso.

25. Ya en el año de 1980, en mayo 14, ICA dirige a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado su comunicación GC-80-753 de la que es pertinente transcribir los siguientes apartes:

“De la manera más respetuosa presentamos a usted nuestra grave preocupación por la lentitud con que se vienen tramitando los reclamos que tenemos pendientes ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de largo tiempo atrás, que por su importancia económica nos están colocando en situación prácticamente imposible y que por la justicia de su contenido no debieran haberse pospuesto de este modo.

Son motivos de nuestra inconformidad, los siguientes:

1. Nada se ha avanzado en la firma de la cláusula compromisoria que nos permita dirimir ante un Tribunal de Arbitramento los aberrantes desequilibrios que estamos padeciendo por una crisis monetaria universal frente a la cual todo el mundo, excepto ICA, ha tomado medidas correctivas. En el mes de marzo expresamos nuestra comprensión hacia las dificultades puramente adjetivas que le impedían a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá suscribir el compromiso, pero dos meses más tarde y encontrándonos en el mismo punto del proceso nos vemos forzados a solicitar su culminación inmediata.

... Termina así esta carta: "...Para tratar estos temas queremos solicitarle nos reciba personalmente. Procede esta petición por cuanto están agotadas sin el menor éxito todas las instancias que usted nos indicara y a las que no hemos dejado de acudir con tanta amplitud como negativos resultados".

26. En junio 23 de 1980 ICA insiste ante la empresa en sus peticiones, en comunicación GC-80-767, de la que se extracta lo pertinente:

"Volvemos respetuosamente ante usted con los problemas que estamos afrontando en la construcción de las obras de Chingaza, que se acumulan sobre nosotros de tal manera que afectan sin medida todas las previsiones económicas que razonablemente podríamos tomar y colocar en grave riesgo estabilidad misma del contrato".

(...).

"Nuestra petición es aún más angustiosa cuando se piensa que ya hemos ejecutado mayor cantidad de obra que la inicialmente contratada, que son dos años largos de plazo los que faltan para la ejecución de los trabajos, que la demora se debe a factores imprevistos y que si hace cinco años era insostenible una propuesta en dólares sin revisiones periódicas, hoy la situación se torna crítica. Al criterio suyo no escapará lo que significa para cualquier empresario trabajar a mediados de 1980 con los precios calculados sobre dólares de seis años atrás.

Sobre este tema se nos ha dicho que está en trámite la designación de un nuevo árbitro para integrar el tribunal. Respetuosamente le pedimos agilizar este proceso, en que sin duda no se admitirá nuestra intervención oportuna".

27. Por su parte la empresa contestó con oficio 294711 de julio 15 en los siguientes términos en la parte que interesa a esta providencia": ...

1. "Desequilibrio financiero del contrato y tribunal de arbitramento.

Los puntos relacionados con el alegado desequilibrio financiero del contrato, han sido presentados por ustedes y son motivo del pronunciamiento por parte del tribunal de arbitramento.

La honorable junta directiva de la empresa en su sesión del pasado 4 de julio acordó presentar a ustedes, por conducto de esta gerencia, en nombre del doctor Álvaro Esguerra Castillejo, para reemplazar al doctor Gabriel Melo Guevara, quien, como se sabe quedó inhabilitado para poder actuar como árbitro en el tribunal de arbitramento.

Quedamos a la espera de su pronunciamiento sobre el nuevo árbitro".

28. Con comunicación GC-80-781 de julio 22 de 1980 ICA dice a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá:

"Tribunal de arbitramento

Dejamos para tratar el último término el tema que nos parece más importante entre todos los de su comunicación, cual es el relativo a la propuesta que se nos hace para constituir el tribunal de arbitramento en el que venimos insistiendo desde hace más de un año y medio.

Queremos observar al señor gerente que sobre este particular no hemos hecho cosa distinta que adherir a los nombre de los muy distinguidos juristas que el acueducto ha propuesto a nuestra consideración. En el comienzo de

este proceso se nos pidió que asignáramos un árbitro, lo que hicimos señalando a un abogado de las eximias cualidades del doctor Fernando Hinestrosa Forero. Para nuestra sorpresa este distinguido profesional fue vetado por el acueducto, inclusive después de haber intervenido en algunas reuniones para discutir la marcha del tribunal.

Hechas esas observaciones, nos complace manifestarles que no podríamos tener objeción alguna al nombre del doctor Álvaro Esguerra Castillejo para reemplazar al doctor Gabriel Melo Guevara y que mucho nos honra adherimos a su nombre para la reconstrucción del tribunal que queda entonces integrado por los doctores Miguel Aguilera Rogers, Luis Carlos Neira A. y el doctor Esguerra Castillejo.

Cumplía esta ritualidad, le pedimos al señor gerente que dé instrucciones a su apoderado el doctor Rodrigo Noguera Laborde, para que en asocio del nuestro revise el documento de compromiso, cuyo texto se acordó hace largos meses, a fin de que podamos suscribirlo en el curso de los próximos días y de esta manera consignamos la iniciación de procedimiento arbitral que desatará la parte sustancial de nuestros reclamos”.

III. Arbitramento

1. Como queda visto, las partes, en desarrollo de la cláusula 37 del contrato 50-AB-II-18, suscribieron el día 8 de octubre de 1980 el compromiso arbitral.

2. Con fecha 22 de octubre, las partes conjuntamente, informan a los árbitros su designación como miembros del tribunal, y estos, dentro del término señalado por el artículo 667 del Código de Procedimiento Civil aceptan el cargo.

3. El 5 de noviembre y con plena observancia de las formalidades de la ley se llevó a cabo la sesión de instalación. En ella se eligió como presidente al doctor Luis Carlos Neira Archila; como secretario al abogado doctor Daniel Rivera Villate, se fijó la suma para gastos de funcionamiento y honorarios de sus miembros y del secretario, y se señaló la sede de sus reuniones.

4. Citadas las partes para la audiencia de que trata el artículo 671 del Código de Procedimiento Civil, por providencia que se les notificó personalmente, estas comparecieron al proceso el día 15 de diciembre, representadas por abogados inscritos y constituidos en debida forma así:

Los doctores Fernando Londoño Hoyos y Guillermo Alberto Londoño Hoyos como apoderados principal y sustituto en su orden y en los términos del artículo 66 del Código de Procedimiento Civil de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de conformidad con el poder conferido por el representante legal de la sociedad.

Los doctores Rodrigo Noguera Laborde y César Gómez Estrada, como apoderados principal y sustituto también en su orden y de conformidad con el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., en los términos de que da cuenta el poder conferido por el gerente de dicha entidad.

El tribunal reconoció la personería de los apoderados y examinados los documentos aportados al proceso, mediante auto de la misma fecha, que fue notificado a las partes en la misma audiencia de conformidad con lo prescrito por los artículos 10, 325 y 671 del Código de Procedimiento Civil se declaró competente para dirimir en derecho la controversia suscitada entre las partes por razón del contrato celebrado por ellas el 14 de marzo de 1975, respecto de las cuestiones planteadas en el compromiso arbitral como materia del arbitraje y, en consecuencia, dispuso avocar el conocimiento del proceso.

5. En audiencias celebradas los días 15 de diciembre de 1980 y 19 de enero de 1981 fecha esta última en que se reanudó el proceso cuya suspensión había sido decretada a petición conjunta de las partes, Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E. solicitaron sus pruebas, las que fueron decretadas y practicadas en su totalidad durante la etapa correspondiente.

6. El proceso continuó su trámite, culminando su instrucción el 27 de mayo de 1981 con la audiencia para oír las alegaciones de los apoderados, quienes durante el tiempo que les concede el artículo 671,6 del Código de Procedimiento Civil hicieron uso de su derecho, y entregaron, para que obren en los autos las síntesis de sus alegaciones.

7. Terminadas las intervenciones de los apoderados, el tribunal señaló el día 27 de julio de 1981, a las 2 p.m. para celebrar la audiencia de fallo.

Conviene aclarar que con facultades suficientes de sus poderdantes, las partes en sesión de 13 de mayo habían prorrogado el término de que trata el Código de Procedimiento Civil por dos meses más, o sea hasta el 5 de agosto, prórroga que fue aceptada mediante auto de esa misma fecha.

8. Cumplidos como se encuentran los trámites propios del proceso arbitral señalados en el Código de Procedimiento Civil que regulan la materia y no advirtiéndose causal alguna de nulidad, el tribunal procede a dictar su laudo, previas las consideraciones que surgen del estudio detenido de las piezas aportadas, tales como el contrato, y sus anexos, los documentos señalados en el contrato de compromiso, los dictámenes de los peritos y demás pruebas y los muy detallados alegatos de las partes en diferencia.

IV. Cuestiones materia de la decisión

Son las planteadas en el compromiso arbitral firmado el 5 de octubre de 1980. Concretamente la salvedad propuesta por ICA al contrato 50-AB-II-8; los hechos y peticiones contenidos en las comunicaciones citadas en dicho compromiso y que el señor apoderado de ICA sintetiza en su alegato de conclusión así:

1. “Reconocimiento por parte de la empresa de los sobre costos ocasionados por la emergencia económica nacional y la inflación mundial”.
2. Modificación de la fórmula de ajuste prevista en el contrato “de modo que resulte actualizada y satisfaga fielmente su objetivo (carta de dic. 13 de 1974)”.
3. “Absorción por parte de la empresa de las pérdidas reales sufridas por ICA hasta la fecha de las distintas comunicaciones”.
4. “Por obvias razones de su ubicación en el tiempo la más precisa de todas ellas (las cartas que sirven para fijar los límites del fallo) es la de mayo 22 de 1979, numerada GC-79-581”.

Pide finalmente que la sentencia se dicte “respondiendo favorablemente a las siguientes peticiones:

“Primera: a) Que se modifique el contrato celebrado entre ICA y la empresa, introduciéndole una fórmula de ajuste a la componente del pago en dólares escogida entre las que aparecen en el expediente, o la propuesta por los árbitros, o la que aparezca en el expediente, o la propuesta por los árbitros, o la que parezca equitativa al tribunal desde la iniciación de los trabajos, con índices básicos de marzo de 1974 (un mes antes de la licitación)”.

b) El pago de los sobre costos por el hecho del príncipe.

c) Indexación, intereses, costas y agencias en derecho”.

Primera petición subsidiaria:

a) Pago de las pérdidas comprobadas hasta la fecha en que a juicio del tribunal ICA ha debido correr algún riesgo de acuerdo con su propuesta, marzo de 1978 día final de construcción, o hasta cuando terminó de ejecutar la obra contratada, mayo de 1978, o hasta el vencimiento del plazo contractual, febrero de 1979.

b) Modificación del contrato desde la fecha que resulte elegida en adelante, introduciéndole la fórmula de ajuste a la componente en dólares de los pagos, con los índices básicos de marzo de 1974 (un mes anterior al de la licitación).

c) Pago de los sobre costos por el hecho del príncipe, desde la fecha a que se hace referencia en los puntos a) y b) hasta la terminación del contrato.

d) Indexación, intereses, costas y agencias en derecho.

Segunda petición subsidiaria

- a) Aplicación de una fórmula de ajuste en dólares a partir de la fecha que a juicio del tribunal ello resulte equitativo, con los índices básicos de marzo de 1974;
- b) Pago de las pérdidas reales sufridas por ICA hasta esa fecha;
- c) Pago de los sobrecostos por el hecho del príncipe desde la fecha anterior hasta la terminación del contrato.
- d) Indexación, intereses, costas y agencias en derecho.

Tercera petición subsidiaria

- a) Aplicación de una fórmula de ajuste en dólares a partir de la fecha que a juicio del tribunal ello resulte equitativo, con los índices básicos de marzo de 1974.
- b) Pago de las pérdidas reales sufridas por ICA hasta esa fecha.
- c) Pago de los sobrecostos por el hecho del príncipe, desde la fecha anterior y hasta la de resolución del contrato.
- d) Resolución del contrato a la fecha del fallo, o declaración de que ICA queda en libertad para solicitarla, reconociendo que tiene justa causa para ello.
- e) Indexación, intereses, costas y agencias en derecho.

Cuarta petición subsidiaria

La combinación de cualquiera de los puntos de la petición principal, con cualquiera de los puntos de las subordinadas, el decreto de cualquier medida que a juicio del tribunal conduzca al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, que es la que con este proceso se pretende.

V. Naturaleza del contrato

En el punto 4 de los antecedentes se hizo un breve resumen de las principales estipulaciones contenidas en el contrato objeto de este laudo, razón por la cual no se estima necesario reproducirlo. Si posteriormente hay que referirse a alguna o algunas de sus cláusulas, se hará la transcripción correspondiente.

VI. Las pruebas

Las partes hicieron uso de su derecho a solicitarlas, y dentro de la oportunidad procesal fueron decretadas y practicadas.

El material probatorio se puede clasificar en: prueba documental, prueba pericial, con intervención de peritos contadores, peritos economistas y peritos ingenieros civiles e inspección judicial.

A estas se hará referencia cuando sean apreciadas.

VII. Alegaciones de las partes

En la audiencia del día 27 de mayo de 1978 el tribunal oyó las intervenciones orales de los representantes de las partes, cuyo resumen escrito obra en el proceso.

Dijeron en síntesis los señores apoderados:

a) De ICA:

1. Que antes de firmarse al contrato, primero de palabra y luego por escrito ICA “planteó a la empresa la necesidad de adecuar la fórmula de ajuste prevista inicialmente, para que cumpliera el objetivo de cubrir los sobrecostos de construcción, violentamente desatados por sucesos acaecidos tanto en el plano internacional como en el nacional con posterioridad a la preparación y presentación de su propuesta”.

2. Que la empresa le prometió “solicita atención para sus pedimentos y reclamos una vez firmando el contrato... y hasta dejar entender que si no era posible modificar la oferta, sí sería posible modificar el contrato mismo con base en la teoría de la imprevisión...”.

“...la empresa no desconoce el derecho a que le sean estudiadas y resueltas las posibles situaciones de desequilibrio alegadas por ustedes ... inclusive, en el texto del contrato que se celebre, puede consignarse una salvedad de la firma ICA a ese respecto (negrilla en el alegato).

3. Que después de innumerables conversaciones y peticiones escritas, insistiendo en sus reclamos, dos años y medio después la empresa propuso la constitución de un tribunal de arbitramento para que las resolviera, y que ...”por las dilaciones de la empresa, (solo se logró la constitución del tribunal más de dos años después, en dic. de 1980). De modo que cuando al firmar contrato el 14 de marzo de 1975 se le concedió a ICA un plazo de cuantos años para construir Chingaza, la empresa, quebrantando expresos compromisos, se tomó uno de casi seis para resolver sobre peticiones que ya tenía el contratista presentadas con anterioridad ...”.

4. Que la obra o adicional imprevisible y no imputable a ICA ... “ha representado altísima proporción sobre la original e influido notoriamente en el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato”.

5. Que tentativamente la obra solo quedará concluida en marzo de 1983, “previa inversión adicional de Col. \$ 186.605.000 y US\$ 4.500.000 a precios unitarios al origen del contrato. Así que, en materia de tiempo, tomará el de ocho años, exactamente el doble del previsto en el contrato, por causas no imputables al contratista ...”.

6. “Que en donde está planteada abiertamente la controversia, es en el hecho de haber sido ICA sometida a construir obra sin ningún reajuste por valor de US\$ 33.450.520.10, con un aumento por trabajos ordenados adicionalmente de US\$ 12.219.211.10, durante un período de 8 años, igual al doble del presupuestado, y señalado como el de la más aguda inflación de costos desde la segunda guerra mundial ...”.

7. Que para elaborar su propuesta ICA se basó en cálculos y proyecciones que la industria de la construcción tenía establecida y perfeccionada a nivel mundial, siguiendo las tendencias de ciertos índices utilizados en los Estados Unidos de Norteamérica.

Con estas informaciones la propuesta, como era admisible y usual, inclusive, propuso sin fórmula de ajuste para pagar en dólares, dada la tradicional firmeza de esa moneda.

8. Que justamente a mediados de 1974, por “razones imprevisibles —principalmente relacionadas con la crisis petrolera y la de alimentos, así como graves hechos de fuerza y amenazas de enfrentamientos armados— alteraron sustancialmente el orden económico mundial”, produciendo fenómenos desfavorables que afectaron profundamente la oferta de construcción que ICA acaba de presentar.

9. Que al “inesperado viraje de la economía se sumó en el país un hecho igualmente imprevisible y modificador de las condiciones internas; el de estado de emergencia económica decretado por el gobierno ...” tomando este “numerosas medidas que encarecieron el costo de construcción de Chingaza”, tales como el de los intereses sobre la cesantía, la reestructuración del impuesto a las ventas y el 2% sobre la nómina para el Instituto de Bienestar Familiar...

10. Que se ha comprobado “una pérdida total en la ejecución de la obra, hasta noviembre de 1980, de Col. \$ 320.853.420.40...”.

11. Que ICA ha planteado la reparación de su largo perjuicio por cualquiera de las dos únicas vías posibles: “la fijación de una fórmula razonable de reajuste para la parte del contrato pagadera en dólares, desde la fecha de su firma y hasta la terminación de las obras, y el reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por el hecho del príncipe”, también hasta la terminación de la obra, que a diciembre de 1980 ascendían a Col. \$ 47.589.748.80; o el resarcimiento de la pérdida en la ejecución del contrato comprobada mediante peritazgo a fecha que no resulte posterior al 13 de febrero de 1979, así como la incorporación de una fórmula razonable de reajuste para la parte pagadera en dólares desde ese día y hasta la terminación de las obras, y el reconocimiento de los sobrecostos que también de esa fecha en adelante seguirá ocasionando el hecho del príncipe”.

Sintetiza su alegato con los siguientes conceptos:

“1. De acuerdo con lo exigido por la propia empresa en los pliegos de condiciones, ICA ofreció construir Chingaza sin reajuste para el pago de dólares en un término de cuarenta (40) meses, a partir de noviembre 4 de 1974 y hasta marzo 15 de 1978. Por lo tanto, al recibir noticias sobre la adjudicación del contrato apenas el 2 de diciembre de 1974, y al expresar de inmediato su reclamo por el cambio radical de las condiciones que prevalecieron históricamente hasta por la época de su propuesta —julio 5— lo apoyaba frente a cualquier eventualidad en el incumplimiento de la empresa, o sea en la invalidez de una oferta no aceptada oportunamente; solo la manifiesta disponibilidad de la empresa para oír razones y enderezar cargas tan pronto se firmara el documento, llevó a ICA a aplazar una discusión sin riesgos para cuando ya estuvo atada a obligaciones irreversibles.

2. En nada contribuyó esa amistosa y desprevenida actitud a mover la empresa al cumplimiento de un solemne compromiso que dilató cuanto pudo hasta por seis (6) largos años “Término muy superior al previsto para la construcción misma provocando de paso y temerariamente una elevada acumulación de pasivos”.

3. ICA respondió otra vez con noble y profesional comportamiento, desarrollando la obra mientras se le negaban sus derechos con reconocida pericia y anticipándose en varios meses al plazo contractual en cuanto a la cantidad originalmente ordenada; “llegando a la conclusión que no se ha presentado incumplimiento de los plazos”, dirán los peritos ingenieros para absolver una pregunta de la empresa que aún se propuso trabajar la duda contra toda evidencia, también en este aspecto.

4. Los fenómenos imprevistos e imprevisibles que produjeron una inflación de costos sin antecedentes en la historia económica mundial del presente siglo, arrastrando la caída del dólar como patrón monetario internacional, y las gravísimas perturbaciones en la economía interna, suficientemente señaladas por el gobierno del Presidente López para justificar la aplicación del recurso constitucional extraordinario de la declaratoria de la “emergencia económica” en septiembre de 1974, se precipitaron justamente entre la fecha en que ICA presentó su oferta —julio 5 de 1974— y la de adjudicación del contrato —diciembre 2. De modo que no pudo ICA tomarlos en cuenta cuando propuso, ni podía ignorarlos cuando la empresa le aceptaba extemporáneamente; para entonces, el riesgo había cedido sitio a la certeza de un revés financiero, y se estaba frente a un contrato en el que en lugar de un alea iba la seguridad de una pérdida cuantiosa.

5. Con base en los poderes exorbitantes de la administración, reiterados por cláusula contractual, la empresa fue exigiendo la construcción de obras adicionales en cantidad tan desproporcionada que ya dobla la originalmente prevista, razón por la cual resultará también doblado el tiempo de su ejecución. Así, fríamente, no solo ató a un contratista liberado de compromiso por una aceptación extemporánea de su oferta, con vanas promesas de reparación incumplidas durante 6 años, sino que le agregó otro tanto de lo que con razón protestaba hacer, sometiéndolo a unos riesgos igualmente duplicados por el tiempo.

6. Además de toda expectativa de justa utilidad —sin lo cual trabaja ICA desde hace seis (6) años en una obra de las dimensiones, los requerimientos técnicos y los riesgos de la de Chingaza— tiene pérdida también el contratista enorme suma que a diciembre de 1978 ascendía a Col. \$ 213.009.611 y hoy a más de trescientos millones, plenamente comprobada por dictamen pericial indiscutido.

7. La teoría de la imprevisión que viene resueltamente a nivelar los términos de un contrato gravemente descompensado por hechos imprevisibles, tendrá que aplicarse en sus mandamientos de reparaciones básicas, pero solamente hasta una fecha que la equidad del fallo sabrá determinar, si es que no se acoge la petición de introducirle al contrato una fórmula de reajuste razonable desde el día de la celebración, como si ICA no hubiera interpuesto su renuencia a firmarlo, no lo hubiera suscrito fiada en las promesas de la empresa y como si hubiera aceptado en áleas, teniendo a la vista el desequilibrio que denunció anticipadamente; pero esa fecha no podrá ser posterior al 13 de febrero de 1979, en la que terminó para ICA todo compromiso contractual de trabajo sobre una obra que ofreció terminar en marzo de 1978 —limitando así en el tiempo y expresamente cualquier riesgo— y que por las demoras iniciales de la empresa concluyó en mayo de ese mismo año, a partir de la cual no se podrá menos de incorporarle al contrato una fórmula de reajuste adecuada, tomándola de una de las muchas que obran al expediente o según el buen criterio del tribunal.

8. En cuanto se posponga el momento para que comience a operar una fórmula de reajuste suficientemente estabilizadora —como la que incluyen todos los contratos de construcciones públicas celebrados en Colombia luego del 5 de julio de 1974, sin excepción ninguna— por más largo tiempo se condenará a ICA a trabajar en obras adicionales ordenadas sin la debida retribución, y mayor ventaja lograrán las actitudes dilatorias de la empresa, finalmente favorecidas con la arbitraria extensión de una obra liquidada o pérdida o exclusivamente por su costo básico.

9. La suma de dinero que la empresa deba pagar a favor de ICA por orden del honorable tribunal, forzosamente tendrá que comprender la indexación y el interés. No podrá ser restituida ICA en el derecho que se le reconozca, sino restableciéndole al dinero la capacidad adquisitiva de cuando le fue debido y compensándola por la prolongada privación en el uso de ese capital”.

b) De la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

1. Primer reclamo de ICA: La solicitud del contratista para que “se actualice la fórmula de ajuste de pagos, resulta bastante incomprensible. Por qué unas medidas relacionadas con un aumento de impuestos podrían “desactualizar” una fórmula matemática de ajuste de pagos”. Conviene destacar que “lo único que pide el contratista es una revisión de dicha fórmula de ajuste ...” (resalta el Dr. Noguera Laborde).

2. Segundo reclamo: ... “El contratista insiste ... en que se actualice la fórmula de ajuste de pagos ...; la fórmula debe, en primer lugar, ajustar el 100% de la parte en pesos ... y de otra parte, debe incluir no solo el aumento de precios de tres materiales de construcción (hierro, cemento y gasolina) sino de todos ellos de acuerdo con los índices que publica la revista del Banco la República”.

“...nada se solicita en cuanto al ajuste de pagos en la parte correspondiente a moneda extranjera”.

3. Tercer reclamo: “Carta de 27 de enero de 1975 ... es una especie de cuantificación de los reclamos expuestos en las anteriores para buscar demostrar la necesidad de rectificar la fórmula contractual de ajuste de pagos”.

“No se contiene, pues, tampoco ningún reclamo sobre ajuste de pagos de la moneda extranjera”.

4. Cuarto reclamo: Insiste el contratista sobre el reclamo anterior.

5. Quinto reclamo: “se insiste ante la empresa en el pago de los supuestos ”extracostos” causados ... a raíz de la emergencia económica declarada por el gobierno...”.

6. Sexto reclamo: “...el contratista le da un vuelco total a sus reclamos anteriores. Ya no se insiste en que la fórmula contractual de reajuste de pago es imperfecta. Ahora lo que se pide, y el punto es nuevo, es que como la inflación norteamericana desbordó las previsiones que el contratista afirma haber tenido en cuenta para preparar su propuesta dentro de la licitación, la empresa debe pagarle los sobrecostos derivados de este concepto”.

7. Estudia cada uno de los reclamos y piden que sean negados por el tribunal.

Dice en una parte de su alegato que por las razones que acaban de exponerse, fincadas en elementales pero profundos cimientos que sustentan la noción de contrato, el honorable tribunal habrá de rechazar de entrada las pretensiones de ICA en relación con la cláusula de reajuste del precio en pesos colombianos del contrato. Pero si quiere darle más motivaciones a su decisión en tal sentido, ahí están las que atrás se dieron al analizar en detalle la fórmula cuya variación se pretende, con las cuales se dejó demostrado cómo dicha fórmula no adolece de las deficiencias que ICA le imputa.

8. El capítulo tercero de su alegato se intitula “el pretendido desequilibrio financiero provocado por la supuesta incorrección de la fórmula contractual de ajuste de pagos” y de él se extracta lo que sigue.

Según el contratista, los sobrecostos no recogidos por la fórmula matemática de ajustes de pagos son del orden de 432 millones de pesos, de los cuales la fórmula de ajuste solo recoge aproximadamente 276 millones, quedando un saldo insoluto de 156 millones aproximadamente. Pero ello no fue así, porque “para el último día de enero de 1979, el ajuste pagado al contratista alcanzó nada menos que la cifra de Col. \$ 543.630.090 contra los Col. \$

432.345.000 que el contratista estimó como extracostos probables, lo cual quiere decir que dicha fórmula de ajuste no solamente canceló los Col. \$ 155.985.000 que el contratista estimaba quedarían insolutos, sino que ella le produjo un incremento (sobrante) de Col. \$ 111.285.090 lo que significa que el reclamo de \$ 155.985.000 quedó obsoleto”.

9. En el capítulo cuarto “los pretendidos sobrecostos causados por una inflación imprevisible en los Estados Unidos de Norteamérica” el señor apoderado de la empresa estudia el reclamo de ICA por razones de la inflación monetaria en ese país y su incidencia en la obra de Chingaza.

Luego de una amplia consideración del tema concluye “...no es pertinente medir los costos del proyecto Chingaza en función de los dólares para traer a cuento su devaluación en Estados Unidos como argumento para romper el contrato celebrado. El proyecto Chingaza hay que medirlo, en cuanto a costos se refiere, en pesos colombianos porque se trata, repito, de una obra que se ejecuta en Colombia con materiales colombianos y mano de obra colombiana. La economía de los Estados Unidos, salvo en lo que se refiere a maquinaria, para lo cual se otorgó el anticipo, nada tiene que ver en este caso con la economía colombiana”.

Estudia luego la teoría de la imprevisión y precisa que para que se configure son necesarias las siguientes condiciones:

1. Que el suceso invocado sea anormal e imprevisible.
2. Que sea independiente de la voluntad de quien lo invoca.
3. Que el déficit ocasionado por el hecho imprevisto “supere con creces la máxima previsión que el contratista hubiera hecho para cumplir los riesgos o áleas del contrato...”.

Al analizar estos requisitos sintetiza su pensamiento así:

- A. La inflación de los Estados Unidos no era imprevisible. Esta venía desde el año de 1970 y era un hecho notorio que no requiere prueba;
- B. Esa inflación no fue posterior sino anterior “en un año y dos meses a la celebración del contrato, ... a la apertura de la licitación, al cierre de la misma y a la fecha de la comunicación de la adjudicación...”.
- C. No está demostrada la excesiva onerosidad como dice el artículo 868 del Código de Comercio.

En efecto, por exigencia del pliego de condiciones, al elaborar la propuesta el contratista tuvo que llevar implícito en sus precios un porcentaje para riesgos, que en Colombia en ese tipo de obras no es menor del 10%. Añade “...el valor del contrato iba hasta el 30 de noviembre de 1980 en la cantidad de Col. \$ 1.003.028.191.04, más US\$ 27.521.213.82 más los ajustes de pago. Es decir, aproximadamente 2.000 millones de pesos, más los ajustes correspondientes a los pesos. El 15% de estos 2.000 millones de pesos sería 300 millones que representarían aproximadamente los imprevistos y la utilidad. Y como los peritos contables dicen que hasta noviembre 30 de 1980 (sic) las pérdidas acumuladas por ICA eran de 320.8 millones de pesos, prácticamente se equilibraría una cosa con la otra, en todo caso sin configurarse la “excesiva onerosidad”.

10. El capítulo quinto “los reclamos fundados en la teoría del hecho del príncipe está dedicado a demostrar que esta teoría no tiene aplicación en el caso material de este laudo, porque ella solo tiene aplicación “...cuando la administración contratante ... toma una medida de carácter especial (no general) que agrava las cartas del contratista; más ella no tiene cabida cuando la medida proviene, ... de órganos de la administración distintos del que ha celebrado el contrato...”.

En este caso concreto lo que procede invocar es la imprevisión.

Agrega que aceptando, en gracia de discusión que hubiera sobrecostos por las medidas del gobierno... “tales sobrecostos fueron cancelados ... por la aplicación de la fórmula de reajuste de pagos...” (los resaltados son del Dr. Noguera).

11. En el capítulo siguiente objeta el dictamen de los peritos contadores y afirma que el contratista no ha aprobado la existencia de los sobrecostos financieros que reclama. Hace un análisis del valor probatorio de los libros de contabilidad y concluye con que estos no tienen valor alguno en este proceso porque, entre otras razones... “no versa sobre cuestiones mercantiles...” sino que se trata de un contrato administrativo de obra pública. Acompaña copia de una sentencia en un tribunal de arbitramento en que se debatió un tema semejante y en el que dicho tribunal negó el valor probatorio de los libros de contabilidad del contratista.

12. El capítulo séptimo está dedicado íntegramente a comentar el dictamen de los peritos ingenieros para concluir que “el contratista no solamente no ha demostrado en este juicio haber sufrido pérdidas por concepto de la inflación en los Estados Unidos de Norteamérica, sino que se le ha demostrado sobre la base de los mismos documentos de ICA, lo contrario. Es decir, que resulta imposible que ICA haya tenido pérdidas.

13. Por considerarlo pertinente se transcribe en su integridad el resumen de su alegato:

Resumen

“85. Todo lo expuesto, señores árbitros, puede resumirse de la siguiente manera. Los reclamos del contratista concretamente se reducen a tres, según el contrato de compromiso. El primero consiste en supuestas imperfecciones de la fórmula contractual de ajustes, que en sentir del contratista limita, en primer lugar, dichos ajustes a un 75% del incremento de los costos y, en segundo lugar, a que para tales fines solo toma en cuenta tres materiales de construcción en lugar de adoptar el índice de incrementos de todos los materiales de construcción publicados por la revista del Banco de la República. Agrega el contratista que las citadas imperfecciones de la fórmula fueron provocadas por los decretos de emergencia expedidos por el Gobierno Nacional en el segundo semestre del año de 1974.

“Atrás se explicó cómo esas supuestas imperfecciones de la fórmula eran completamente falsas. La primera, porque la fórmula ajusta el 100% de las partes componentes del valor del contrato que han experimentado aumentos de costos. Si ella limitó el alcance del ajuste, ello fue debido a que como los precios unitarios, por exigencia del pliego de condiciones y del contrato, deben reflejar todos los costos, de estos deben entonces deducirse los que no deben tener ajustes, como los correspondientes a la utilidad del contratista (estimada por este, según su dicho en un 5%); a la previsión para riesgos, que no puede calcularse en menos de un 10%, como es lo usual en este tipo de obras, y al valor del anticipo (15% del valor estimado del contrato), lo que suma un 30%. De otro lado, es lógico que los precios unitarios son la suma de todos los componentes que el contratista tuvo en cuenta para llegar a ellos. Por ejemplo, el precio unitario de excavación de túneles debe necesariamente tener como componentes con sus respectivos valores: mano de obra, maquinaria, combustible, madera, dinamita, etc. Ahora bien, es evidente que al multiplicar el precio unitario por el índice de ajuste correspondiente, quedan multiplicados por este mismo índice todos los componentes de tales precios, como antes se expuso. Luego, la fórmula de ajuste, no solamente actualiza el valor de los precios unitarios, sino el valor de cada uno de los componentes del mismo. Luego, resulta completamente erróneo afirmar que para que la fórmula contractual sea adecuada deben figurar en ella todos los índices de crecimiento de todos los materiales de construcción. Esta es una afirmación fundada en una ignorancia sobre funcionamiento de una fórmula de ajuste de precios. Tal fórmula, por lo demás, recoge con creces la inflación interna, como se demostró con el dictamen de los peritos ingenieros.

“Pero estas consideraciones sobran por una sencilla razón de orden jurídico. La fórmula de ajuste de pagos se consignó en el pliego de condiciones, ley de la licitación. En el supuesto de que ella fuera imperfecta, tal imperfección fue conocida desde antes de la propuesta, y con esta no se hizo ninguna observación o desviación sobre tal punto. Fue, pues, aceptada como buena y adecuada. Sobre esa base concursaron todos los proponentes. ¿Cómo puede ahora pedirse el cambio de ella? ¿No equivale tal petición a un cambio del pliego de condiciones en forma *ad hoc* que rompería por lo mismo el principio de igualdad bajo el cual concursaron en la licitación todos los proponentes? Y en cuanto a que los decretos sobre la emergencia económica del año 1974 fueron los causantes de las imperfecciones posteriores de dicha fórmula, eso no se ha demostrado. No se ha hecho ver la relación de causa a efecto entre lo uno y lo otro. Se trata, pues, de un argumento sin base de ninguna especie.

“86. El segundo reclamo consiste en que al contratista se le crearon una serie de cargas nuevas, que no pudo haber previsto, causantes de sobrecostos, tales como los intereses a las cesantías, la contribución para el Instituto de

Bienestar Familiar y el aumento del impuesto a las ventas. El fundamento jurídico de esa reclamación se apoyó en la doctrina del hecho del príncipe o hecho de la administración. Se explicó en su momento que ese fundamento jurídico no existe en el caso del mencionado reclamo, pues solo hay hecho del príncipe o hecho de la administración cuando es la misma entidad contratante la autora de las medidas que generan los sobrecostos. Se explicó también que este reclamo tampoco podía apoyarse en la teoría de la imprevisión, pues no se reúnen los requisitos o condiciones para que ella opere. Se agregó, igualmente, que al producir las medidas anotadas un encarecimiento de las mercancías y de los salarios, tales encarecimientos quedaron absorbidos por la fórmula de ajuste de pagos. Finalmente, se anotó que medidas de carácter general, como las que sirven de apoyo al contratista para fundar su reclamo, no generan la obligación de indemnizar, porque son cargas universales, no especiales o particulares, que, por lo mismo, colocan a todos en un pie de igualdad.

“El tercer reclamo, finalmente, se funda en que el contratista no pudo prever la inflación que en forma galopante se desató en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del año de 1974. El contratista apoya este reclamo en estos dos hechos: a) que el contrato no tenía fórmula de ajuste para el pago de los dólares correspondientes aparte de los precios unitarios, y b) que si bien previó la inflación que ya venía en los Estados Unidos de Norteamérica su previsión quedó corta. La réplica fue sencilla, limitándonos a lo sustancial de ella.

“Al advertir que los pagos en moneda extranjera no tendrían ajuste, se advirtió igualmente que los riesgos correspondientes estaban a cargo del contratista, resultando imposible jurídicamente que este pudiera trasladarlos a la empresa porque ello equivaldría a otro cambio del pliego de condiciones. Asumió, pues, el alea correspondiente: ganar o perder según sus previsiones. En cuanto a que a estas le resultaron cortas no está probado porque el contratista jamás dio cuenta, como lo expresan los peritos ingenieros, cuáles fueron ellas. En el caso de que hayan sido las que vino a manifestar en este juicio, pues hay que tener en cuenta que según los peritos economistas fueron equivocadas, porque no se ciñeron a los hechos ya existentes desde principios de 1974, seis meses antes de la presentación de la propuesta. Por lo demás, bien demostrado quedó que en este caso tampoco se configuró la teoría de la imprevisión, por ausencia de los requisitos exigidos para que ella tenga operancia.

“Finalmente, se anotó en este alegato que la sustancia de los reclamos del contratista consiste en un intento de convertir un contrato a precios unitarios fijos y globales, en otro por administración delegada. Porque si la empresa que representó tuviera que asumir el pago de todos los sobrecostos del contratista, reales o imaginarios, de modo que este escapara a los riesgos inherentes a su condición de contratista, habría que deducir que el contrato celebrado lo fue por administración delegada y no a precios unitarios y globales fijos.

Las pretensiones del contrato, sea cual fuere el aspecto bajo el cual se les analice son, pues, jurídicamente inconducentes.

87. Por tales razones, solicito muy respetuosamente del honorable tribunal se nieguen dichas pretensiones, se absuelva a la empresa que represento de tales cargos, y se condene en costas al contratista.

VIII. Consideraciones del tribunal

1. Reclamos de ICA. Como se ha dicho anteriormente, ICA en su comunicación GC-79-81 del 22 de mayo de 1979 precisó las reclamaciones que había formulado de tiempo atrás a la empresa y manifestó que “aunque en el fondo el problema es uno solo y el mismo, tiene dos aspectos bien definidos, que vale la pena se traten y estimen por separado, puesto que su nominación en la ley, la doctrina y la jurisprudencia suele ser diferente, como así también, algunos de sus efectos”. De acuerdo con lo anterior y desde el punto de vista del origen del desequilibrio económico del contrato divide su reclamo en dos aspectos: el hecho del príncipe y la onerosidad sobreviviente. En el primer capítulo se refiere a disposiciones que vinieron a modificar las cargas de ICA y que consisten en normas sobre impuestos de renta a cargo del personal extranjero (D. L. 2073/74); cuota del 2% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (L. 27/74); intereses sobre las cesantías (L. 52/75); y aumentos en los impuestos de ventas (D. L. 1988/74). En el capítulo segundo señala que la fórmula de ajuste del contrato quedó desactualizada por la “pavorosa crisis de inflación con recesión que los economistas llaman estagflación” y se refiere específicamente a la “vertiginosa pérdida del poder adquisitivo del dólar” que le hizo perder su calidad de patrón monetario internacional y a la revaluación del peso colombiano frente al dólar.

Y en cuanto a las reclamaciones en sí misma solicita el reconocimiento por parte de la empresa de los sobrecostos imprevisibles con que ha corrido a lo largo de la ejecución del contrato y para cubrir el futuro desarrollo del mismo su modificación o adición “para incluir en la cláusula de ajuste los pagos que recibimos en dólares de los Estados Unidos, o para ampliar la que está vigente de tal modo que sirva de correctivo eficaz a las desviaciones que en lo futuro se produzcan en los precios reales sobre nuestra propuesta original”.

Para este tribunal resulta incuestionable que las reclamaciones antes enumeradas constituyen la materia propia de su competencia en cuanto en el contrato del 8 de octubre de 1980 se dijo expresamente que los puntos o diferencias que se someten a su decisión están contenidos, entre otras, en la citada comunicación GC-79 del 22 de mayo de 1979. Sin embargo, para un mayor abundamiento se hace referencia enseguida a otras oportunidades en que ICA había presentado tales reclamaciones:

- a) En carta CG-74-007 del 13 de diciembre de 1974 al referirse a la adjudicación del contrato manifestó que “debido a las disposiciones económicas posteriores al período mayo-junio de 1974 en que se preparó nuestra propuesta, que obviamente causan importantes sobrecostos en nuestro presupuesto imposibles de haber sido previstos, y también con base en nuestra experiencia en Colombia, solicitamos que la fórmula para el ajuste de pagos sea estudiada de modo que resulte actualizada y satisfaga más fielmente su objetivo”.
- b) En carta CG-75-012 del 14 de enero de 1975 al contestar la objeción de la empresa a la modificación de la cláusula de ajuste dijo que “a partir del segundo semestre de 1974 se han presentado y agudizado situaciones económicas muy serias tanto nacionales como internacionales, que lógicamente deben considerarse causas de fuerza mayor, con lo cual se tendría la justificación legal de la sustitución”. Analiza enseguida las consecuencias de la emergencia económica y otros factores de orden internacional y agrega que “los precios unitarios de nuestra propuesta están integrados prácticamente por partes iguales en pesos y en dólares. De la mitad en pesos colombianos la fórmula actual solo ajusta el 75%. Ante la situación inestable y de aumento constante en los precios y al no tener en el contrato fórmula de ajuste para la componente en dólares como ya se tiene actualmente en Colombia en otras obras de este tipo, creemos de estricta lógica que cuando menos se ajuste la totalidad de la componente local y no únicamente el 75% de ella, lo cual se consigue con la fórmula que proponemos”;
- c) En carta GC-75-068 del 27 de agosto de 1975 insiste en sus reclamaciones y luego de referirse al impuesto de renta a cargo del personal extranjero y a los aportes para el Instituto de Bienestar Familiar analiza los sobrecostos ocasionados por hechos imprevisibles originados con posterioridad a la propuesta y dice que “tales circunstancias fueron motivadas entre otras causas por la emergencia económica nacional; la devaluación oficial de la moneda, que en forma acelerada se inició a partir de agosto de 1974; el reflejo indirecto en los costos de construcción, de la reforma tributaria de septiembre de 1974; la inflación mundial y su natural repercusión en la economía del país; crearon la situación de desequilibrio prevista en la salvedad consignada en el contrato”, y
- d) En carta GA-76-134 del 28 de febrero de 1976 se refiere a la expedición de la ley 52 del 18 de diciembre de 1975 que obliga a los patronos a reconocer y pagar a sus trabajadores intereses sobre las cesantías.

Las comunicaciones anteriores, con excepción de la última, forman parte de los puntos o diferencias indicadas en el contrato del 8 de octubre de 1980 por medio del cual se le dio desarrollo a la cláusula 37 del contrato 50-AB-II-8 del 14 de marzo de 1975 sobre arbitramento.

2. El hecho del príncipe. Como queda expuesto ICA ha considerado como un Hecho del príncipe la expedición de normas legales relacionadas con los aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los intereses de las cesantías y los aumentos en el impuesto de vetas ICA en carta GC-79-613 del 13 de agosto de 1979 había desistido de su reclamación sobre impuesto de renta a cargo del personal extranjero. El apoderado de ICA en sus alegaciones finales en este arbitramiento dijo a este respecto:

“Es disputa bizantina la de discutir si las cargas se deben al Hecho del príncipe o a la imprevisión, pues de todos apodos serán de cuenta del administrador. En el caso de este contrato el asunto es todavía más sencillo, porque los pliegos fueron doblemente explícitos en exigirle al proponente que midiera todas las circunstancias que podían afectar su obra, especialmente las normas vigentes en la República de Colombia (cláusula cuarta del contrato). A *contrario sensu*, las sobrevinientes no tenían por qué gravar al contratista ni eran parte de su riesgo. Pero bien que

ello es así, no resisto la tentación de demostrar a mi contraparte que en el estado actual de la doctrina las normas generales sí se consideran hecho del príncipe, con derecho a la recuperación integral de las cargas que impusieron”.

Los diversos tratadistas de derecho administrativo coinciden en que la ejecución de un contrato de esa naturaleza puede resultar afectado por actos o hechos de la misma administración que hagan más gravosa la situación del co contratante. Algunos de ellos destacan como en cuanto a la precisión de esta doctrina hay una desorientación al determinar esos actos o hechos que pueden caer dentro de su comprensión. Los efectos mismos que se le reconocen al hecho del príncipe en el sentido de permitir una indemnización total del perjuicio sufrido son razones explicativas del interés en comprender en el mismo todos los actos o hechos de la administración, distinciones ni precisiones especiales.

El profesor Francis-Paul Benoit en su obra *El Derecho Administrativo Francés* (Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977, págs. 775 y ss.) expresa que “por hecho del príncipe conviene entender los actos jurídicos y las operaciones materiales que tienen repercusiones sobre el contrato, y que han sido efectuadas por la colectividad que ha concluido el contrato, pero actuando en calidad distinta de la del contratante”. Más adelante agrega: “En cuanto a esta distinción entre hecho del príncipe y actos del legislador, es, en principio, muy fácil de realizar. Toda la noción de hecho del príncipe está, en efecto, relacionada con la de colectividad y competencia; hay hecho del príncipe cuando las autoridades de una colectividad, en cuyo nombre una de ellas ha usado de su competencia para concluir un contrato, toman, en razón de otra competencia de las que están también investidas, una decisión que tiene consecuencias sobre la ejecución del contrato. El hecho del príncipe implica la aplicación, dentro de una misma colectividad, de dos competencias diferentes. Cuando faltan estas condiciones —unidad de colectividad, dualidad de competencia— no puede haber hecho del príncipe”.

En este mismo sentido se expresa Miguel S. Marienhoff en su tratado de derecho administrativo (Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970, T. III-A pág. 477) cuando dice que “la responsabilidad estatal por “hecho del príncipe”, que encuentra fundamento en el “alea administrativa”, puede resultar del hecho o del acto de “cualquier órgano esencial del Estado o de cualquiera de sus reparticiones; del mismo modo, la responsabilidad estatal que se hace efectiva mediante la “teoría de la imprevisión” halla fundamento en la llamada “alea económica”, cuya creación “no” depende de actos o hechos concretos del Estado. “A raíz del acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal perteneciente a un mismo orden jurídico (es decir al orden nacional o al orden provincial), se trate o no de la autoridad pública que intervino en la celebración del contrato, el co contratante puede requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del “hecho del soberano” (“hecho del príncipe”, “Fait du prince”). Esto nos coloca frente a la llamada “alea administrativa”.

En la “teoría de la imprevisión”, en cambio, la reparación que recibe el co contratante no es integral, sino parcial, y se vincula a la llamada “alea económica”, que no es imputable específicamente al estado. Más adelante expondré los fundamentos de tales afirmaciones (Nº 771, *in fine*).

“Tampoco cuadra hacer distinción alguna entre actos estatales de carácter o alcance “general” o “particular”, pues la teoría del “hecho del príncipe” solo se aplica tratándose de actos de carácter o alcance “general”. Los actos del alcance “particular” dan lugar a la “responsabilidad contractual” del Estado”.

Las citas anteriores sirven para precisar como las decisiones o hechos de la administración pueden influir en la ejecución de un contrato administrativo de tres maneras diferentes: si provienen de la misma entidad contratante y tienen el carácter particular, que solo afecta al contratista, quedan comprendidas dentro de la responsabilidad contractual; si emanan de la misma entidad contratante o de autoridades de su misma esfera configuran el hecho del príncipe; y si corresponden a autoridades de una esfera diferente quedan encuadradas dentro de la teoría de la imprevisión.

En el caso concreto se trata de normas legales expedidas por autoridades de una esfera diferente a la empresa luego no pueden ser comprendidas dentro de la teoría del hecho del príncipe.

Es importante destacar que los sobrecostos originados en el alegado “hecho del príncipe” tienen una completa prueba en este proceso. El apoderado de la empresa en el resumen de sus alegaciones orales, al impugnar los libros

de contabilidad del contratista, dice que los medios de prueba “conducentes eran otros y muy sencillos por cierto: en relación con los pagos al Instituto de Bienestar Familiar, los correspondientes recibos que especificaran que los pagos por tal concepto se hicieron respecto de los trabajadores vinculados a la obra de Chingaza; en cuanto el pago de los intereses sobre cesantías ha debido establecerse primeramente el valor de las nóminas mensuales para solicitar después a los peritos la liquidación de esos intereses o dejar ese punto para que el honorable tribunal lo calculara, y el pago del impuesto a las ventas, también con los respectivos recibos, donde constara que esos impuestos se sufragaron por artículos destinados a las obras de Chingaza”. Sin embargo, los documentos a que él se refiere fueron incorporados al proceso según auto del 19 de 1981. Pruebas pedidas por Ingenieros Civiles Asociados S.A., ordinal 1º y corresponden a la prueba documental presentada en la audiencia del 15 de diciembre de 1980 bajo el literal C. resumen contable. Además, los peritos contadores presentaron tales documentos como anexo a su dictamen (cdno. 3-X).

En estas condiciones es claro que las disposiciones legales fueron expedidas y que el valor o repercusión de las mismas dentro de la ejecución del contrato está plenamente determinada. Otra cosa es su calificación en la cual el tribunal considera que no constituye un hecho del príncipe, conforme a la definición que del mismo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, y que deben analizarse posteriormente en el capítulo relativo a la teoría de la imprevisión.

3. La excesiva onerosidad. El ordenamiento jurídico de los contratos de carácter administrativo difiere fundamentalmente del relativo a los contratos de derecho privado ya que en unos y otros entran en juego intereses de muy distinta naturaleza. En el caso de la contratación de derecho privado los contratantes persiguen sus intereses particulares, es decir, hay un enfrentamiento entre los fines buscados individualmente por cada parte contratante. En cambio en el contrato administrativo el contratante particular busca su beneficio o interés individual, mientras que la administración contratante persigue la satisfacción de las necesidades generales de la comunidad. Mientras un contratante persigue un interés particular el otro, la administración, busca un interés general. Desde ese punto de vista es explicable el régimen de las facultades y derechos que le corresponden a la administración en la celebración y ejecución del contrato y lo mismo las cargas y derechos del contratante particular. Dentro de este orden de ideas y mirando a la finalidad que se persigue a través del contrato administrativo se reconocen facultades llamadas exorbitantes a la administración, como las relacionadas con su derecho de modificación del contrato, de imponer unilateralmente multas y sanciones al contratista y aún de declarar la terminación (caducidad) del contrato.

Con la finalidad de preservar la conmutatividad de los contratos administrativos se ha desarrollado el principio del equilibrio financiero del contrato para buscar una equivalencia en las cargas y en los derechos de los contratantes, llegando a constituir una de sus características esenciales. Como dice Jean Rivero en su *Droit Administratif* (Dalloz, París, 1970, pág. 117). “Las disposiciones relativas a la remuneración escapan de los poderes de modificación unilateral de la administración. Pero además, el elemento de asociación ya señalado se manifiesta sobre este punto, con una fuerza particular: el principio del equilibrio financiero del contrato, que es una de las características esenciales del contrato administrativo, y la contrapartida de las prerrogativas de la administración”.

En tales condiciones resulta equivocado pensar que el contrato administrativo es un régimen de excepción del derecho civil y que, por consiguiente, su interpretación deba ser de carácter restrictiva. Los contratos administrativos corresponden a una disciplina jurídica independiente del derecho civil, inspirada en la finalidad de satisfacer las necesidades generales, y tienen unas características y elementos totalmente diferentes de dicho derecho. El contrato administrativo tiene sus normas propias, que son también de carácter general y que deben interpretarse con toda amplitud y sin querer restringir sus efectos.

André de Laubadere en su *Traite Élémentaire de Droit Administratif* (Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1970, pág. 302) dice que “el régimen jurídico del derecho administrativo es un régimen profundamente autónomo. Se verá que él obedece a las reglas del derecho administrativo generalmente diferentes de las derecho civil, algunas veces en flagrante contradicción con ellas sobre los mismos puntos donde esas reglas parecen, en derecho civil, fundamentales. Todo ese particularismo de la teoría del contrato administrativo está dominado e impuesto por la noción y las exigencias del servicio público del cual los contratos administrativos tienen por fin el permitir o facilitar el funcionamiento. Mientras los contratos entre particulares confrontan

intereses de igual valor, los contratos entre el servicio público y un particular confrontan, no como se dice a veces voluntades desiguales, sino intereses desiguales, el interés general debe primar sobre los intereses particulares.

Así cuando se habla de la ecuación financiera o del equilibrio financiero del contrato administrativo no se está enunciando la derogación de un principio del derecho civil sino se está formulando uno de los principios básicos o esenciales de la contratación administrativa, de carácter general, destinado a buscar la equivalencia entre las prestaciones de las partes contratantes.

El Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 11 de marzo de 1972) dice a este respecto: "el régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en ese equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato".

Esa total independencia normativa del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado le abre nuevas perspectivas a su aplicación y a su misma interpretación; le permite una entidad propia para que venga a satisfacer a cabalidad las claras finalidades que se persiguen en su celebración.

Los autores hablan de una asociación de intereses (Rivero, Laubadere) o de una colaboración entre la administración y el co contratante (Benoit) para indicar claramente que en los contratos administrativos no se presenta una oposición de los intereses de las partes sino una concurrencia de ellos para lograr las finalidades perseguidas.

Con razón anota Francis-Paul Benoit (op. cit. pág. 731) al referirse a las verdaderas características del contrato administrativo que "no son las cláusulas del contrato las que le dan su carácter, sino el régimen general al que está sometido, es decir, precisamente las reglas que van a aplicarse en aquello que no está regido por las cláusulas expresas del contrato, o en contradicción incluso con sus cláusulas cuando estas infringen las disposiciones del régimen general consideradas por los jueces como imperativas, como sucede, por ejemplo, con el régimen de indemnización de las sujeciones imprevistas".

Cuando se habla de la ley del contrato, *pacta sunt servanda*, y cuando se hace referencia a la aplicación de este principio a los contratos de derecho civil (C.C., art. 1602), no se puede pensar que en el derecho administrativo existe una regulación diferente sino que es necesario tomar en cuenta sus características especiales. En el derecho administrativo el contrato también es la ley de las partes, pero el alcance de las obligaciones asumidas por cada una de ellas está condicionada a las finalidades perseguidas en su celebración.

Así resulta pertinente lo expresado por Prosper Weil en *Le Droit Administratif* (PUF, París 1980 págs. 50 y ss.) al referirse a la teoría del contrato administrativo: "lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un original ensamble de prerrogativas y sujeciones, inspiradas todas en la finalidad de la acción administrativa.

"Las sujeciones aparecen desde el estadio de la formación del contrato: la administración no dispone de una competencia discrecional para escoger su co contratante y debe observar a este respecto reglas bastantes estrictas que la evolución reciente por otra parte ha suavizado (abandono, después de 1956, del carácter obligatorio de la adjudicación). En cuanto a las prerrogativas, ellas se manifiestan sobre todo en la ejecución del contrato, la cual está regida por reglas sin equivalente en los contratos privados. La administración puede modificar unilateralmente las obligaciones del co contratante con el fin de adaptarlas a las necesidades del servicio público; ella puede aún poner fin al contrato si las necesidades del servicio lo exigen. Es necesario invocar igualmente el poder de la administración en relación con un co contratante negligente de imponer sanciones, aun no previstas en el contrato, y sin constatación previa de la falta por el juez: la decisión ejecutiva reaparece así en el seno del contrato.

"En sentido opuesto —y ahí volvemos a encontrar las sujeciones— el co contratante tiene derecho, no solamente a la remuneración prevista, sino aun al restablecimiento del equilibrio financiero de su contrato (por revisión del precio o abono de una indemnización) en el momento en que este ha sido trastornado. Se encuentran aquí las teorías, propias del contrato administrativo del hecho del príncipe (agravación de las cargas del co contratante por la administración parte en el contrato) y sobre todo de la imprevisión (trastorno de la economía del contrato por un

hecho exterior a las partes, es decir, un evento económico, político o natural o una decisión de la autoridad pública no contratante que estatuye por vía general: C.E., Gaz de Bordeaux, 1916).

“Así frente a la inmutabilidad y a la rigidez del contrato privado, se puede hablar de la mutabilidad y de la flexibilidad del contrato administrativo: nada ilustra mejor que este ejemplo la originalidad de medios a disposición de la administración —“en más” o “en menos”.

Como queda dicho antes, ICA ha fundado sus reclamaciones en dos aspectos diferentes: los trastornos en la ecuación financiera del contrato por disposiciones legales posteriores a la presentación de su propuesta y el quebranto por razón de la crisis económica internacional cuyos efectos no fueron previsibles en el momento del concurso.

La onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión ha tenido en el campo del derecho administrativo una amplia evolución hasta llegar a considerarse el restablecimiento del equilibrio financiero como un derecho propio del contratista particular en esta clase de contratos. Desde la célebre sentencia del consejo de estado francés de 1916 de la compañía de Gaz de Bordeaux se ha venido configurando una preceptiva especial para determinar los elementos esenciales de esa teoría, sus alcances y sus aplicaciones. Es evidente que esa evolución aún no ha concluido y que sin duda en un futuro habrá de deparar cada vez soluciones más justas y acordes con los diversos intereses afectados en ella.

El profesor Jean Rivero (op. cit. pág. 119) fija las condiciones requeridas para que pueda operar la teoría así: “para que la teoría juegue, se requieren tres requisitos:

— Los contratantes no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, en vista de su carácter excepcional (guerra, crisis económica).

— Esos hechos deben ser independientes de su voluntad.

— Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato; la desaparición del beneficio del co contratante, la existencia de un déficit no son suficientes, es necesario que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el co contratante ha podido y debido considerar; el juez fija él mismo los “precios límites” —es decir, los márgenes de alzas razonablemente previsibles— cuyo traspaso da lugar a la situación de imprevisión”.

Vamos a analizar cada uno de estos tres requisitos.

a) Hechos o situaciones imprevistas. Es claro que para el análisis de este primer requisito hay necesidad de detenerse en dos aspectos distintos: el acaecimiento de los hechos o situaciones y el que no se haya podido razonablemente prever.

Los hechos alegados como configurantes de la imprevisión se encuentran plenamente determinados en el proceso y sobre ellos hay pruebas suficientes de valor no discutido. En efecto, los catalogados como hecho del príncipe corresponden a normas de carácter legal cuyo conocimiento se presume según el aforismo latino “*nemini licet ignorare leges*” que se encuentra consagrado en el artículo 9º del Código Civil y en el artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal.

La crisis económica de orden internacional forma parte de esos hechos notorios de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que no requieren prueba y que pertenecen al conocimiento público dentro del medio en que han actuado las partes y se ha desarrollado el contrato. No obstante, la onerosidad sobreviviente se acreditó en el proceso en sus dos aspectos alegados: pérdida del poder adquisitivo del dólar de los Estados Unidos y revaluación del peso frente al dólar.

En efecto, la pérdida del valor adquisitivo del dólar se encuentra acreditada con los dictámenes de los peritos economistas y de los peritos ingenieros que se hallan complementados con las certificaciones del Banco de la República sobre tasas de cambio y cotización del dólar, del peso colombiano, del marco alemán, del franco suizo y del yen japonés y traducciones oficiales de documentos expedidos por la oficina de estadísticas del trabajo del departamento de trabajo de los Estados Unidos, documentos que obran el cuaderno 3-V.

Por su parte la revaluación del peso frente al dólar se acreditó con la certificación del Banco de la República sobre cotizaciones del dólar, a la cual ya nos referimos; con la certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística sobre índice total de precios al consumidor y variación porcentual acumulada de diciembre 31/73 a diciembre 31/80 (cdno. 3-VIII) y con el dictamen de los peritos economistas.

Aquí es necesario detenernos para analizar un aspecto alegado ampliamente por el apoderado de la empresa y relacionado con el punto de partida de la crisis económica internacional. En el resumen de sus alegaciones (pág. 57) dice lo siguiente: “la vertiginosa inflación, el “disparo” de la inflación, no solamente fue anterior en un año y dos meses a la celebración del contrato, sino también muy anterior a la apertura de la licitación, al cierre de la misma y a la fecha de la comunicación de la adjudicación. Es más, cuando la licitación se abrió la inflación estaba aún más desbordada; cuando el contratista presentó su propuesta ese desborde se había acentuado; ¿y qué no decir en la fecha en que se celebró el contrato? De modo, pues, señores árbitros, que el vertiginoso crecimiento de la inflación no solo fue anterior a la fecha de la apertura de la licitación, anterior a la fecha de la presentación de la propuesta del contratista y anterior a la fecha de notificación de adjudicación del contrato, sino ampliamente conocida por todo el mundo, y con mayor razón por el contratista que estaba interesado en presentar una oferta dentro de la licitación pública internacional de las obras del proyecto Chingaza”.

Es cierto, como lo anota el apoderado de la empresa, que el punto de partida de la crisis económica se puede situar con anterioridad al año de 1974 cuando el barril de petróleo pasó US\$ 1.90 a US\$ 2.70 con un aumento del 42% y en dicho años subió a US\$ 9.76 con un aumento del 41.3% sobre el precio originalmente citado (cuadros 2 y 3 del dictamen de los peritos economistas) y que los distintos índices allegados al proceso muestran que en el primer semestre de 1974 ya se habían producido cambios importantes en casi todos ellos. Esto aparece corroborado por el ICA cuando en su carta del 14 de enero de 1975 dice que “a partir del segundo semestre de 1974 se han presentado y agudizado situaciones económicas muy serias tanto nacionales como internacionales” (se ha resaltado). Entonces hay un consenso en cuanto al momento en que se presentó la crisis económica, pero otra cosa distinta es el determinar si las consecuencias de la misma podían ser razonablemente previstas.

Las primeras formulaciones de la teoría de la imprevisión se hicieron bajo el supuesto de que las circunstancias económicas que traían el rompimiento del equilibrio del contrato eran pasajeras y que en un futuro serían superadas. La misma duración de la primera guerra mundial tomó de sorpresa a las teorizantes. La evolución de los fenómenos económicos de posguerra vino a mostrar que las previsiones habían sido erradas. La superación de la crisis no fue realmente como se había esperado y se mantuvieron sus consecuencias con claros perjuicios para los contratantes. De ahí surgió la necesidad de reconsiderar la teoría para que la imprevisión no fuera predicada únicamente de un determinado hecho o circunstancia si no además de sus efectos.

Mostapha Mohamad El-Gammal en *L’adaptation du Contrat aux Circonstances Economiques* (Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pág. 233) anota que “Sabemos que las fluctuaciones son inherentes a la naturaleza misma de la economía. Ellas son, la mayor parte del tiempo, la consecuencia de una multitud de actitudes o acontecimientos indiscernibles. Así, se ve que los acontecimientos generadores de las fluctuaciones de precios no pueden ser aisladas y su existencia demostrada a menos sean de naturaleza extra-económica. Buscar la anormalidad del acontecimiento excluyéndola de sus efectos es condenar la teoría a restringirla a los casos extra-económicos y, por lo tanto a traicionar la función para la cual ha sido elaborada.

“La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha tenido una feliz evolución en esta materia.

“Aunque comenzó por aplicar la noción de la imprevisibilidad del acontecimiento, llegó finalmente a adoptar aquella de las fluctuaciones de precios. En una sentencia del 9-11-1921, rechazó la demanda de indemnización en un contrato de suministro celebrado después de la iniciación de las hostilidades. Pero no ha tardado en 1948, en admitir la demanda de indemnización a causa de las alzas de precios provocadas por leyes sociales promulgadas antes del contrato, en el supuesto de que “la amplitud de las alzas ha podido exceder el límite de aquellas que podían razonablemente entrar en las previsiones de las partes el 1º de abril de 1935”.

Las consecuencias de la inflación mundial que se originó en el alza de los precios del petróleo, como todo fenómeno anormal, no podían ser previstos razonablemente en sus verdaderos alcances ya que, como lo afirma el apoderado de la empresa “no hay dudas de que la inflación es un fenómeno económico anormal, es una

enfermedad de las economías capitalistas, como dicen los entendidos. Si ello es así resulta obvio, entonces, que no pueda prevérsele bajo un desarrollo normal, porque ello conduciría a afirmar que lo anormal va a desarrollarse normalmente, lo que sería una contradicción en los términos”. Por eso ciertamente debe considerarse feliz, como lo dice El-Gammal, la evolución jurisprudencial del consejo de estado francés para ajustar ciertamente la teoría de la imprevisión a los fenómenos económicos actuales.

En el mismo sentido, comentando la sentencia de 1948, Marienhoff (op. cit. pág. 525) dice que “para que la teoría de la imprevisión pueda ser aplicada no es indispensable que el “acontecimiento” mismo haya sido imprevisible; basta con que lo sean las “consecuencias” de un acontecimiento ya producido en el momento de celebrarse el contrato. Determinar todo esto constituye una cuestión de hecho, que ha de resolverse en cada caso concreto sobre la base del buen sentido”.

La imprevisión alegada en cuanto a la crisis económica de orden internacional se contrae, por lo tanto, a las consecuencias de la misma, que forman parte de los presupuestos de la teoría desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, teoría que ha venido a constituirse en elemento fundamental dentro de la normatividad jurídica de los contratos administrativos.

En tales condiciones pierde importancia el estudio de lo que podría denominarse la cronología o cronografía de la celebración del contrato de Chingaza. Lo mismo importa si la fecha que debe tomarse en cuenta para determinar la imprevisión fue el día del cierre de la licitación, el día de la aceptación de la propuesta o el día de la celebración del contrato.

Falta ahora analizar el aspecto relativo a los hechos o situaciones o sus consecuencias no se hayan podido razonablemente prever.

La previsión de acontecimientos futuros es un proceso altamente intelectual que consecuentemente tiene que estar afectado por consideraciones de carácter subjetivo. No todas las personas se encuentran en condiciones para prever razonablemente futuros acontecimientos o las consecuencias que se derivan de ellos. Generalmente esa previsión es un acto interno que necesariamente no va a tener; prueba concreta. Por ello querer circunscribir el problema a las previsiones efectivas que tuvo en cuenta el contratante resulta poco menos que imposible. En este caso concreto se ha querido partir de la base de unas supuestas proyecciones de la crisis económica internacional. Pero es necesario decir que no hay prueba de la existencia de dichas proyecciones.

Sin embargo, la imprevisibilidad de las consecuencias que se han presentado durante la ejecución del contrato resulta evidente. Si se analiza el cuadro 20 del dictamen de los peritos economistas, complementado con la aclaración 3, del cual se desprende que la Wharton Econometric en sus proyecciones hechas en diciembre de 1973, en mayo de 1974, en junio de 1974 y en octubre de 1974 y en diciembre de 1974 se vio obligada a reajustar sus índices en forma bastante apreciable. Para el año de 1975 sus proyecciones variaron del 174.5 al 187.5, es decir, tuvieron que ajustarlas en un 7%. Para el año de 1976 las proyecciones iniciales eran de 178.1 para concluir en 200.8 con un incremento del 13%. Los ajustes en las proyecciones de 1977 fueron del 12%; para el año de 1978 del 19% y para el año de 1979 del 12%. Todas las proyecciones de la Wharton (salvo el año 1976) quedaron superadas por la inflación real como aparece en el cuadro 19 del dictamen de los peritos economistas.

Si los técnicos en el estudio y previsión de los fenómenos económicos tuvieron que cambiar sus proyecciones a medida que se desarrollaba la crisis, es claro que cualquier previsión que se hubiera hecho en el momento de la presentación de la propuesta por parte de ICA resultaría razonablemente equivocada en comparación con la situación real que habría de presentarse en el futuro.

Aquí vale la pena destacar cómo Benoit (op. cit. pág. 770) al hablar de los futuros desarrollos de la teoría de la imprevisión dice que “resulta difícil hablar seriamente de acontecimientos imprevisibles: con la experiencia de dos guerras y de las transformaciones económicas, políticas y sociales de estos veinte últimos años todo puede y debe ser previsto. La condición de imprevisibilidad debe suavizarse: lo imprevisible, será solamente lo que no ha sido expresamente previsto en las estipulaciones del contrato; es decir, que lo imprevisible se reduce solamente a lo imprevisto o incluso, más precisamente, a lo “no previsto”.

Dentro de los planteamientos que se dejan expuestos surge la necesidad de analizar los alcances y efectos de la cláusula de reajuste, contenida en la cláusula séptima del contrato y sobre la cual el abogado de la empresa en el resumen de sus alegaciones orales se expresa en los siguientes términos: “Lo estipulado en el contrato acerca de reajuste de precios y sobre la fórmula matemática para hacerlo, es, definitivamente, una ley para las partes que ni el contratista, ni nadie, puede desconocer, ni alterar o variar ni aún en el menor sentido, a menos de contar con la voluntad de la Empresa del Acueducto. Sin que quepa invocar la teoría de la imprevisión como subterfugio para eludirla, pues por su propio contenido, así como por su finalidad y su función, una cláusula de reajuste como la aquí comentada excluye de suyo la imprevisión, como que esa cláusula en esencia no es otra cosa que una regulación anticipada de algo que se ha previsto. A manera de figura contrapuesta a la de la imprevisión, se puede decir a propósito de la cláusula de reajuste que en ella está envuelta en cierto modo una teoría de la previsión, en el sentido de dejar resueltas por anticipado, con una solución específica, situaciones alternativas de la ecuación financiera del contrato que de antemano se sabe habrán de presentarse en el futuro, aunque no sus proporciones. Pero el no saber cuáles habrán de ser las proporciones de la alteración económica prevista, es insuficiente para darle cabida a la teoría de la imprevisión, pues esta, además de apuntar hacia la solución de esa incógnita, está destinada a operar en función de las causas ignoradas, por imprevistas, de una alteración sobrevenida, y no en función simplemente de la medida cuantitativa de las consecuencias de la alteración. Así que si la alteración es previsible, no puede decirse que por no saberse cuáles y en qué cuantía van a ser sus consecuencias, haya lugar a aplicar la teoría de la imprevisión, visto que la previsión de la causa hace obviamente previsible sus efectos, y son estos precisamente los que, al través de aquella, la fórmula de reajuste de precios está llamada a regular”.

Es evidente que las cláusulas de ajustes de precios, incluidas en los contratos administrativos, buscan acomodar su ejecución a las circunstancias cambiantes del mercado y que ellas constituyen un reconocimiento contractual de las consecuencias futuras que pueden llegar a presentarse. Pero no es menos cierto que los fenómenos económicos dejan muchas veces atrás las previsiones más optimistas. Como dice Benoit (op. cit. págs. 767 y ss.) “Prevenidos por la experiencia, la administración y sus co contratantes quisieron por otra parte precaverse, en los propios contratos, contra las consecuencias de las modificaciones económicas. A este efecto se adoptó rápidamente la práctica de insertar, en las cláusulas rectificativas adicionales a los contratos en curso y en los nuevos contratos, cláusulas de variaciones de los precios o de las tarifas en función de la evolución de parámetros tales como el costo de las materias primas, de la electricidad, de la fundición, los salarios, etc. Los precios y las tarifas determinadas en el contrato evolucionaban por consiguiente en función de la propia evolución económica.

En las relaciones contractuales lo imprevisible se encontraba desarmado.

“Pero, por lo tanto, era evidente que, habida cuenta de la jurisprudencia del fallo de los Tramways de Cherbourg y de esta práctica de las cláusulas de variación de los precios, las aplicaciones de la jurisprudencia sobre la imprevisión habían terminado prácticamente. Esta parecía, en 1939, que debía ser relegada al rango de esas jurisprudencias transitorias que solo duran el tiempo necesario para permitir a los profesionales encontrar los medios para hacer frente a situaciones hasta entonces desconocidas”. Más adelante agrega: “Esta evolución del derecho viene exigida por la evolución de los datos de hecho, del problema a resolver.

La administración y los co contratantes no contratan ya en nuestros días con el mismo estado de ánimo que antes de la guerra de 1914 o de 1920 a 1939. Ahora se sabe que los precios evolucionan siempre y que la noción estática de situación normal es una quimera, al menos en nuestros días; se sabe igualmente que las cláusulas de variación de precios no puede producir un efecto de garantía total contra los trastornos de los contratos provocados por la evolución económica.

“En estas condiciones es impensable que un contrato de larga duración —especialmente una concepción— puede ser concluido de buena fe con la idea de que sus cláusulas bastarán, hasta su término, para asegurar el respeto de las voluntades de los dos co contratantes tal como existían el día de la conclusión del contrato. Por otra parte, es no menos impensable considerar que las dos partes aceptan concluir tal contrato con la idea de que, si llega a ser perturbado por la evolución económica, a falta de un nuevo acuerdo lo realizarán conforme a los principios de la jurisprudencia del fallo de los Tramways de Cherbourg: no se compromete uno por treinta o cuarenta años con la idea de que, al primer azar económico, el contrato será cancelado”.

Se muestra así la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado francés para comprender los fenómenos económicos de nuestro tiempo. En tales condiciones es evidente que las cláusulas de reajuste de precios reducen el campo de aplicación de la teoría de la imprevisión, pero cuando los acontecimientos económicos superan las previsiones de las partes es necesario volver a dicha teoría con el objeto de establecer el equilibrio financiero del contrato y permitir, así, que la administración pueda cumplir con las finalidades que le son propias, que pueda satisfacer esos intereses generales que le han sido confiados.

M. Long, P. Weil y G. Braibant en *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (Sirey, París, 1958, pág. 125) dicen: Si las cláusulas de variación de precios han reducido en la práctica, la importancia económica y social de la jurisprudencia de la imprevisión, su alcance continúa siendo grande porque ella se aplica aún, no solamente en ausencia de una cláusula de esa naturaleza, sino también en los casos no previstos por las estipulaciones contractuales.

Si, por ejemplo, el contrato ha previsto que la remuneración del co contratante variaría en función de ciertos elementos y las áleas no previstas por las partes vienen a trastornarlo, el empresario puede pretender una indemnización de imprevisión. Esta jurisprudencia inaugurada por dos sentencias del 5 de noviembre de 1937, Departamento de las Costas del Norte y Ducos (Rec. 900 y 902) ha dado lugar recientemente a numerosas decisiones: Consejo de Estado del 11 de junio de 1947, Ministerio de Guerra c/Nadaud (Rec. 255: la existencia de un cláusula de revisión del precio alzado en razón del alza de los materiales, de los salarios y los gastos generales no se opone al abono de una indemnización por cargas extracontractuales cuando en la práctica esta cláusula no ha jugado en condiciones normales conforme a la común intención de las partes); 10 de diciembre de 1947 Bonabeaut (Rec. 643); 30 de noviembre de 1949 Societe. La Route (Rec. 517); 2 de febrero 1951, secretario de Estado de la Defensa (Rec. 67)".

De conformidad con los términos de la licitación y con lo previsto en la cláusula séptima del contrato, solo rige la cláusula de ajuste para "los pagos mensuales en moneda colombiana que se hagan al contratista", quedando por fuera lo que se ha denominado el componente en dólares Hemos visto como ICA ha alegado que el quebranto de la ecuación financiera del contrato se debe tanto a la devaluación del dólar como a la revaluación del peso. La conjunción de estos dos fenómenos en realidad ha venido a trastornar la ecuación financiera. En efecto, si tomamos en cuenta el valor inicial del contrato en dólares, a la tasa de cambio señalada en el mismo de \$ 25.61 (ver cláusula sexta del contrato), el valor inicial en pesos, del componente en dólares sería de \$ 543.736.128.00. Esta suma convertida a pesos de octubre de 1980, según los índices del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, sería igual a \$ 2.066.197.286. Pero si en cambio convertimos a pesos el componente en dólares a la tasa de cambio de octubre de 1980 tenemos que su valor es solo de \$ 1.053.077.390 presentándose una diferencia de \$ 1.013.119.896 que representa el efecto de la revaluación del peso frente al dólar, lo que evidentemente viene a afectar el equilibrio financiero del contrato. El cuadro de las operaciones antes indicadas es el siguiente:

V/r. US\$ 21.231.399.00 a \$ 25.61	\$ 543.736.128
Conversión de la suma anterior a pesos de octubre de 1980, según índices del DANE	\$ 2.066.197.286
V/r. US\$ 21.231.399.00 a \$ 49.60 tasa de cambio vigente a octubre/80	\$ 1.053.077.390
Diferencia	\$ 1.013.119.896

Si se toman las cifras presentadas por los peritos contadores por concepto de obra ejecutada en cada uno de los años de ejecución del contrato y se comparan con el total de obra ejecutada ajustes y anexos en las mismas fechas, de acuerdo con las actas de resumen de pagos, se establecen las cifras en pesos del componente en dólares, así:

Año	V/r. obra ejecutada	Pagos en pesos	Pagos en US. reducidos a pesos
1975	197.155.344	116.901.456	80.253.888

1976	551.911.752	324.788.264	227.123.488
1977	738.230.672	430.455.339	307.775.333
1978	668.716.696	446.878.083	221.838.613
1979	420.596.688	213.728.597	206.868.091
1980	406.288.844	320.375.966	85.912.878
	2.982.899.996	1.853.127.705	1.129.772.291

Al convertir a pesos de 1980 las sumas correspondientes al componente en dólares, según los índices presentados por los peritos economistas en su cuadro 5 se obtienen los siguientes resultados:

Año	Pagos en US\$ reducidos a pesos	Índice	V/r. actual 1980(1)
1975	80.253.888	118.68	124.559.895
1976	227.123.488	133.15	314.203.145
1977	307.775.333	141.13	401.702.050
1978	221.838.613	150.03	272.363.328
1979	206.868.091	163.27	233.387.052
1980	85.912.878	184.20	85.912.878
Totales	1.129.772.291	-	1.432.128.348

Según acta resumen 68-A el valor de pagos en dólares a 30-XI-80 era de US\$ 27.521.214 que a la tasa de cambio del contrato de 25.61 da la suma de \$ 704.818.291 que convertida a pesos de octubre de 1980 según índices del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, daría la cifra de \$ 2.678.309.505 que comparada con los datos del contrato presentados arriba nos da una diferencia de \$ 1.246.181.157 que muestra el efecto desfavorable de la revaluación del frente al dólar de los Estados Unidos.

Los peritos ingenieros un cuadro presentado por el abogado de la empresa, para comparar los ajustes de pagos reales con los que resultarían de tomar en cuenta las variaciones en los índices del costo de la vida del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, con el cual se demuestra claramente que la fórmula del contrato ha producido mayores valores que los que se desprenderían de la simple utilización de las variaciones en el costo de la vida. Ello permite deducir que el componente en pesos ha sido ajustado con las repercusiones del aumento progresivo en los índices de precios al consumidor. Pero el componente en pesos representa aproximadamente el 50% del valor del contrato y consecuentemente el otro 50% no ha sido reajustado, no ha tenido los ajustes de precio.

Las diferencias que se han presentado arriba están mostrando las consecuencias de la conjunción de la pérdida del poder adquisitivo del dólar de los Estados Unidos y de la revaluación del peso colombiano frente al dólar, que explican cómo efectivamente esas áleas quedaron por fuera de las previsiones de las partes. Es cierto que ICA en sus primeras comunicaciones manifestó su deseo de que se ampliara la cláusula de reajuste para que “cuando menos se ajuste la totalidad de la componente local” (carta CG-75-012 del 14 de enero de 1975) pero el desarrollo de los acontecimientos la llevó a reclamar la inclusión “en la cláusula de ajustes los pagos que recibimos en dólares de los Estados Unidos” (carta GC-79-81 del 22 de mayo de 1979). Este cambio en la posición de la reclamaciones cuando habían corrido 4 años de la ejecución del contrato sirve para recalcar cómo sus previsiones originales quedaron ampliamente superadas por los acontecimientos.

Lo anterior se demuestra si se comparan los cambios que se han presentado en el valor del dólar en relación con el peso (cuadro 5 dictamen de los peritos economistas) con las variaciones del factor de ajuste de que trata la cláusula 7ª del contrato (cuaderno 4-VI-A y 4-VI-B) se aprecia la desproporción entre el precio del dólar y el crecimiento

del factor de ajuste, así:

Fecha	Pesos por dólar	Índice 1974 = 100	Factor de ajuste	Índice 1974 = 100
Junio/74	25.61	100.00		100.00
Diciembre/75	30.03	118.68	1.308.743	130.37
Diciembre/76	34.70	133.15	1.712.357	171.24
Diciembre/77	36.78	141.13	1.955.665	195.57
Diciembre/78	39.10	150.03	2.562.782	256.28
Diciembre/79	42.55	163.27	3.459.412	345.94
Agosto/80	48.00	184.20	4.417.054	441.71

El componente en dólares solo se ajustó en un 184.20% durante la ejecución del contrato, mientras los pagos en pesos han sido reajustados en un 441.71%.

En esta forma para el tribunal, los contratantes no pudieron prever razonablemente las consecuencias de la crisis económica internacional de carácter excepcional que tuvo su iniciación con el alza de los precios del petróleo y, por lo tanto, se encuentra demostrada la primera condición o requisito necesario para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, antes de pasar adelante es necesario detenernos en el análisis de la salvedad consignada por ICA en el contrato.

Al hablar de las justificaciones de la teoría de la imprevisión en la contratación administrativa dice Gastón Jeze en Principios Generales del Derecho Administrativo (Editorial de Palma, Buenos Aires, 1950, T. V, pág. 9) que “si las partes contratantes hubieran podido prever la crisis y sus consecuencias económicas, es evidente que una cláusula del contrato hubiese prometido al contratante una modificación de sus beneficios pecuniarios”.

ICA presentó su propuesta el día 5 de julio de 1974 y la empresa por medio de la carta 205033 del 2 de diciembre del mismo año le comunicó la adjudicación. No puede olvidarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio “cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor”, vale decir que en virtud de la adjudicación ICA estaba obligada a la celebración del contrato, a la ejecución de la obra propuesta. Esto es acorde con lo establecido en los pliegos de la licitación que establecen que “la presentación de la propuesta constituye un acuerdo entre el proponente y la empresa, por la cual dicha propuesta permanece abierta para aceptación por la empresa, de acuerdo con lo establecido en la sección 1.02.04, por un período de ciento ochenta (180) días, a partir de la fecha y hora del cierre de la licitación. Durante este período el proponente se compromete a no retirar su oferta, ni menoscabar o derogar los efectos de la misma.

“Si dentro de este período se notificara al proponente que su propuesta ha sido aceptada por la empresa, este quedará de hecho obligado por los términos del acuerdo establecido en la propuesta y por la aceptación de la empresa hasta que dicho acuerdo se reemplace por un contrato formal que se haya legalizado entre el proponente y la empresa. Si el proponente comete cualquier infracción contra el acuerdo referido en la primera parte de esta sesión y la empresa, a causa de esta infracción decide dar por terminado dicho acuerdo, el proponente deberá pagar a la empresa el valor de la garantía de la propuesta establecida en la sesión 1.02.11” (sección 1.02.02 preparación y presentación de las propuestas lit. K).

El contratista estaba vinculado definitivamente a la ejecución del contrato propuesto; se había producido el acuerdo de voluntades.

ICA en sus comunicaciones del 13 de diciembre de 1974 y de 7, 14 y 27 de enero de 1975 pone de presente el acaecimiento de hechos imprevisibles que causan importantes sobrecostos en su presupuesto y la empresa en carta

207118 del 7 de febrero de 1975 manifestó lo siguiente: “Hasta tanto no se suscriba el contrato es prematuro discutir lo relativo a la teoría de la imprevisión, ya que ello implicaría romper las bases de la licitación; se desconocerían los fundamentos de carácter económico que la empresa tuvo en cuenta para abrirla y los demás proponentes podrían reclamar por romperse el principio de la igualdad que la ley colombiana otorga a todos los licitantes. Al adoptar esta conducta la junta pretende obrar en un todo ajustada a la ley colombiana”. Y agrega que “con el anterior planteamiento no existe ánimo alguno de causar un perjuicio a la firma ICA y ello solo es consecuencia de lo que la ley colombiana prescribe sobre el particular. Celebrado el contrato administrativo respectivo y comprobado un hecho imprevisto, el contratista tiene la oportunidad de presentar sus reclamos en ejercicio de los derechos que la ley le otorga. Lo anterior se encuentra consignado en el artículo 868 del Código de Comercio que trata de la acción de revisión de los contratos con base en los efectos y circunstancias extraordinarias e imprevistas, pero para ello es necesario que esté formalizado solemnemente el contrato y en ejecución”. Más adelante dice: “La junta directiva de la empresa considera que la firma ICA de México, respetuosa como es de la constitución y leyes de la República, habrá de encontrar la razón de estos planteamientos y, por tanto, me ha solicitado dar repuestas a ustedes en el sentido que dejó expresado, sin perjuicio de indicarles que sus solicitudes serán examinadas una vez se inicie la ejecución del contrato y que la empresa no desconoce el derecho a que le sean estudiadas y resueltas las posibles situaciones de desequilibrio alegadas por usted, pero ello debe hacerse dentro de la ley colombiana. Inclusive, en el texto del contrato que se celebra, puede consignarse una salvedad de la firma ICA a ese respecto”.

Con base en todo lo anterior, en el contrato quedó consignada la siguiente salvedad: “en este documento el contratista deja una salvedad sobre su posición acerca de los hechos imprevisibles que sucedieron con posterioridad a la presentación de su oferta y que, a su juicio han causado una situación de desequilibrio, como expresamente quedó consignado en sus cartas:

CG-74-007, de fecha 13 de diciembre de 1974,

CG-75-012, de fecha 14 de enero de 1975,

GC-75-015, de fecha 27 de enero de 1975,

GC-75-016, de fecha 21 de febrero de 1975,

manifiesta estar de acuerdo en que, tal como lo expresó el gerente de la empresa, con autorización de la junta directiva de la misma, en su comunicación 207118 de fecha 7 de febrero de 1975, sus solicitudes tanto en relación con la fórmula de ajuste, como las demás consignadas en las cartas antes citadas, sean examinadas y resueltas, todo dentro de la ley colombiana, confiando plenamente que ello ocurra de manera satisfactoria en un período de sesenta (60) días a partir de la fecha en que se inicie la ejecución del contrato”.

Hubo un acuerdo de voluntades para que las situaciones de imprevisión alegadas por el contratista, cuyos efectos este consideró que producirían un desequilibrio en su ejecución, serían estudiadas y resueltas entre las partes. Ciertamente el contratista se avino a la celebración del contrato bajo la oferta de que una vez formalizado y en ejecución serían estudiadas y resueltas sus reclamaciones.

Como manifestaba el comisario del gobierno, Chardenet, en sus conclusiones, consejo de estado, 30 de marzo de 1916, Compañía de Gas de Burdeos (citado por G. Jeze, op. cit. págs. 8 y 9) “habéis pensado que era esencial que el contrato se cumpliera, que la obra pública se terminara, el suministro se entregase, y ello teniendo en vista el interés público. Por tanto, habéis dado a entender a los empresarios, a los proveedores, cuya colaboración debe solicitar continuamente la administración; les habéis dado a entender que no debía dejarse vencer o detener por las dificultades excepcionales que podrían hallar; que ellos debían superarlas con éxito, y que, en recompensa, podían estar seguros de que en el momento de arreglar las cuentas se considerarían las dificultades imposibles de prever al celebrarse el contrato y que modificaban profundamente las condiciones en que el contrato debía ejecutarse”.

La empresa instó al contratista a formalizar el contrato, a darle cumplimiento a las obligaciones que se derivaban de la oferta presentada, en ningún momento desconoció el acontecimiento de los hechos alegados por su co contratante y expresamente le manifestó que era prematuro discutir lo relativo a la teoría de la imprevisión hasta

tanto el contrato no fuera suscrito y le sugirió la posibilidad de dejar una salvedad en el contrato. En tales condiciones se alentó al contratista para formalizar el contrato de ejecución de una obra de evidente, prioritaria y urgente utilidad pública y, en contraprestación, se le prometió “que sus solicitudes serán examinadas una vez se inicie la ejecución del contrato y que la empresa no desconoce el derecho a que le sean estudiadas y resueltas las posibles situaciones de desequilibrio alegadas por ustedes”.

También es pertinente aquí citar las palabras del comisario del gobierno Chardinet (op. cit. pág. 9) “habéis aplicado muy ampliamente el principio de que los contratos deben cumplirse de buena fe y de conformidad a la intención que las partes en presencia hayan podido tener en el momento en que contrataban. Os habéis visto obligados, así a tener en cuenta hechos que no habían podido preverse al concluir el contrato; trátase de dificultades excepcionales que nada permitía sospechar y que habían hallado o el empresario o el proveedor, durante la ejecución del contrato”.

En esta forma, los términos de la salvedad consignada en el contrato y las manifestaciones previas de la empresa en el mismo sentido, vienen a confirmar la existencia de esos hechos imprevisibles, requeridos como elemento necesario de la teoría de la imprevisión;

b) Independientes de su voluntad. Hemos visto cómo los hechos alegados como configurantes de la imprevisión son la emergencia económica decretada en 1974 y la crisis económica internacional. Parece realmente innecesario extendernos en el segundo presupuesto de la teoría de la imprevisión ya que es evidente que tales hechos fueron independientes de las partes contratantes: ICA y la empresa;

c) Trastorno en la ejecución del contrato. Cuando la teoría de la contratación administrativa está edificada sobre la llamada ecuación financiera del contrato, el trastorno, como requisito necesario de la imprevisión, es la situación de déficit de pérdida en su ejecución. En toda actividad económica sus resultados se determinan de la comparación de los ingresos y de los costos y gastos imputables a ellos. De esa comparación resulta la ganancia, si los ingresos superan a los costos y gastos, o la pérdida en el caso contrario. Este y no otro es y puede ser el trastorno de la economía del contrato. Por eso Rivero habla del déficit, que es la situación de desequilibrio, en la cual el costo de la ejecución del contrato excede a los ingresos del mismo y por ello G. Jeze (op. cit. pág. 56) dice que “para saber si existe carga extracontractual, sí hay déficit de la explotación como consecuencia de eventos excepcionales, y para calcular el monto de dicha carga, es preciso sumar el total de los gastos propios de la explotación y el total de los ingresos y créditos, comparando los dos totales. No debe deducirse, del déficit total, la parte que correspondería al alza que se juzga previsible de los elementos del precio de costo”.

El déficit es una situación de hecho, es el resultado de una comparación, entre los productos del contrato y sus costos y gastos pero, de acuerdo con los presupuestos de la teoría de la imprevisión, para que dé derecho a la ayuda por parte de la administración es necesario que supere el alea normal, que haya traspasado ese punto límite que se considere previsible. Ello quiere decir que si es necesario tener en cuenta que en toda empresa se corre una contingencia de ganancia o de pérdida y que el trastorno da lugar a la indemnización de imprevisión cuando esa contingencia o riesgo supera las previsiones de las partes. Cuando se traspasa esa línea imaginaria de la previsión el trastorno entra en lo que la jurisprudencia y los autores han denominado situación extracontractual. El momento de ese traspaso debe ser determinado por el juez ya que él mismo es quien fija los precios límites, los márgenes de alza razonablemente previsibles. Para esta determinación, naturalmente, debe recurrir al contrato para restablecer lo que es contractual y lo que es extracontractual.

Dentro de esta orden de ideas y al analizar el contrato encontramos que la cláusula 6^a, al reglamentar lo relacionado con la forma de pago, establece que del valor de las cuentas mensuales se deduce el 5% del valor de la obra ejecutada y de su ajuste correspondiente, retención que se devuelve al contratista dentro de los 60 días siguientes al recibo de la obra total a satisfacción.

Una de las características especiales de los contratos administrativos consiste en que el precio es pagado por la administración, una vez cumplida la prestación por el contratista, y así a este le corresponde la financiación de la ejecución del contrato de parte de ella. En los contratos de obras ese pago se hace periódicamente a medida que ellas se realizan. En este sentido A. de Laubadare (op. cit. págs. 327 y 328) dice que “el precio se establece previamente, como se ha visto, en los pliegos de cargos del contrato. Después de la ejecución del contrato la

liquidación del precio se hace sobre la base de la constatación de la prestación efectuada”. Y más adelante agrega que “la liquidación del precio se efectúa después del recibo de los trabajos o de la entrada de los suministros consumidores. Ella comprende en primer lugar una constatación de las prestaciones suministradas: en el contrato de trabajos públicos, esta constatación se opera contradictoriamente con las actas de obras, llamadas aplicaciones, realizadas a medida que avanzan los trabajos y reunidas al fin de la empresa en un acta general”.

En tales condiciones es lógico suponer que esas retenciones que se hacen al contratista forman parte de su utilidad o remuneración, pero nunca del costo mismo del contrato, cuando este es de larga duración.

Por su parte la cláusula 14, al hablar de las obras extras y adicionales trae dos previsiones que se deben analizar, así:

En primer lugar dispone que si las disminuciones de obra ordenadas por la empresa reducen en más del 15% el valor estimado del contrato se debe modificar el monto del precio contratado en aquella suma que se acuerde entre las partes. Vale decir que una disminución de esa cuantía viene a romper el equilibrio que existe en el momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, hemos visto que el valor inicial en pesos alcanza a la suma de \$ 520.757.171

y que el valor en dólares de US\$ 21.231.399 según el tipo de cambio de 25.61 señalado en el contrato alcanzaba a la suma de \$ 543.736.128

luego el valor estimado inicial es de \$ 1.064.493.299

En esas condiciones las partes convinieron que una disminución de \$ 159.673.995, el 15% del valor estimado inicial, daría lugar a una modificación del precio convenido. Una disminución de esa magnitud se consideró que constituía un quebrantamiento de las previsiones contractuales.

En segundo lugar, también dispone que cuando no sea posible acordar de antemano el precio de las obras extras, estas se harán por el sistema del costo necesario y que en tal caso el contratista tendrá derecho a percibir un 20% “por concepto de dirección, gastos de oficina, administración, superintendencia general, otros gastos generales y utilidad del contratista”.

Esto quiere decir que si el costo necesario es de \$ 100, la empresa pagará, además de dicho costo, una suma de \$ 20 para un total de la obra de \$ 120, de donde lo pagado al contratista para gastos generales y su utilidad, representa el 16.67%. Entonces en este porcentaje se retribuyen distintos factores y entre ellos la utilidad del contratista.

De la concatenación de las disposiciones contractuales comentadas se puede concluir que esa remuneración del contratista está prevista en una cifra cercana al 5%, ya que ello explica que en esta forma la retención que se hace sobre las actas mensuales no venga a gravar el contrato con una financiación adicional de la obra; que una disminución en cantidades de obra menor al 15% del valor estimado inicial no trastorne la economía del contrato y que el 16.67% de las obras sirva para cubrir los gastos generales o indirectos y la remuneración del contratista. Además, dentro de la contingencia de ganancia o pérdida, el resto que conlleva toda empresa, es apenas lógico suponer una equivalencia entre la ganancia que se espera obtener o la pérdida que se acepta sufrir. Por ello se dice que mientras mayores riesgos implique un negocio mayores son sus márgenes de utilidad. Si esto no fuere así el contrato dejaría de ser conmutativo para tomarse parcialmente gratuito. Por lo tanto, si estas son las previsiones consignadas en el contrato, se puede fijar como el alea normal aquella que muestre una pérdida del 5% de su valor, ya que ello quiere decir que el contratista no percibe remuneración y que además asume poco menos de la mitad de los costos indirectos.

Ahora es necesario referirnos a la forma como se establece o determina el trastorno de la economía del contrato.

Como lo anota Gastón Jeze, en cita que se transcribió anteriormente, para calcular la carga extracontractual es necesario comparar los ingresos por una parte y los gastos propios de la explotación. Para ello no hay forma distinta que la de recurrir a los libros y papeles del contratista. Lo sostenido por el autor tiene su fundamento en

diversas sentencias del Consejo de Estado Francés que transcribe (págs. 59 y ss. op. cit.) y de las cuales destacamos las siguientes:

“Consejo de Estado, 4 de noviembre de 1927, Ville de Roanne: Para el cálculo de las cargas extracontractuales, los peritos, después de precisar las condiciones en las cuales la Compagnie l’union des gaz ha obtenido el derecho de explotar, conjuntamente con la Compagnie électrique de la Loire et du Centre, la distribución de la electricidad, tendrán en cuenta los resultados de la explotación del conjunto de las concesiones otorgado a dicha compañía por la ciudad de Ruan, tanto en lo que concierne a la distribución de la electricidad como en lo referente al suministro del gas”.

“Consejo de Estado, 2 marzo 1923, Ville de Versailles. El juez, ... debe solicitar a los peritos que le suministren todos los elementos de apreciación de que podrá disponerse, especialmente, mediante el examen de los resultados y beneficios que emanan, para las partes, de la ejecución del contrato primitivo y de los convenios adicionales al contrato ... Los peritos, después de calcular la carga extracontractual según los resultados de la explotación durante el período considerado, harán conocer en qué medida el conjunto de las disposiciones del contrato y de las condiciones de su ejecución, en especial, la situación financiera de la sociedad tanto desde el punto de vista de los beneficios obtenidos en el pasado como de las perspectivas futuras, permite que se le haga soportar parte de dicha carga”.

La determinación de los resultados de la ejecución del contrato se hará mediante la constatación que hagan los auxiliares de la justicia de los registros del contratista sobre sus ingresos y sobre los costos y gastos que los afectan. Por eso, Marienhoff (op. cit. 546) considera que para tales efectos tiene gran importancia la prueba pericial.

Sin embargo, el abogado de la empresa en la audiencia del 19 de enero de 1981 manifestó que de conformidad con el artículo 68 del Código de Comercio rechaza la prueba de la inspección judicial con intervención de peritos contadores en lo que sea desfavorable. Posteriormente en sus alegaciones orales se detuvo en este punto y dijo: “cuando la disputa se traba en relación con una parte que no es comerciante, tales libros nada pueden probar por tres razones: 1. Porque no existe entonces la posibilidad de comparar entre sí dos contabilidades, para pesar el valor de cada una. 2. Porque ello sería dejar una parte, la no comerciante, a merced de la otra, que ha carecido de la oportunidad de ejercer un control sobre los documentos y sobre la contabilidad llevada por la otra, y 3. Porque si toda prueba tiene que ser controvertida para que tenga valor, en la hipótesis que estudiamos la parte no comerciante ha carecido de ese derecho pues no ha tenido acceso oportuno a esa contabilidad ni a los documentos que pueda respaldarla, pues uno y otros son privados, reservados (C. Co., art. 61)”.

Es cierto que el artículo 68 del Código de Comercio establece que los libros y papeles del comerciante constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, y que en materia civil, aún entre comerciantes, solo tienen valor contra su propietario en lo que en ellos conste de manera clara y completa y siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable. Además, el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil señala que los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma y que en los demás casos solo harán fe contra el comerciante que los lleve.

No obstante lo anterior, es necesario analizar más detenidamente el asunto para encontrar la verdad en cuanto a la prueba del trastorno o quebranto.

Primeramente, es importante destacar cómo en las transcripciones que se han hecho anteriormente hay una coincidencia del Consejo de Estado francés y de los autores, en cuanto a la necesidad de recurrir en estos casos a la prueba pericial, que lógicamente no puede ser otra distinta de la pericia por medio de contadores. Es decir el análisis de los libros, papeles y registros del contratista por medio de personas idóneas para desentrañar de ellos el resultado mismo de la ejecución del contrato.

En segundo término, también es necesario tomar en cuenta otras disposiciones de carácter legal para lograr su correcta interpretación y armonía. Así el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil dispone que “al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en las normas del presente código, deberán aclararse

mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”.

Por su parte el artículo 187 del mismo código señala que “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades previstas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Se ha sostenido anteriormente que existe un régimen especial de los contratos administrativos para destacar su independencia de las normas del derecho civil. Por ello es bueno recordar que se ha llegado a considerar la ecuación financiera como un elemento esencial dentro de la contratación administrativa y para poder conocer el efecto de la ejecución del contrato sobre esa ecuación es claro que no hay medio distinto del de recurrir a los libros y papeles del contratista. Cualquier conclusión contraria llevaría a la imposibilidad de acreditar la perturbación en la economía del contrato, o los simples resultados de su ejecución, y vendría a consagrar en la práctica la inefectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

No es rigurosamente exacto decir que la empresa no lleva sus registros de cuenta, y que así no se pueden comparar dichos registros para pesar el valor de la contabilidad del contratista, ya que está obligada a un régimen de presupuesto y de control. Pero es más, la comparación solo puede hacerse sobre los pagos que la empresa haga al contratista, ya que sus costos y sus gastos son propios, no suponen una correlación con actividades de la empresa. Y esos pagos también se han acreditado en este proceso mediante documentos de la empresa: las actas numeradas de recibo de hora (cuaderno 4-VI-A), las actas de reajustes (cuaderno 4-VI-B) y las actas de resumen de pagos (cuaderno 4-VII).

Por otra parte es importante destacar que la empresa contractualmente tiene el acceso a los libros y los papeles del contratista ya que la cláusula 40 dice que “los representantes autorizados de la empresa tendrán acceso a todas las planillas de pago, registros de personal, recibos de entrega de materiales, registros de planta y equipos, y cualquier otra información relativa al desarrollo del contrato o que se necesite para determinar sus costos”.

Además el principio de la contratación de la prueba mira a la oportunidad procesal de conocerla y discutirla y nunca al momento en que se hacen los registros en los libros del contratista que, como queda dicho, dejaron de ser privados por la empresa en virtud de especial disposición contractual.

Dentro del campo del derecho administrativo los libros de contabilidad tienen plena eficacia probatoria, siempre que estén llevados en legal forma y sustentados con los correspondientes documentos de soporte, como está consagrado en los artículos 40 del Decreto 2821 de 1974, 37 de la Ley 52 de 1977 y 24 del Decreto 825 de 1978 y como antes lo establecían la Ley 81 de 1960 y sus decretos reglamentarios y modificatorios. No puede argüirse que las normas citadas tienen una aplicación exclusiva para la determinación de los impuestos ya que la ley no termina en la aplicación que de ella se haga el caso expresamente previsto, sino que trasciende al campo de la analogía, como lo disponen los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 5º del Código de Procedimiento Civil. Se puede agregar que el valor probatorio de la contabilidad, de acuerdo con sus reglamentaciones en el Código de Comercio, no reside exclusivamente en los registros de los libros del comerciante sino, fundamentalmente, en la concordancia de ellos con los documentos que los soportan.

Aquí resulta pertinente citar el auto del 8 de febrero de 1979 (exp. 2400), en el que el Consejo de Estado dijo lo siguiente: “La tendencia moderna y ciertamente conveniente en materia procesal es la de conceder amplitud al juez en la aceptación de medios probatorios, para buscar y encontrar la verdad que será fundamento de su decisión. Por eso, en el Código de Procedimiento Civil se expresó que “sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez” y se agregó que este puede practicar las no previstas en tal estatuto pero “de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”, y siempre, claro está, que las pruebas se ciñan al asunto debatido, que no estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o verse sobre hechos notoriamente impertinentes o se trate de manifestaciones superfluas (arts. 175 y 178).

“En el proceso contencioso administrativo se impone el mismo criterio, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 167 de 1941 no contiene un régimen general probatorio y por ello hay que acudir al Código de Procedimiento Civil para aplicar sus normas en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y de las actuaciones correspondientes”.

Pero, además, los libros y los comprobantes que soportan los asientos registrados en ellos fueron examinados por el tribunal en la inspección judicial practicada el día 3 de febrero de 1981, correspondiéndole a los peritos contadores, como auxiliares de la justicia, la función de asesoramiento del juzgador para la adquisición de la certeza o evidencia sobre los hechos inspeccionados. En dicha diligencia se estableció el debido registro de los libros y los señores peritos han dictaminado “que dichos libros están reflejando razonablemente el resultado económico de ICA en el proyecto Chingaza, porque:

1. Recogen los libros mayores, por las imputaciones allí consignadas, cada secuencia operacional que se efectúa y se ampara mediante el correspondiente soporte contable que determina el asiento respectivo. Por eso, puede sostenerse que los estados financieros, producto del resumen de operaciones, es derivado de la fuente misma informativa y nos proporciona un razonable y sano servicio, que necesariamente se conjuga en los correspondientes balances de la empresa.

2. Entonces, la apreciatividad que al respecto tenemos sobre la confiabilidad del proceso contable hasta ser conformado en estados financieros, comprenden exacta medida o reflejo del resultado financiero de la empresa en el proyecto de Chingaza.

3. Finalmente en el campo contable podemos aseverar que los pasos imputados en libros son exclusivamente los que corresponden al proyecto Chingaza. Por eso testificamos que los libros de ICA reflejan razonablemente el resultado económico en el proyecto Chingaza y determinan una apreciación ajustada al proceso secuencial operativo que se comenta”.

Más adelante agregan: “Los estados de resultados demuestran las pérdidas acumuladas de cada año, con la explicación detallada de los diversos rubros contables que lo componen y nosotros al cruzar dichos guarismos con los respectivos soportes, comprobamos la exactitud en los pasos contables seguidos por las imputaciones en libros.

“El costo directo y la obra ejecutada de cada año puntualiza el avance ascendente de ejecución. De esta manera, el costo ha ido paralelo al desenvolvimiento operacional y vertido en términos de dinero, los guarismos representados, son testimonio de la exacta apreciación según se exterioriza en los correspondientes soportes contables.

“El rubro Gastos generales y las subcuentas que lo integran, comprenden la usual nomenclatura y sus respectivos gastos están dentro del marco de una política ajustada al volumen operacional que demanda este tipo de obra.

“Los pagos de intereses sobre cesantías están corroborados con los respectivos comprobantes como se puede apreciar en los legajos de cada año y la cifra representativa de dichos pagos, está relacionada con su total.

Igualmente puede decirse con respecto al pago de imprevistos, en el legajo de cada año se encuentra relacionado el valor total por este concepto y al cruzar el valor erogado coincide con la totalización demostrada en los correspondientes documentos.

“Los pagos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siguen la misma pauta de los anteriores apartes y se consolidan cada año hasta demostrar un gran total de los años anteriores”.

En la forma anterior el tribunal constató personalmente la existencia de los libros y papeles de comercio relativos a la ejecución de la obra de Chingaza y los peritos dictaminaron sobre la debida concordancia entre los registros contables y los documentos de soporte. Para el tribunal el dictamen de los peritos contadores tiene pleno mérito por la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos. De acuerdo con ello el resultado hasta el 30 de noviembre de 1980 del contrato es el siguiente:

		Valores absolutos	%
Ingresos por obra ejecutada		\$ 2.982.899.995	100.0
Costo directo de la obra		<u>2.601.702.298</u>	<u>87.2</u>
	Ganancia bruta	381.197.697	<u>12.8</u>
Gastos generales	623.489.244		20.9
Gastos y productos financieros	131.092.170		<u>4.4</u>
		<u>754.581.414</u>	<u>25.3</u>
	Pérdida en operación	<u>373.383.717</u>	(12.5)
Otros ingresos		<u>57.966.321</u>	<u>1.9</u>
	Pérdida neta	<u>315.417.396</u>	<u>(10.6)</u>

Para la determinación del resultado anterior se ha excluido el valor de los pagos por concepto del impuesto de renta de \$ 5.436.025.12, por considerarse que es ajeno al contrato en sí mismo y para que se puedan comparar los distintos ejercicios, ya que solo en dos años se contabilizó dicho impuesto, mientras en los demás se canceló antes del cierre de operaciones.

Dentro de la pérdida antes determinada están incluidos los pagos hechos por el contratista por el alegado hecho del príncipe, cuyo valor en 30 de noviembre de 1980, según el dictamen de los peritos contadores, es de \$ 47.589.749, sumas que, como queda dicho, fueron completamente demostradas ante el tribunal. Por otra parte, aunque pudiera pensarse que dichas sumas quedan cobijadas con la cláusula de ajuste de precios convenida en el contrato ello no es rigurosamente exacto ya que el reajuste solo mira a los pagos en pesos que representan menos de la mitad del valor del contrato. No puede pasarse por alto la conformidad de ambas partes en el hecho de que el componente en dólares lo destina el contratista a pagar bienes en el exterior y parte importante a hacer pagos en el país y, de todas maneras, a que contribuyan al costo del proyecto de Chingaza (resumen de las alegaciones orales del abogado de la empresa, pág. 49; C. GC-79-581 del 22 de mayo de 1979, pág. 4).

El resultado de la ejecución del contrato es deficitario y la pérdida ha sobrepasado el alea normal antes determinada. Pero, además, siguiendo el criterio expuesto por Rivero, se procede a la comparación de los diversos años de su ejecución para establecer la gravedad y persistencia del déficit, utilizando los porcentajes de cada año sobre la obra ejecutada, así:

	1975	1976	1977	1978	1979	1980
Ingresos	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
Costo directo	87.0	94.0	88.0	90.0	80.3	81.0
Ganancia bruta	13.0	6.0	12.0	10.0	19.7	19.0
Gastos generales	39.0	20.0	16.0	17.0	24.4	25.2
Gastos financieros	1.0	0.9	1.0	2.0	20.4	4.5
Pérdida operacional	(27.0)	(14.9)	(5.0)	(9.0)	(25.1)	(10.7)
Otros ingresos	-	-	-	2.0	7.0	3.5
Pérdida neta	(27.0)	(14.9)	(5.0)	(7.0)	(17.9)	(7.2)

De las cifras anteriores se desprende que el contratista ha operado durante toda la ejecución del contrato con déficit, que ha venido del 27% del valor de la obra ejecutada, hasta un 5% de la misma, y que salvo del año de 1977, en todos los demás el déficit superó el alea normal determinada anteriormente, con base en las diversas estipulaciones contractuales. Igualmente el resultado final supera en mucho (casi el 100%) el 15% del valor estimado inicial del contrato que, conforme al mismo, en caso de disminución de obra, daría lugar a una revisión

en el precio.

La pérdida neta configura el resultado definitivo de la ejecución del contrato en 30 de noviembre de 1980 y no está afectado por causas o hechos ajenos al mismo ya que, como dicen los peritos contadores, muestra “la exacta medida o reflejo del resultado financiero de la empresa en el proyecto Chingaza”. Entonces no hay factores extraños al contrato y no podría pensarse que la pérdida se debió a culpa o descuido del contratista ya que conforme al artículo 835 del Código de Comercio “se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que esta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”. En el proceso no se alegó en ningún momento la culpa del contratista y tampoco hay prueba de ella.

No sobra agregar que, conforme al acta del resumen de pagos 68 A de noviembre de 1980 el valor en pesos del contrato se descompone así:

Valor de la obra originalmente contratada	\$ 511.671.352
Valor obras adicionales	34.715.411
Valor obras extras	201.127.315
Valor de la obra ejecutada (precios contractuales)	747.514.078
Ajustes de precios	850.099.512
Anexo 2 alimentación	255.514.113
Valor del contrato (pagos en pesos) \$	1.853.127.703

El valor de los ajustes de precios (cláusula 7ª) representa el 113.72% de la obra ejecutada. Anteriormente se dijo que el valor en dólares de la obra ejecutada, según la misma acta, es de 27.521.213.82, y que al convertirla en pesos al tipo de cambio estipulado en el contrato, \$ 25.61, alcanzaría a la suma \$ 704.818.291. Si esta suma se hubiere reajustado en la misma forma que el componente en pesos del contrato los ajustes valdrían \$ 801.519.361 y el valor en pesos de la parte convenida en dólares sería de \$ 1.506.337.652. Si comparamos este valor con lo percibido por ICA, según demostración anterior con base en el dictamen de los peritos contadores y las actas de resumen de pagos, tendríamos que al no haberse pactado el reajuste de los pagos en dólares el contratista dejó de percibir la suma de \$ 376.565.361, con la cual habría ejecutado el contrato dentro del alea normal, sin lugar a déficit y con una pequeña ganancia. La demostración es como sigue:

Valor en pesos de la parte pagadera en dólares (\$ 25.61)	\$ 704.818.291
Reajuste del 113.72% sobre la cifra anterior	801.519.361
Valor del contrato en dólares con reajuste	1.506.337.652
Valor de los pagos en dólares reducidos a pesos, según la contabilidad del contratista	1.129.772.291
Menor valor percibido por falta de ajuste de los pagos en dólares	\$ 376.565.361

En tales condiciones para el tribunal es claro que ha habido un grave quebranto en la economía del contrato, debidamente cuantificado, que por ser ocasionado por hechos que las partes no pudieron razonablemente prever y que fueron ajenos a ellos, configura así los requisitos necesarios de la teoría de la imprevisión.

4. Fundamentos de derecho de la teoría de la imprevisión. De manera amplia el tribunal ha analizado anteriormente la teoría de la contratación administrativa, para señalar lo que los autores llaman la asociación de intereses o la colaboración entre la administración y el particular, que quiere indicar que en tales contratos no hay una confrontación de intereses si no su concurrencia para lograr la prestación de un servicio público, la satisfacción de una necesidad general. Así se ha hecho mención a que el contrato administrativo es la conjunción de dos intereses de categorías totalmente diferentes: el interés particular que persigue el contratista y el interés general, la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, que persigue la administración.

De todas estas características ha surgido la llamada ecuación financiera del contrato o el equilibrio financiero del mismo, para llegar a constituirse en un elemento esencial del contrato administrativo. En estas condiciones es evidente el progreso de la jurisprudencia y de la doctrina en el campo del derecho administrativo.

Mientras Gastón Jeze en su obra citada (págs. 4 y ss.) justificaba la teoría de la imprevisión anotando que el contrato obliga no solo a lo expresado en él sino a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley asignen a la obligación según su naturaleza; que en el contrato se entienden incluidas las cláusulas usuales y que las convenciones deben cumplirse de buena fe, hoy no es necesario recurrir a esos razonamientos porque el equilibrio financiero del contrato se considera como uno de sus elementos esenciales como una de las características configurantes de la relación jurídica entre la administración y el particular, con las consecuencias que traen el artículo 1501 del Código del Comercio o los artículos 897 y 898 del Código del Comercio.

Todo lo anterior explica y justifica que nuestros tratadistas de derecho administrativo se refieran a los alcances de la teoría de la imprevisión (Carlos H. Pareja, curso de derecho administrativo, Editorial El Escolar, Bogotá, 1939, págs. 467 y ss.; Eustorgio Sarria, Tratado de derecho administrativo, Publicaciones Crítica Jurídica, Bogotá, 1948, págs. 179 y ss.; Pedro A. Lamprea, Contratos administrativos, Fondo de Cultura Jurídica, 1979, págs. 71 y ss. y 296); que Jaime Vidal Perdomo en el Contrato de obras públicas (Universidad Externado de Colombia, 1979, págs. 90 y ss.) estudie y defienda el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato; y que el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 1979 (Jurisprudencia del Consejo de Estado, Ediciones Lex, 1980, págs. 295 y ss.) presente una amplia enunciación de la doctrina y de la jurisprudencia en relación con la teoría de la imprevisión para darle una cabal aplicación. En dicha sentencia dice que “la regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo.

De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses público, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella, esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir usando la denominación generalizada en el derecho francés la ecuación financiera del contrato”. En otras palabras, el Consejo de Estado considera que dicha ecuación financiera es elemento esencial en la contratación administrativa. En cuanto a la justificación jurídica de la teoría Miguel S. Marienhoff (op. cit. págs. 471 y ss.) dice: “Pero ¿cuál es el fundamento jurídico positivo de la obligación del Estado de respetar el mantenimiento de esa ecuación económico - financiera?

“Para algunos dicho fundamento es el contrato, “ley de partes”. En realidad este fundamento es hasta idóneo para ello. ¿Qué obligación o vínculo más directo puede existir entre las partes que el propio contrato que ellas mismas celebraron? Así ocurre en Francia, donde la cuestión fue planteada ante el Consejo de Estado. Este, en el conocido fallo del 21 de marzo de 1910 (“Ministre des Travaux Publics c/Compagnie Générale Française des Tramways”), aceptó la tesis del egregio comisario de gobierno León Blum, quien, en síntesis, poniendo en juego la idea de “justicia conmutativa”, sostuvo que entre las obligaciones y los derechos del cocontratante debe existir una “equivalencia honesta”. Dijo Blum en su dictamen: “Es de la esencia misma de todo contrato de concesión hallar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas. La explotación de un servicio público puede ser concebida *a priori* como onerosa o como remunerativa. Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállese también implícita, como un cálculo, la equivalencia honrada (“**équivalence honnête**”) entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Y este cálculo de equivalencia es esencial al contrato...”. Algo similar acaece en Brasil, según referencias de Caio Tácito.

“En nuestro país, el fundamento del deber ético jurídico del Estado de mantener incólume el equilibrio financiero, la ecuación económico-financiera, del contrato en beneficio del contratante —indemnizando adecuadamente a este—, tanto más cuando tal alteración responda a razones de “oportunidad” o de “interés público”, no es otro que el “principio” constitucional emergente del artículo 17 de la ley suprema, en cuyo mérito a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento. “Va de suyo que el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato —“ecuación financiera del mismo”—

existe con relación a cualquier tipo de contrato, ya se trate de una concesión de servicio o de obra, de un contrato de construcción de obra pública, de un contrato de suministro, de un contrato de transporte, etc. La razón que justifica esa exigencia es esencialmente igual para todos los contratos administrativos. El respectivo principio inmanente de justicia que justifica tal solución, es de vigencia para toda especie de contratación”.

Los fundamentos del deber ético-jurídico del Estado, presentados en la cita anterior, también tienen cabida en nuestra Carta Fundamental cuando el artículo 16 señala que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honras y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y el artículo 30 dispone que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. De acuerdo con las normas constitucionales citadas, el contratista tiene derecho a la protección del Estado para que la ecuación financiera como elemento esencial del contrato que haya celebrado con la administración no sea vulnerada, mientras que el Estado tiene la obligación de cumplir las finalidades públicas perseguidas a través del contrato, para así darle satisfacción a las necesidades generales a su cargo. En las disposiciones comentadas se reglamentan los dos extremos o intereses que concurren en el contrato administrativo: El interés particular del contratante, como objeto de garantía por parte del Estado, y el interés general de la administración, como obligación que debe satisfacer. En tales condiciones ese derecho esencial al respecto del honesto equilibrio financiero del contrato tiene una amplia fundamentación jurídica en nuestro derecho positivo y mayormente si se tiene en cuenta que a la fecha de la celebración del contrato estaba vigente el Decreto 2630 de 1966, reglamentario de las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, que en el inciso segundo del artículo primero establecía que “las ampliaciones a que haya lugar por reajuste de precios, cambio de especificaciones y otras causas imprevistas, se consignarán en contratos adicionales, celebrados con las formalidades señaladas en las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966 y las modificaciones en su valor no podrán exceder de una mitad de la cuantía primitiva del contrato”.

Por su parte el Código de Comercio, teniendo en cuenta las modernas orientaciones, estatuyó en su artículo 868 que “cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

“El juez procederá a examinar la circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato”. “Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Como ya se ha dicho, toda empresa, como actividad económica organizada, supone un riesgo, una contingencia de ganancia o de pérdida, pero cuando el mismo rebasa las previsiones que se tomaron en cuenta en el momento de celebración del contrato se produce un desquiciamiento que la norma legal ha querido corregir. La excesiva onerosidad de que trata la ley se refiere a los contratos conmutativos que, al tenor del artículo 1498 del Código de Comercio, presuponen la equivalencia de las prestaciones de las partes. Cuando la excesiva onerosidad rompe esa equivalencia, desequilibra la igualdad propuesta de las prestaciones de los contratantes, la ley permite la modificación o la terminación del contrato. Precisamente la equivalencia de las prestaciones es el origen de la ecuación del contrato administrativo.

Estas formulaciones legales del derecho privado, que han recibido una decisiva influencia del derecho público, sirven para estudiar y definir relaciones entre particulares. Con mayor razón los principios que las informan se deben aplicar en el campo del derecho administrativo, donde han tenido la más amplia acogida y aceptación en la jurisprudencia y en la doctrina, ya que la administración está encargada de velar por los intereses de la comunidad. No se trata simplemente de una cuestión de justicia conmutativa, como aparece de los planteamientos de León Blum, sino que también va envuelta la justicia distributiva ya que la participación que corresponde a los particulares en la satisfacción de las necesidades generales está medida por normas distintas de las que se desprenden de la celebración de un contrato. El contratista colabora con la administración en la satisfacción de esas necesidades, pero no puede quedar obligado, en virtud de su vinculación contractual, a asumir parte del costo de las mismas que constituyen los deberes sociales del Estado.

Las consideraciones que anteceden sirven para explicar cómo el artículo 868 del Código de Comercio se aplica en el campo del derecho administrativo, no solo por razón de analogía, sino porque el derecho del contratante particular a que se preserve la ecuación o el equilibrio financiero constituye uno de los elementos de la esencia del contrato administrativo, el cual surge del principio constitucional de que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y para garantizar los derechos de los particulares adquiridos con justo título.

5. Consecuencias de la teoría. Las consecuencias que se desprenden de la teoría de la imprevisión surgen del principio básico que se ha tomado en cuenta para su formulación: la necesidad de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos o en la satisfacción de las necesidades generales de la comunidad. Por ello, mientras de una parte el contratista está obligado a continuar la ejecución o cumplimiento del contrato, de la otra la administración está obligada a abonarle una indemnización de imprevisión.

En este caso ICA ha venido atendiendo a cabalidad las obligaciones que surgen de la celebración del contrato 50-AB-11-8 y, por lo tanto, demostrados los elementos constitutivos de la imprevisión, se debe analizar lo relacionado con su derecho a la indemnización.

La indemnización de imprevisión ha sido considerada dentro de la evolución jurisprudencial y doctrinal como una ayuda, como un estímulo que reconoce la administración al contratista, para compensarle los esfuerzos realizados en la ejecución del contrato, pese a su situación deficitaria. Posiblemente, como lo anota Benoit (pág. 770 op. cit.), en los futuros desarrollos de la teoría se llegará a una verdadera indemnización, beneficio incluido, pero mientras no cambien los presupuestos actuales de ella la administración tan solo será obligada al reconocimiento de una ayuda al contratista para permitirle superar el período de crisis. Por ello, como dice G. Jeze (op. cit. pág. 30), “dado que el fin perseguido es muy limitado, se trata de una teoría de alcance completamente excepcional. No tiene su correspondiente en derecho privado, y se diferencia completamente de la teoría general de la indemnización compensatoria”.

Entonces la llamada indemnización de imprevisión no es en el fondo la indemnización de un perjuicio y, por lo tanto, no está sujeta a los presupuestos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Si se fuera a indemnizar un perjuicio no habría razón alguna para que la reparación no fuera completa y sería necesario acreditar plenamente el daño: lucro cesante y daño emergente, lo mismo que la relación de causalidad entre la culpa del agente y el perjuicio ocasionado. Sin embargo, aquí se trata de un resarcimiento, de una ayuda, por hechos o circunstancias ajenos a las partes y así se explica su tratamiento diferente al de la responsabilidad civil. Por ello los autores coinciden en que para la determinación de la ayuda no se toma en cuenta el *lucrum cessans* (G. Jeze, op. cit. págs. 53 y ss.; M.S. Marienhoff, op. cit. págs. 542 y ss.). Determinado el quebranto de la ecuación financiera el juez, en caso de disputa, hace la determinación de la ayuda.

Como dice A. de Laubadare (op. cit. pág. 338) “la indemnización de imprevisión no cubre la totalidad del déficit sufrido por el cocontratante; esta es, recordémoslo, la diferencia esencial que separa las consecuencias de la imprevisión de las del “hecho del príncipe”; en la imprevisión, la carga extracontractual es compartida entre la administración y su cocontratante; es el juez quien, a falta de acuerdo, establece así un arreglo financiero de acuerdo con una “interpretación razonable del contrato” (jurisprudencia constante); en la práctica, la mayor parte del déficit es asignada a la colectividad pública”.

Dentro de ese mismo orden de ideas Marienhoff (op. cit., págs. 545 y 546) dice que en Francia generalmente la administración es obligada a soportar entre un 85% y un 95% de la pérdida y que para fijar la interpretación razonable del contrato “han de considerarse diversos factores: los esfuerzos realizados por el cocontratante para superar las dificultades aparecidas o, por el contrario, sus negligencias a esos efectos; la situación general de la empresa; la estabilización económica; la buena o mala voluntad que haya demostrado la administración pública, ya que a veces esta se opone sistemáticamente a los requerimientos del cocontratante; si antes de aparecer el alea económica la empresa produjo o no beneficio; etc.”.

Teniendo en cuenta que el contratista se avino a la celebración del contrato y al cumplimiento de las obligaciones originadas en el mismo; que ha ejecutado la obra que le fue adjudicada sin que se hayan presentado reclamos al respecto; que la empresa ofreció estudiar los reclamos una vez celebrado el contrato; que las demoras en la

solución de las reclamaciones fueron ajenas al contratista; que, como se ha determinado antes, la contingencia de ganancia o de pérdida conforme a las estipulaciones contractuales se puede estimar en una suma cercana al 5% del valor del contrato; y que igualmente según el contrato se convino en que una disminución de obra y consecuentemente una disminución de los ingresos del contratista del 15% del valor inicial del contrato daría lugar a una modificación del precio convenido, se puede concluir que la ayuda o indemnización al contratista, como reconocimiento a su derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato, no debe ser menor del 95% del quebranto.

Por otra parte es lógico, dentro de la filosofía de la teoría de la imprevisión, que la ayuda que se reconoce al contratista debe llegar hasta el momento en que termine el contrato, a menos que se superen las circunstancias que han dado lugar al resquebrajamiento de su economía.

Por ello hay uniformidad en señalar que esas circunstancias deben ser temporales o, para mayor decir, pasajeras. Cuando ellas se hacen definitivas, conforme a lo sostenido por el Consejo de Estado francés en el fallo de los tranvías de Cherburgo del 9 de diciembre de 1932, no cabe ya la ayuda de la administración sino que se debe llegar a la terminación del contrato. Marienhoff (op. cit. págs. 547 y ss.) siguiendo el criterio del Consejo de Estado Francés considera que aquí se presenta un caso de fuerza mayor, posición contra la cual se pronuncia G. Jeze (op. cit. pág. 89) ya que efectivamente no hay una imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones para el contratista.

Es claro que el artículo 868 del Código de Comercio establece que “el juez ... ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato”. Es decir, el juez tiene la opción de reajustar las obligaciones de las partes o decretar la terminación del contrato. Sin embargo, no es fácil calcular las consecuencias que se puedan derivar de los reajustes de las obligaciones de las partes, menos aún en contratos de la naturaleza del proyecto Chingaza de carácter esencialmente técnico. Así, la posibilidad que señala la norma comentada es bastante remota en un contrato de esta naturaleza y no queda alternativa distinta a la de decretar la terminación del contrato, solución que es más acorde con las consecuencias de la teoría de la imprevisión dentro del campo del derecho administrativo.

6. Actualización del trastorno. El procurador judicial de ICA en sus alegaciones finales ante este tribunal dedicó el capítulo V a analizar lo que denominó la cuantía de las indemnizaciones. En dicho capítulo sostiene que condenar a la empresa a pagar “una indemnización de valuta, o sea, de cantidad en pesos, sería premiar su hazaña y a ICA dañarla irreparablemente. Por eso estoy pidiendo que todas las condenas se hagan en valor, es decir, en pesos a la fecha en que cada pago debió hacerse o cada pérdida se produjo. Para ello a cada cifra acordada será menester introducirle el correctivo de la indexación, hoy felizmente admitida en jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado”.

La indemnización de imprevisión, como queda dicho antes, está encaminada a buscar el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato que se ha quebrantado por el acaecimiento de hechos que no hayan sido razonablemente previsibles en el momento del acuerdo de voluntades. Ese quebranto es una situación que arranca desde el momento en que los ingresos sean insuficientes para absorber los costos y gastos en que se ha incurrido para producirlos y configurar lo que se ha denominado período extracontractual.

Sin embargo, el quebranto se establece de la comparación de todos los ingresos con todos los costos y gastos. Ello quiere decir que no se podría predicar que a partir del momento en que se rompe la ecuación financiera se presenta una situación continuada de quebrantos sucesivos. No hay varios quebrantos sino uno solo, resultante de la ejecución del contrato hasta una fecha determinada. Es cierto que en el campo de la responsabilidad y de la consiguiente indemnización de perjuicios los autores y la jurisprudencia han consagrado la llamada indexación y que tales principios han tenido reconocimiento de nuestra Corte Suprema de Justicia (sent. abr. 24/79) y del Consejo de Estado (sent. mar. 20/80); pero es importante repetir que la ayuda de imprevisión no constituye una indemnización de perjuicios, que en ningún momento se busca la reparación de un daño. Su filosofía descansa en la necesidad de ayudar al contratista a superar las situaciones difíciles por las cuales atraviesa a causa del acaecimiento de hechos extraordinarios que no fueron razonablemente previsibles en el momento de la celebración del contrato, y como una contraprestación a los esfuerzos realizados para seguir atendiendo al cumplimiento de sus

obligaciones.

El establecimiento del déficit está encaminado a demostrar el quebranto o trastorno de la ecuación del contrato y representa el exceso de los recursos utilizados en su ejecución sobre los recursos percibidos.

Desde un punto de vista contable el déficit representa una disminución real de los factores que integran el patrimonio pero cuando es operacional no puede estar identificado con determinados activos o pasivos. Por ello no es posible aplicar al déficit los principios que se invocan en cuanto a la determinación del valor actual de un daño que deba ser reparado.

Ya se ha notado anteriormente que en la ayuda de impresión no tiene cabida el lucro cesante, como la ganancia que se ha dejado de percibir; pero tampoco se puede aplicar el principio de la indexación porque el resultado sería el de incrementar el patrimonio en una cifra superior al déficit registrado, lo que necesariamente originaría una ganancia o un superávit patrimonial.

En tales condiciones la perfecta armonía en las directrices de la teoría de la imprevisión deja a un lado la problemática de la actualización del quebranto. En efecto, por un lado el déficit es el resultado de la confrontación total de los ingresos, costos y gastos en una fecha determinada, que es actual ya que se trata de un contrato en ejecución, y por otro lado la ayuda de la administración es la contribución para superar la situación de desequilibrio, sin que en momento alguno se busque la reparación o el resarcimiento de un perjuicio. Ambos contratantes, el particular y la administración, están comprometidos en una misma empresa encaminada a satisfacer las necesidades generales de la comunidad y por ello la administración debe prestarle al particular su ayuda a fin de que logre superar las dificultades o trastornos que se le han presentado en la ejecución del contrato y así obtener las finalidades perseguidas como parte de los deberes sociales del Estado.

El trastorno o quebranto se ha determinado a través del dictamen de los peritos contadores, donde aparece el resultado de la ejecución del contrato hasta el 30 de noviembre de 1980, el cual se ha modificado descontando de la pérdida el impuesto de renta, como se anotó en párrafos anteriores y que alcanzó a la cifra de \$ 315.417.396.

Sobre esa base la ayuda al contratista para buscar el restablecimiento de la economía del contrato, estimada en un 95% del quebranto, es la suma de \$ 299.646.526.

7. Consideraciones finales. El tribunal ha contraído las consideraciones que anteceden a las reclamaciones del contratista contenidas en el punto primero del documento de compromiso suscrito el día 8 de octubre de 1980, ya que a ello se refiere su competencia. Se analizó lo relacionado con la actualización del reclamo porque se consideró, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, que no se estaba cambiando la reclamación relativa a la ayuda solicitada por el contratista, sino dando las bases para su cuantificación o medida (Henri y León Mazaeud y Andre Tunc en Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1963, T. 3º, volumen 1, págs. 638 y ss. y sent. del 20 de marzo de 1980, C.E., Bogotá). Lo anterior explica por qué el tribunal no ha considerado las peticiones del apoderado de ICA presentadas en la audiencia del día 15 de diciembre de 1980, en cuanto ellas difieren de las reclamaciones antes mencionadas. Por ello no se produce pronunciamiento especial sobre tales peticiones.

IX. Costas

De acuerdo con los artículos 671, 7º y 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil se hace la siguiente liquidación de costas:

— 50% de gastos de funcionamiento del tribunal de arbitramento y honorarios de sus miembros	\$ 4.550.000
— 50% honorarios a peritos ingenieros	200.000
— Honorarios peritos contadores	160.000
— Honorarios peritos economistas	240.000
— Papel sellado (20 sellos)	200

— Certificación Cámara de Comercio de Bogotá sobre existencia y representación de ICA	60
— Copia escritura 4885 de noviembre 26/79 Notaría 14 Bogotá, sobre establecimiento sucursal en Colombia	650
— Fotocopias a Aeronáutica Civil de contrato pedido como prueba	84
— Agencias en derecho que se fijan con aplicación de las tarifas vigentes del Colegio Nacional de Abogados (Res. 5725 del 4 de nov. de 1980 Ministerio de Justicia)	\$ 3.000.000
	\$ 8.150.994

Teniendo en cuenta que solamente han prosperado parcialmente de las pretensiones del contratista y que el tribunal sea abstenido de tomar en cuenta la indexación del reclamo, y de conformidad con lo señalado en el ordinal 5° del artículo 392 Código de Procedimiento Civil, la condena se distribuye entre las partes así: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E. el 60%; Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México el 40%.

X. Resolución

En mérito de lo expuesto el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias que se han presentado entre la sociedad denominada Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., con ocasión del contrato 50-AB-II-8, celebrado entre ellas para la construcción de la presa de Golillas, túneles y obras complementarias del proyecto Chingaza, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Con posterioridad a la presentación a la propuesta de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México, con sucursal en Colombia para la construcción de la presa de Golillas, túneles y obras complementarias del proyecto Chingaza y durante la ejecución del contrato 50-AB-II-8 celebrado entre dicha sociedad y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. para la construcción de tales obras, se presentaron hechos excepcionales, de orden nacional e internacional, cuyas consecuencias no pudieron ser previstas razonablemente por las partes y que produjeron un trastorno en su ejecución de \$ 315.417.396 hasta el 30 de noviembre de 1980, del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. reconocerá a Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México y con sucursal en Colombia, a título de ayuda para el restablecimiento de la ejecución financiera del contrato, la suma de \$ 299.646.526 que deberá ser pagada en los plazos previstos en la cláusula sexta del contrato, contados a partir de la ejecutoria de este laudo.
2. Decrétase la terminación del contrato 50-AB-II-8 por cuanto el trastorno o quebranto de su ecuación financiera tiene el carácter de definitivo, lo que se producirá dentro del término de un mes a partir de la ejecutoria de este laudo, fecha en la cual Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México, con sucursal en Colombia, procederá a hacer la entrega de las obras realizadas a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., con sujeción a lo previsto en la cláusula trigésima segunda del contrato, con las modificaciones que surgen del origen de su terminación.
3. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. reconocerá a Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México, con sucursal en Colombia, el noventa y cinco por ciento (95%) de la pérdida que acredite haber sufrido en la ejecución del contrato del 1° de diciembre de 1980 a la fecha de su terminación, a cuyo efecto presentará la cuenta de cobro respectiva, gozando la empresa del derecho que le concede la cláusula cuadragésima. El pago de esta cuenta se hará en los plazos previstos en la cláusula sexta del contrato, contados a partir de la fecha de la presentación de la cuenta respectiva.
4. Condenar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. a pagar a Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México, con sucursal en Colombia, por concepto de costos del presente proceso y de acuerdo con la liquidación que aparece en la parte motiva de esta providencia, la suma de \$ 4.890.596, una vez en firme este laudo.

5. No se hace pronunciamiento especial sobre las peticiones del apoderado de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA de México en la audiencia del 15 de diciembre de 1980 por las razones que se consignan en los considerandos de este laudo.

Notifíquese y protocolícese el expediente en una de las notaría del Círculo de Bogotá.

Tribunal de arbitramento. Secretaría, Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos ochenta y uno. El laudo anterior fue pronunciado 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, 10 y 325 del Código de Procedimiento Civil.

Tribunal de arbitramento. Secretaría. Bogotá, D.E., julio treinta y uno de mil novecientos ochenta y uno. El laudo anterior quedó ejecutoriado con fecha treinta (30) de julio en curso.

SALVAMENTO DE VOTO

0.00. Como miembro del Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir la controversia entre la sociedad Ingenieros Civiles Asociados, ICA, de México, y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., surgida en lo concerniente al contrato 50-AB-II-8, firmado el 14 de marzo de 1975, me permito disentir del laudo proferido por mayoría con fecha 27 de julio de 1981.

Considero que, en resumen y en esencia, en este proceso ha de tenerse en cuenta:

Que la sociedad Ingenieros Civiles Asociados, ICA, ha formulado unas peticiones principales y otras subsidiarias alegando circunstancias que, en su concepto, han roto el equilibrio económico del contrato, tanto por lo que en terminología jurídica se conoce como “hecho del príncipe” como por hechos imprevistos clasificables dentro de la teoría administrativa de la imprevisión.

Que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a su vez, ha impugnado tales peticiones y argumentos y negado varios de los hechos aducidos por aquella sociedad.

Que nuestra ley positiva, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y la doctrina de diverso expositores, permiten afirmar válidamente que en Colombia pueden decretarse indemnizaciones o ayudas extraordinarias, respectivamente, si llegare a ocurrir algunos de estos hechos, pero dentro de las condiciones exigidas en las disposiciones y sentencias correspondientes y señaladas por esos tratadistas.

Que este caso debe ser fallado en derecho, y que ha de determinarse, previamente:

a) Si la sociedad ICA tuvo pérdidas y su cuantía.

b) Si está probado que existió relación de causa a efecto entre todos o algunos de los hechos invocados por esta sociedad y las referidas pérdidas.

c) Si aun en el supuesto de existir esa relación de causalidad, la magnitud de las pérdidas permitiría al tribunal condenar a la empresa de acueducto a efectuar reajustes extraordinarios o decretar la terminación del contrato.

Vuelvo, ahora, a examinar, más a espacio y en su orden, algunos de los puntos expresados.

1.00. La teoría de la imprevisión

1.01. En nuestro derecho positivo

Inicialmente, conforme lo decidió la Corte Suprema en 1936, la posibilidad de modificar judicialmente las estipulaciones de un contrato libremente convenido por las partes se apoyó en el artículo 8º del Código Civil, que dice: “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Luego, en 1964, la ley 4ª de ese año, sobre contratos de obras públicas de entidades nacionales centralizadas y descentralizadas, dispuso que en los celebrados para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un

precio alzado o a precios unitarios, se pactaron revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos (arts. 4º y 11). Dicha ley fue complementada por la 36 de 1966 y esta se reglamentó en el Decreto 2330 del mismo año.

Es claro que sin acoger total y expresamente la teoría de la imprevisión, al introducir en los contratos administrativos de obra pública las cláusulas sobre su revisión por cambios en los factores determinantes de los costos, se adoptó un medio para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, que es la finalidad de la teoría de la imprevisión.

Más tarde el nuevo Código de Comercio, que empezó a regir el 1º de enero de 1972, dispuso en su artículo 868:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Esta norma, que adoptó expresa y claramente la teoría de la imprevisión para los contratos mercantiles y puede aplicarse a los administrativos por vía supletoria (incluso a los que celebren los establecimientos públicos del orden distrital), no deja al libre criterio del juez la interpretación de esa teoría sino que lo obliga a comprobar la ocurrencia de varios hechos, antes de proceder a su aplicación, a saber:

1.01.1. Que las circunstancias que alteren o agraven la prestación debida por una de las partes sean: a) extraordinarias; b) imprevistas o imprevisibles y c) posteriores a la celebración del contrato.

1.01.2. Que la alteración o la agravación afecten las bases del contrato y sean de un grado tal que le resulte a dicha parte excesivamente onerosa (resalto).

1.01.3. Que el contrato sea de ejecución sucesiva, periódica o diferida, y no aleatorio.

1.01.4. Que la parte afectada por la carga excesiva pida la revisión del contrato.

Pedida la revisión, el juez, luego de examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato, ordenará en primer término, si ello fuere posible, los reajustes que indique la equidad. (Debe entenderse que el criterio de equidad se aplicará en relación con ambas partes y no con una sola).

Si no fuere posible ordenar los reajustes, se decretará la terminación del contrato.

Con posterioridad a la puesta en vigencia del referido código se expidió el Decreto Ley 150 de 1976 (enero 27), por el cual se dictarán normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, estatuto en donde se dispuso que en los celebrados a precio alzado (global fijo) o por precios unitarios se podrían pactar revisiones periódicas de los mismos, en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Por último, en el acuerdo 9 de 1976 (C.F. del distrito), se incluyó una norma de igual tenor.

Tanto en el Decreto 150 como el Acuerdo 9 son posteriores a la fecha en que puede afirmarse surgieron nexos jurídicos obligatorios entre las partes de este juicio, que fue la de la aceptación de la oferta de la proponente ICA por parte de la Empresa de Acueducto (EAAB), o sea el 2 de diciembre de 1974. (El perfeccionamiento se efectuó el 14 de marzo de 1975, o sea el día de firma del contrato). Pero se mencionan aquí pues si bien no son aplicables al contrato entre dichas entidades, permiten completar, por vía ilustrativa, el curso legislativo de lo que a la teoría de la imprevisión concierne en Colombia.

1.02. En la doctrina de los tribunales

Algunas citas jurisprudenciales sobre la teoría de la imprevisión permiten apreciar muy bien el criterio de nuestros dos más altos tribunales de justicia sobre la materia.

1.02.1. Comenzaré con la transcripción que trae Ortega Torres (C.C. Editorial Temis, décima tercera edición págs. 36 y 37, Bogotá, 1979), de apartes de sentencias de 1936 y 1938, con las cuales se inició la aplicación de dicha teoría. Dicen así:

“Imprevisión. Aunque los contratos legalmente celebrados son ley para los contratantes, se ha suscitado la cuestión de si los tribunales pueden modificar la manera de ejecutar los contratos cuando con posterioridad a su celebración surgen hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes; tales hechos deben ser extracontractuales e imprevistos.

La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la edad media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una *cláusula rebussic stantibus*, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones en los términos en que habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. La fórmula completa es: *contractus qui habent tractum succesivum et dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan amoroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad.

Solamente en los años posteriores a la guerra 1914-1918, los grandes tratadistas, merced al abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecase y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría.

“Precisamente el principio sentado en el Código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (art. 1134), principio repetido por el artículo 1602 de nuestro Código de Comercio, ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que le quita al juez todo poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente convenidas por las partes. La Corte de casación francesa, condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales y cortes de apelación que la habían acogido, dijo lo siguiente: “La regla establecida por el artículo 1134 del Código de Comercio, es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas como en los contratos de otra naturaleza; en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones, pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones” (Cornelio Mihail Popescu, *Essai d’une théorie del’imprevisión en droit français et comparé*, París, 1937, pág. 77).

Pero sea cualquiera el efecto que se le designe a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia,

probarse y debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante (sic) ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y ser materia de decisiones especiales de los jueces de instancia.

A todo lo cual cabe añadir, como observación final, que según lo dijo la corte en casación del 29 de octubre de 1936, la teoría de la imprevisión “no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría solo se inspira en la idea del equilibrio contractual” (cas., 29 de octubre 1936, XLIV, 457; 23 de mayo 1938, XLVI, 544)”.

1.02.2. En el fallo del Consejo de Estado de 20 de septiembre de 1979, donde se hace extenso estudio sobre la teoría de la imprevisión y que en nada contradice a los de la Corte Suprema de Justicia de 1936 y 1938, figura la siguiente cita:

“El código civil italiano de 1942 incorporó a su articulado, tomadas del derecho administrativo, la teoría de la imprevisión y la teoría de las circunstancias materiales imprevistas. Dicen así estas disposiciones:

Sección III. De la excesiva onerosidad.

ART. 1467.—Contrato de prestaciones recíprocas.

En los contratos de ejecución continuada o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá reclamar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el alea normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

ART. 1664.—Onerosidad o dificultad de ejecución.

Cuando por efecto de circunstancias imprevisibles se hayan verificado aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, tales que determinen un aumento o una disminución superiores a la décima parte del precio total convenido, el contratista o el comitente pueden pedir una revisión de dicho precio. La revisión puede ser acordada solo en cuanto a aquella diferencia que exceda de la décima parte. Si en el curso de la obra se manifiesta dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hídricas y similares, no previstas por las partes, que hagan notablemente más onerosa la prestación del contratista, este tiene derecho a una compensación equitativa”.

Como puede verse, el legislador italiano, en el primero de los artículos copiados, acogió como uno de los requisitos indispensables para decretar la terminación del contrato, la ocurrencia de hechos extraordinarios o imprevisibles que llegaren a hacer excesivamente onerosa la prestación de alguna de las partes. Sin embargo, en el deseo de mantener la existencia del contrato, se dio al demandado la oportunidad de evitar esa terminación ofreciendo un cambio equitativo de sus condiciones (resalto).

Para el caso solo calificado de oneroso y para el de dificultades materiales de ejecución, las reglas son otras, a saber:

Si circunstancias imprevisibles causan aumentos o disminuciones en el costo de materiales o de mano de obra, que determinen un aumento o una disminución superior a la décima parte del precio total convenido, cualquiera de las partes puede pedir una revisión de dicho precio, pero esta solo puede acordarse en cuanto a la diferencia que exceda de la décima parte del precio.

En otras palabras; que una pérdida de menos del diez por ciento no da lugar a la revisión del contrato, se considera un alea normal y que solo es compensable o reajutable la diferencia que se encuentre por encima de este porcentaje.

Para el caso de determinadas dificultades materiales imprevistas que hagan notoriamente más onerosa la prestación del contratista, no se previó la terminación sino una compensación equitativa.

Este régimen permite apreciar cuáles son, según el legislador italiano, las bases para medir la gravedad de la alteración y, según el caso, en cuadrar el monto de la indemnización o decretar la terminación del contrato.

Por otra parte en el referido fallo, el Consejo de Estado afirma:

“1. De toda la doctrina y la jurisprudencia transcritas, resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre “enorme alteración” por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración” (resalto. Jurisprudencia del C.E., compilada por Jairo López Morales Ediciones Lex. Bogotá 1980, págs. 326, 327 y 329).

1.03. En la doctrina de los expositores

Paso, ahora, a transcribir varios párrafos de libros de derecho administrativo, los cuales sirven para ilustrar sobre algunos de los requisitos necesarios para aplicar la teoría de la imprevisión a un caso particular.

De los “principios generales del derecho administrativo” de Gastón Jeze, (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, t. V) quien sigue siendo uno de los grandes maestros en la materia, cuya obra aún no ha sido superada en su brillantez y profundidad:

“Mientras la pérdida no sea excesiva y no impida la colaboración, resulta equitativo y de buena política obligar al contratante a conformarse a las estipulaciones del contrato administrativo. Unicamente cuando la pérdida es muy considerable, puede admitirse la preocupación de evitar la ruina del contratante a fin de asegurar la continuidad del servicio público. Solo entonces la administración debe, al exigir al contratante el cumplimiento de sus obligaciones, acudir en auxilio de su colaboración mediante una ayuda pecuniaria, temporaria, reducida a lo indispensable, para estimularlo así a superar la crisis” (pág. 8).

“La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aun a preservarlo de cualquier pérdida.

El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante otorgar a este el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la administración, en forma de un suplemento de precios; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida; ni aun una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la administración” (pág. 38).

“Según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la teoría de la imprevisión supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista exceden, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever, es lo que el Consejo de Estado llama precio límite, cuando se trata de alza de precios de costo” (pág. 51).

“1. Solo cuando se excede el precio límite comienza el período de imprevisión. Hasta ese momento el problema de la imprevisión no se plantea (75). Ello es porque lo primero que debe establecerse es el comienzo del período de imprevisión. (75. Alibert, op. cit. pág. 15) “Es indispensable calcular el precio-límite en todos los casos, para saber si existe o no imprevisión; este precio es una especie de cuestión previa, que abre o cierra el procedimiento de compensación; debe excederse para que surja el derecho a indemnización” (pág. 52).

“El juez del contrato no pone en la cuenta de la administración toda la carga extracontractual, todo el déficit del período extracontractual. El contratante debe soportar una parte de dicha carga.

La idea de colaboración entre la administración y el contratante ha conducido a la idea de participación en la pérdida, en el déficit.

No hay que olvidar, tampoco, que la teoría de la imprevisión es excepcional. La teoría general establece que cada parte debe respetar sus obligaciones contractuales hasta llegar incluso a su ruina completa.

Es únicamente para asegurar el funcionamiento de un servicio público en un período difícil, que la administración acude en ayuda del contratante, su colaborador, para impedir que su completa ruina paralice la marcha regular del servicio” (pág. 77).

Del “derecho administrativo” de Manuel María Díez (T. II, Ameba, Buenos Aires, 1965, pág. 564), quien al hablar de las condiciones propias de la teoría dice:

“3) Estos eventos deben provocar una perturbación suficientemente profunda en la ejecución del contrato para dar origen a que se pueda aplicar la teoría de la imprevisión. La aspiración de un beneficio por el cocontratante o la existencia de un déficit no son suficientes para permitir la aplicación de esta teoría.

Es necesario que la gravedad y la persistencia del déficit excedan de lo que el cocontratante pueda razonablemente prever. Es preciso que se sobrepase el precio límite, es decir, el margen de alza eventual que el cocontratante debe tener en cuenta como si fuera un riesgo normal. La superación de ese precio límite constituye la base para la aplicación de la teoría de la imprevisión, porque solamente en esos supuestos habrá ocurrido un verdadero desequilibrio del contrato, es decir, una perturbación profunda, absolutamente anormal, que la hace aplicable” (el tratadista apoya este párrafo en Rivero, Laubadere y Vedel).

Del tratado de derecho administrativo, de Miguel Marienhoff, (t. III – A – Buenos Aires, 1970) uno de los más citados en Colombia pero cuyas opiniones no son, muchas veces, las de la mayoría de los autores, posiblemente por la situación peculiar del derecho argentino frente a la administración de ese país:

“¿Qué se entiende por “teoría de la imprevisión”? Esta teoría, también llamada “riesgo imprevisible”, o de “lesión sobreviniente”, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles —posteriores a la celebración de un contrato administrativo—, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, este pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante” (pág. 501).

“Ya precedentemente sostuve que cuando la medida que causa el desequilibrio económico financiero del contrato, lesionando así al cocontratante, proviene de una autoridad estatal, “cualquiera” fuese dicha autoridad, la situación creada encuadra en la teoría del “hecho príncipe” (alea administrativa), salvo que la autoridad pública emisora de dicha medida pertenezca a una esfera un orden jurídico distinto del correspondiente a la autoridad que intervino en la celebración del contrato (verbigracia, contrato celebrado por una provincia que resulta alterado por una medida dictada por la Nación), en cuyo supuesto, tratándose de esferas jurídicas distintas, la situación mencionada es enteramente asimilable a la del acontecimiento perturbador “extraño” o “ajeno” a la voluntad estatal (alea “económica”), quedando por ello encuadrado en la “teoría de la imprevisión”” (págs. 502 y 503).

“798 c) Para fijar la indemnización solo se tienen en cuenta las “pérdidas” sufridas por el cocontratante. Sobre esa base se fija la indemnización. Las “ganancias” dejadas de percibir no se tienen en cuenta a estos efectos; ello es así porque en estos supuestos la indemnización solo tiene carácter de “ayuda” para que el cocontratante supere el momento crítico en que se encuentra, y pueda entonces seguir cumpliendo el contrato. En estos casos la indemnización, no siendo “integral”, no tiene el alcance de “reparación”: implica, como dije, una mera “ayuda”.

Pero tampoco toda “pérdida” o quebranto del cocontratante es indemnizable o resarcible de acuerdo a la “teoría de la imprevisión”: a los efectos del resarcimiento solo se consideran las pérdidas o deterioros que excedan o sobrepasen el alea “normal” u “ordinaria”; vale decir, solo son resarcibles las pérdidas o quebrantos “extraordinarios” o “anormales”. Los quebrantos o pérdidas integrantes del alea “normal” quedan a cargo exclusivo del cocontratante, constituyendo un fondo mínimo no resarcible. Determinar cuándo se está en presencia

de una pérdida “normal” u “ordinaria” constituye una cuestión de hecho, que debe resolver en cada caso concreto. Como criterio general puede decirse que la pérdida o quebranto “muy pequeño” no es indemnizable en mérito a la “teoría de la imprevisión”: un menoscabo de esa índole integra el alea “normal” u “ordinaria”, cuya absorción queda a cargo del cocontratante” (págs. 542 y 543).

“799 d) Por principio, de acuerdo a la “teoría de la imprevisión”, y contrariamente a lo que acaece con el “hecho del príncipe” el resarcimiento no cubre “todo” el quebranto experimentado por el cocontratante. Esto es así porque prevalece el principio de que dicha indemnización solo implica una “ayuda” de parte del Estado, idea que armoniza con el “fundamento” de la teoría de la imprevisión (ver nums. 777 y 779), con la razón que le asigna a la misma carácter de “orden público” (ver 794, 1º) y con la circunstancia de tratarse de cargas “extracontractuales”, es decir “ajenas” al contrato y no imputable específicamente al Estado” (pág. 544).

En “el derecho administrativo francés”, Francis-Paul Benoit, (Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977) nos dice:

“1.117. En caso de perturbación de la economía del contrato, el cocontratante debe continuar respetando sus obligaciones y llevar a cabo las prestaciones previstas, a pesar de la pérdida financiera que para él resulta de ella.

Sin embargo, desde 1916, por el célebre fallo Gaz de Bordeaux, el Consejo de Estado a reconocido al cocontratante el derecho a exigir de la colectividad contratante una cierta indemnización de las pérdidas que sufre.

Esta indemnización presenta caracteres específicos. No se trata en absoluto de una indemnización que cubra la totalidad de la diferencia entre el provecho que el cocontratante contaba obtener de su contrato, y la pérdida que sufre efectiva mente por el hecho del trastorno de la economía de este último. La indemnización concedida corresponde solamente a una ayuda, una simple ayuda destinada a permitir al cocontratante atravesar, sin demasiado daño, pero no sin alguna dificultad, un período difícil en razón de las circunstancias económicas.

A los jueces administrativos se les reconocen en cada caso concreto, los más amplios poderes de apreciación en cuanto al importe de esta ayuda. La diferencia es por consiguiente profunda entre la indemnización por sujeciones imprevistas y la indemnización de imprevisión; la primera corresponde a un pago integral del trabajo suplementario realizado; la segunda es una ayuda destinada a permitir rebasar un cabo difícil. Por ello ninguna precisión puede darse en cuanto al importe de esta ayuda; los jueces no quieren sujetarse a definición alguna de principio y desean conservar su libertad de apreciación en cada caso concreto” (págs. 762 y 763).

“Por más justificada que estuviera, la jurisprudencia administrativa sobre la imprevisión debía necesariamente, en su concepción originaria, comportar limitaciones en el caso de los contratos cuya ejecución se extiende sobre un período muy largo de tiempo, es decir, prácticamente, en el caso de los contratos de concesión de servicio público. Si esta jurisprudencia agota sus efectos mediante el abono de una indemnización en el caso, por ejemplo, de un contrato de suministros, el cual nunca despliega su ejecución más allá de dos o tres años, por el contrario en el caso de la concesión, que cubre frecuentemente períodos de varias decenas de años, se corría el riesgo de ver que la indemnización de imprevisión tomaba la forma de un abono anual” (pág. 765).

“1.130. Debemos orientarnos, en los contratos de la larga duración, al reconocimiento en provecho del cocontratante de un derecho al equilibrio financiero contractual inicialmente previsto. Es decir, que la indemnización abonada debería perder su carácter de indemnización de cargos extracontractuales, para adquirir un carácter propiamente contractual. La buena fe implica, en efecto, que estas cargas financieras nuevas, que, en razón de las circunstancias económicas, aparecen en el curso de la ejecución del contrato, se consideren que deben ser soportadas en el marco contractual, es decir, conforme el equilibrio contractual, definido por el contrato, y válido solamente habida cuenta de las circunstancias de hecho del momento.

Esta concepción nueva de la imprevisión aparece como el único medio para permitir la supervivencia de las concepciones y considerar que la administración actuaba de buena fe cuando contrató” (págs. 770 y 771).

Como se ve, es de extrema importancia tomar en cuenta si el contrato es de concesión, a muy largo plazo, o de obra pública, que no suele exceder de cinco años, cuando es de ejecución sucesiva. Aunque a ambos les sea aplicable la teoría de la imprevisión, el juez no puede en su fallo dejar de tomar en cuenta la especie del contrato

administrativo, para decidir cuáles conceptos se ajustan más a esta y cuáles menos como ocurre en el caso de la evolución de la teoría, que la explica Benoit con base en los de concesión.

En la obra “contratos administrativos – Regímenes de pago y actualización”, editada por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1977), al hablar de las aplicaciones procesales específicas de la teoría de la imprevisión (pág. 128) en busca de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, se dice:

“Actualización de precios. Es el mecanismo previsto por las leyes 21.391 y 21392, para los contratos de servicio y suministros y locación de obras respectivamente, aplicando los índices del INDEC para la actualización tanto en la etapa de “ejecución del contrato” como en el “período de pago” en los contratos de suministro, y en los de obras públicas solo para esta última etapa, vale decir en el “período de pago”, subsistiendo el procedimiento de mayores costos en la etapa de “ejecución del contrato”. Se trata en suma de una reglamentación procesal de la imprevisión que, por vía de desvalorización monetaria, opera frustrantemente (sic) en el cumplimiento de los contratos y permite precisamente con la actualización restablecer el equilibrio financiero y el normal cumplimiento del contrato”.

Sobre la imprevisión y la revisión del contrato, y de la indemnización, se dice en esta obra (pág. 128, b)):

“En cuanto a su monto se tienen en cuenta las pérdidas sufridas por el cocontratante. Las ganancias o utilidades dejadas de percibir, están excluidas. “La mera disminución de las ganancias no justifica la aplicación de la teoría de la imprevisión, pues ello no constituye alea extraordinaria ... el *lucrum cesans* no constituye un sacrificio...”.

“c) Las pequeñas pérdidas tampoco son indemnizables. Un menoscabo de esa índole integra el alea normal u ordinaria, cuya absorción queda a cargo del cocontratante. El Decreto 11.511 de 1947, reglamentario de la Ley 12.910, fija como no indemnizable (sic) los deterioros que importen menos del 2% del monto del contrato (art. 9º), aunque luego derogado por el Decreto 3.772 de 1964”.

Por último, en su “Tratado integral de los contratos administrativos”, (vol. I, Edic. Depalma, Buenos Aires 1977), Jorge Escola, al examinar los requisitos que deben concurrir simultáneamente para que tenga lugar la aplicación de la teoría dice:

“3. El evento invocado debe producir una perturbación suficientemente profunda en el equilibrio económico-financiero del contrato, de modo tal que se evidencie que se está ante un alea contractual anormal, que exceda a los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el alea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

4. Debe existir una íntima correlación, una relación directa, entre el hecho alegado y el trastorno producido en la ejecución del contrato, estando a cargo del cocontratante la prueba de esa relación”.

Como puede apreciarse, las citas se han hecho siguiendo el orden cronológico de edición de los libros, a fin de mostrar si realmente ha habido una evolución profunda, sustancial en cuanto a la teoría de la imprevisión.

Los pocos autores nacionales que se ocupan del tema lo tratan brevemente y siguen muy de cerca a los autores franceses y a algunos argentinos de los que he citado, lo cual me exime de reproducir algunos de sus párrafos.

2.00, Pérdidas

Veamos, ahora, si durante la ejecución del contrato materia del litigio ha habido pérdidas y, de haberlas, cual es su cuantía.

En el expediente obra el dictamen de los peritos contables, el cual no fue objetado, se encuentra en firme y está basado en los libros de contabilidad de ICA de México.

Mediante este dictamen se comprobó plenamente que esta sociedad tuvo una pérdida que, hasta el 30 de noviembre de 1980, ascendía a la suma de \$ 320.853.420.40 moneda legal. Cualquier otro monto calculado en el fallo se aparta de la realidad procesal y solo corresponde a hipótesis.

Los razonamientos que haré luego están principalmente apoyados en esta prueba pericial, y a ella se mantendrán ceñidos.

3.00. Relación de causalidad entre las pérdidas y los hechos aducidos por ICA

Conforme a la jurisprudencia y a las doctrinas sobre la teoría de la imprevisión, antes reseñadas, y según la primera de todas las reglas procesales, para poder decidir el presente caso es indispensable establecer previamente si los hechos extraordinarios, graves e imprevistos, internos y externos, aducidos por ICA para pedir la modificación del contrato o su terminación, tuvieron o no relación de causa a efecto con las referidas pérdidas.

3.01. Como ya se vio, las pérdidas de ICA ascendieron a \$ 320.853.420.40 ellas se registraron en forma contable según muestra el siguiente cuadro, elaborado con arreglo a los datos incluidos en el dictamen de los peritos contables (último fl.).

Cuadro N° 1

Año	Ganancias brutas	(-) Gastos generales	(-) Impuestos sobre ventas	(-) Gastos y productos financieros	= Pérdida
1975	25.229.099.96	75.913.511.80	1.916.865.74	1.080.347.67	53.681.625.25
1976	34.878.684.45	108.147.259.48	-	4.257.691.20	77.526.266.23
1977	92.045.555.41	118.831.424.75	-	7.598.102.20	34.383.971.54
1978	82.278.159.97	115.452.712.83	-	14.243.196.72	47.417.749.58
1979	113.066.911.47	102.621.324.21	-	85.844.576.59	75.398.989.33
1980	91.665.607.21	102.523.010.82	3.519.159.38	18.068.255.48	32.444.818.47
Totales	439.164.018.47	623.489.243.89	5.436.025.12	131.092.169.86	320.853.420.40

Como se ve por el cuadro anterior, todos los años de la ejecución del contrato (1975/80) hubo una utilidad bruta resultante de la diferencia entre el ingreso por obra ejecutada y el costo de la obra (columna 2), pero los gastos generales, impuestos sobre ventas y gastos y productos financieros, absorbieron estas utilidades y produjeron las pérdidas respectivas (columnas 3, 4, 5 y 6). En conjunto, estos gastos tuvieron en las pérdidas la siguiente incidencia porcentual:

Gastos generales	623.489.243.89	(82.03%)
Impuesto a las ventas	5.436.025.12	(0.72%)
Gastos y productos financieros	131.092.169.86	(17.25%)
Total de gastos	760.017.438.87	(100%)

Es decir, que los gastos generales representa el 82% de la pérdida (\$ 263.32 millones), el pago de impuesto a las ventas el 0.72% (\$ 2.31 millones) y los gastos financieros el 17.25% (\$ 55.37 millones), con un total aproximado de \$ 321 millones.

La cuenta de gastos generales, que representa el 82.03 % de las pérdidas totales, está formada por los siguientes rubros:

01. Administración

02. Campamentos

03. Diversos
04. Fletes
05. Personal
06. Ingeniería
07. Departamento médico
08. Vigilancia
09. Prestaciones sociales
10. Oficina de Bogotá
11. Sindicato
12. Colegio Monterredondo
13. Tomaduría de tiempo
14. Construxport – seguridad
15. Indirectos de construcción

(Cuadernos X - A - a X - F anexos al dictamen de peritos contadores).

Puede observarse que ninguno de estos rubros o subcuentas indica que los asientos contables llevados a ellos tengan por causa parcial o total los acontecimientos internacionales extraordinarios e imprevistos o la desvalorización del dólar estadounidense alegados por ICA, como tampoco los expresa el dictamen pericial.

La partida de impuesto a las ventas, que representa el 0.72% de las pérdidas, corresponde a gastos ocasionados por un decreto dictado durante la emergencia económica por el Gobierno Nacional.

Pero el pago que a ella corresponde no puede atribuirse a un “hecho del príncipe” pues el establecimiento público que es la empresa de acueducto pertenece al orden distrital; ni tampoco ella cae dentro de la órbita de la teoría de la imprevisión pues fue compensada mediante el mecanismo de reajuste de precios, aplicable a los pagos en pesos estipulados en el contrato y conforme está probado en el expediente.

Acerca de la cuenta llamada gastos y productos financieros, que representa el 17.25% de las pérdidas, está integrada así:

1. Intereses y comisiones pagados a bancos del país.
2. Intereses y comisiones pagados en el país a entidades no bancarias.
3. Pagos por diferencias en tipo de cambio.
4. Productos – diferencias a favor en tipo de cambio.
5. Diversos.
6. Varios.

A este propósito y para mejor comprensión de esta cuenta, se muestra en el cuadro 2 un resumen de los asientos que la componen:

Cuadro 2

Resumen cuenta gastos y productos financieros

Años	Intereses y comisiones pagados y recibidos en el país		Diferencia en tipo de cambio		Diversos y varios	Totales año
	A bancos	A otras entidades	A favor	En contra		
1975 *	2.093.727.70	-	(1.491.414.54)	-	478.034.51	1.080.347.67
1976 *	4.272.908.68	-	(1.354.681.64)	503.669.57	835.794.59	4.257.691.20
1977	7.724.435.37	-	(451.731.14)	-	325.397.97	7.598.102.20
1978	12.280.880.97	-	(3.786.121.21)	4.759.384.34	989.052.62	14.243.196.72
1979	18.464.606.82	1.761.241.56	-	26.790.195.07	38.828.533.14	85.844.576.59
1980	16.009.875.97	1.248.933.71	-	724.600	84.845.80	18.068.255.48
Totales grales.	60.846.435.51	3.010.175.27	(7.083.948.53)	\$ 2.777.848.98	41.541.658.63	131.092.169.86

* Directamente al Banco de la República solo se pagaron \$ 39.397, así: \$ 38.263 en 1975 y \$ 1.134 en 1976.

(Fuente igual a la del cuadro 1).

El total de los gastos por concepto de esta cuenta asciende a \$ 131.092.169.86, resumidos así:

Como resultado de intereses y comisiones, pagados y recibidos y de bancos: \$ 60.846.435.51

Por igual concepto, con otras entidades: \$ 3.010.175.27

Por diferencias de cambio en contra: \$ 32.777.848.98

Por rubro de diversos y varios: \$ 41.541.658.63

Menos diferencias de cambio a favor: (7.083.948.53)

Total: \$ 131.092.169.86

Se observa:

Ninguno de estos rubros expresa su origen ni da base para determinarlo. No se sabe la naturaleza de las operaciones jurídicas que les dieron causa ni qué relación puedan tener con la desvalorización del dólar estadounidense. Los que se refieren a diferencias de cambio no especifican las divisas utilizadas ni su cuantía. Tampoco pueden subsanarse estas deficiencias con los documentos aportados al proceso ni con el dictamen contable, ni con los demás dictámenes.

En resumen que, examinadas las tres cuentas principales que registran la totalidad de los gastos y representan todas las pérdidas acaecidas, no se encuentra en ellos ningún elemento que pruebe directamente ni permita inferir en forma alguna que el componente en dólares del contrato haya sido la causa parcial o total de las pérdidas, ni la proporción en que hubiera podido efectuarlas.

Por otra parte, estudiado el dictamen de los expertos economistas, se establece que ellos tampoco se pronunciaron

sobre la existencia de la relación de causa a efecto entre la desvalorización del dólar estadounidense y las pérdidas del contrato.

Si se analizan los cuadros 5, 6, 7 y 19 pertenecientes a este dictamen, puede elaborarse el siguiente resumen.

Cuadro 3

Año	Pérdidas en millones de pesos col.	Cuadro 5 columna (3)	Cuadro 6 columna (2)	Cuadro 7 columna (2)	Cuadro 19 columna ++++
1975	53.7	118.7	115.2	103.1	9.1
1976	77.5	133.2	133.3	99.8	5.8
1977	34.4	141.1	171.9	82.1	6.5
1978	47.4	150	202.2	74.3	7.7
1979	75.4	163.4	232.9	70.1	9.6
1980	32.4	184.2	290.7	63.4	No hay dato

(Fuente: dictamen pericial de economistas)

Este cuadro muestra que las variaciones de los principales índices tomados como indicadores de los fenómenos extraordinarios externos e internos invocados como las causas de las pérdidas del contrato no coinciden con los aumentos ni las disminuciones de estas pérdidas. Así, a la pérdida más baja, corresponden los índices más altos y a índices también muy elevados corresponden pérdidas mucho menores que las ocurridas con índices más bajos.

De manera que mal podría deducirse de estos datos una correlación entre los aumentos de la desvalorización del dólar de los Estados Unidos de América y las pérdidas del contrato, ni una correlación entre los factores internos invocados y las variaciones de las pérdidas.

Además y de otro lado, es preciso anotar que en el laudo del cual me he permitido apartarme se afirma que el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato se demuestra al convertir a pesos de octubre de 1980, según los índices del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, el valor inicial en pesos del componente en dólares, lo cual daría un resultado de \$ 2.066.197.286 moneda colombiana (conversión de pesos a pesos). Que si, en cambio, se convierte a pesos el componente en dólares, a la tasa de cambio de octubre de 1980, el resultado de este cambio es de solo \$ 1.053.077.390, lo que daría una diferencia de \$ 1.013.119.896, respecto del primer resultado, o sea un desequilibrio de más de mil millones de pesos.

Pero al comparar este desequilibrio, teórico de más de mil millones, solo atribuía al componente en dólares, con las pérdidas concretas de toda la ejecución del contrato, que apenas representan un 10.6% del valor real del mismo, se ve de bulto lo desproporcionadas que son dichas conversiones.

En otras palabras, que si estas conversiones fueran aplicables en la práctica, las pérdidas registradas habrían tenido que ser de más de dos mil millones de pesos, ya que el componente final en dólares no es sino de casi el 38%, según resulta del fallo.

Por último, para terminar esta parte de mi escrito, deseo observar como puede afirmarse que tanto el laudo como ICA atribuyen las pérdidas, en síntesis a:

- La desvalorización del dólar estadounidense, incluso con relación al peso colombiano, y
- Los mayores costos generados por las medidas oficiales concernientes a intereses sobre las cesantías, pagos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar e impuesto a las ventas.

Ahora bien: en este proceso no ha sido probado que ICA haya traído al país todo o parte del componente en

dólares estadounidenses pactado en el contrato como parte del precio, el cual ella debía recibir directamente en el exterior de un empréstito otorgado a la empresa de acueducto por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para el proyecto Chingaza. En el supuesto de que haya traído esas divisas, o una parte, ni los documentos aportados al expediente ni los dictámenes periciales dicen cuándo, ni en que cantidades, ni a qué tipo de cambio se negociaron.

En estas condiciones, ni se podía demostrar ni se demostró en este juicio la relación de causa a efecto entre la referida desvalorización y las pérdidas de ICA.

Acerca de los mayores costos generados por las leyes del congreso sobre intereses de las cesantías y atención integral al preescolar y por el decreto de emergencia económica, como todas estas tres partidas correspondían al componente en pesos, su pago fue, finalmente absorbido por la empresa de acueducto, gracias a la fórmula de reajuste de precios estipulada en la cláusula séptima del contrato, tal y como se comprobó mediante los documentos pertinentes presentados y decretados como prueba en este proceso, en los cuales figuran los reajustes efectuados en lo relativo a estas tres partidas.

De manera que, desvirtuada también la relación de causa a efecto aducida por estos tres conceptos, tampoco era posible atribuir a ellas el carácter de causas específicas y eficientes de parte de las pérdidas.

4.00. Magnitud de las pérdidas para justificar su indemnización o terminar el contrato

Debe, por último, para finalizar este salvamento, examinarse si a la luz de la teoría de la imprevisión, en general, y en el caso concreto de este juicio, en particular, resulta viable decretar el pago de una ayuda al contratista y aun la terminación del contrato, en el supuesto de que sí se hubiera aprobado la relación de causa a efecto entre las pérdidas ocurridas y los factores externos e internos alegados por ICA y acogidos por el laudo arbitral.

Comenzaré por observar que, desde luego, lo más insignificante de las pérdidas produce un desequilibrio económico o financiero, por lo cual es preciso determinar cuál es la especie de desequilibrio que permite aplicar la teoría de la imprevisión y cuándo puede estimarse que se ha sobrepasado el alea normal del contrato.

Como ya vimos, nuestra Corte Suprema de Justicia exige que el desequilibrio sea de tal naturaleza que produzca una carga exorbitante e intolerable para el contratista.

En lo relativo a cuándo se llega a sobrepasar el alea normal del contrato, esa alta corporación juzgó que ello ocurre si se han excedido en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar.

El Consejo de Estado, en 1979, en el fallo atrás citado, habla de que la teoría es admisible cuando la ecuación financiera del contrato sufre “enorme alteración”.

Los autores de derecho administrativo, según las citas incorporadas a este escrito, dan algunas ideas necesarias para orientarse acerca de en qué consiste el desequilibrio económico del contrato. Así, por ejemplo, Jezé dice que su magnitud debe ser excesiva, muy considerable y que la ayuda pecuniaria debe ser temporal, reducida a lo indispensable para estimular al contratista a superar la crisis. Luego cita al Consejo de Estado Francés, que exige la presencia de cargas excepcionales que alteren la economía del contrato y excedan en importancia todo lo que las partes hayan podido razonablemente prever. Díez considera que en el contrato debe presentarse una perturbación suficientemente profunda, y que el déficit, respecto a lo que el contratista pueda razonablemente prever, sea grave y persistente. En general, acoge a Jezé. Marienhoff confirma que la indemnización solo tiene el carácter de ayuda para que el contratista supere el momento crítico y pueda seguir cumpliendo el contrato, pues ella no es integral ni tiene el alcance de reparación. Agrega que solo se consideran las pérdidas que excedan del alea normal u ordinaria, vale decir, las extraordinarias o anormales. Benoit dice que la parte asumida por la administración debe ser una simple ayuda que permita al contratista atravesar sin demasiado daño pero no sin alguna dificultad un período difícil en razón de las circunstancias económicas. Escola habla de una perturbación suficientemente profunda que evidencia una alea contractual anormal, que exceda los cálculos que las partes pudieron hacer e incluya el alea normal a cargo del contratista.

Hasta aquí, los criterios de la corte, el consejo y los tratadistas. Pero ha de recordarse, además, que nuestra ley

positiva reciente y en vigor (C. Co. art. 868) exige que la prestación del contratista debe haberse alterado en forma **excesivamente** onerosa (resalto).

Como puede apreciarse; todos ellos, expresa o implícitamente consideran que para poder aliviar las pérdidas del contratista estas deben superar el alea normal del contrato.

Cabe preguntar, ahora: ¿Qué constituye, dentro de la teoría de la imprevisión, el alea normal de un contrato? a ello ha de responderse: es, sin duda, el riesgo normal que debe asumir el contratista sobre la totalidad del contrato, sin derecho a ayuda. Es un límite de pérdidas a cargo suyo, por encima del cual, si ocurre un grave y excesivo desequilibrio económico del contrato, la administración debe asumir temporalmente, como ayuda reducida a lo indispensable, parte de las pérdidas que excedan de ese límite.

La ayuda parcial debe darse sobre la diferencia que resulte de deducir previamente el alea normal. Así, por ejemplo, si el alea normal es del 10% del precio del contrato y la pérdida es del 12% de este precio, la ayuda solo podrá ser de una parte del 2%, parte que determinará el juez, según las circunstancias de cada caso y con base en la jurisprudencia y la doctrina y, sobre todo, en el criterio adoptado por la ley.

Naturalmente, el alea normal o límite, que tiene que referirse a la totalidad del contrato, puede ser objeto de previa estimación y acuerdo entre los contratantes. Ahora bien: en el caso del contrato entre ICA y la empresa de acueducto, no se determinó ese límite o alea normal. El laudo, sin embargo, cree encontrarlo en dos de las estipulaciones de la cláusula decimocuarta y lo estima en un 5% del precio real del contrato.

A esto debo observar que esas dos estipulaciones de la cláusula decimocuarta corresponden a situaciones distintas, por lo cual no pueden mezclarse ni subordinarse entre sí ni servir de premisas para obtener conclusiones comunes.

La primera estipulación, convenida para el caso particular e hipotético de una reducción de las obras proyectadas, fija en un 15% del precio estimado inicialmente el límite máximo de esa reducción. En otras palabras, que este límite o margen no opera sino cuando, terminado el contrato, las obras ejecutadas son menores a las inicialmente estimadas. La finalidad de esta primera estipulación es asegurarle al contratista un mínimo de obra, y por ello ha de fijarse como base de comparación el precio estimado del contrato y no el precio real que resulte al terminarlo.

Es decir, que con este procedimiento no se ha señalado ni pactado el alea normal del contrato. Para calcular dicha alea, el 15% debe tener como base de comparación la totalidad de las obras realizadas del contrato, sin tener en cuenta si aumentaron o disminuyeron, y tomando el precio final del mismo y no el inicial o mínimo estimado.

La segunda estipulación, convenida para el caso particular y eventual de ejecución de obras extras, fija en el 16.67% de su precio real el pago que debe hacerse al contratista por concepto de dirección, gastos de oficina, administración, superintendencia general, otros gastos generales y utilidad, cuando resultare imposible acordar de antemano con el contratista el precio de la obra extra.

Se trata, pues, de un método para fijar un precio, que no establece ningún alea particular y menos la general del contrato.

En resumen, que al aplicar un criterio de interpretación analógica con la primera estipulación, pues con la segunda es imposible, debe concluirse que el alea normal del contrato es del 15% sobre su precio final y no del 5%, como se afirma en el fallo.

Consideraciones finales

De la ley de la doctrina se desprende que, en Colombia, para que haya lugar a aplicar la teoría de la imprevisión deben concurrir todos y cada uno de los siguientes requisitos previos:

5.01. Existencia de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, que esté en ejecución.

5.02. Ocurrencia de una grave y profunda alteración del equilibrio económico del contrato, causado por hechos extraordinarios imprevistos o imprevisibles, posteriores a su celebración e independientes de la voluntad de las partes.

5.03. Presencia de pérdidas graves y persistentes, que superen el alea normal del contrato.

5.04. Solicitud del contratista de que se remedie el desequilibrio.

1. En este caso tenemos un contrato en ejecución, pues aunque inicialmente se estipuló un término de duración de cuarenta y siete meses y las partes han tenido tres oportunidades para acogerse a su terminación, en todas tres lo han prorrogado de común acuerdo y siempre a solicitud de ICA, hasta mayo de 1982. (ver acta de modificación del contrato, de 29/XII/76; acta de modificación del programa detallado de construcción de 12/VI/79, y acta de obra extra OE 39, de 21/III/80). Se trata de un contrato de obra pública a mediano plazo, no de un contrato de concesión a muy largo plazo.

2. Ha habido un desequilibrio económico del contrato, pero no puede calificarse de grave ni de profundo, pues es de un 10.6% del valor real del contrato, conforme al siguiente cálculo:

Porcentaje de la pérdida de \$ 320.853.420.40 sobre este costo real del contrato: 10.6%.

3. Aunque ICA invocó hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevistos de mucha magnitud, no aparece probado en el expediente que ellos hayan sido la causa eficiente del desequilibrio, que bien podría haberse originado en otras causas.

4. La solicitud del contratista debe considerarse oportunamente presentada, pues aunque los hechos alegados ocurrieron con anterioridad a la firma del contrato, fueron posteriores a la fecha en que este comenzó a tener efectos jurídicos, o sea el día de la aceptación de la oferta por la empresa de acueducto.

5. Aunque las pérdidas han sido graves, en términos absolutos, no han superado el alea normal del contrato.

Faltando, pues, como faltan en este caso no uno sino tres requisitos esenciales par poder aplicar la teoría de la imprevisión, y no teniendo tampoco cabida la del “hecho del príncipe”, pues como se vio antes los actos de autoridades del orden nacional no pueden imputarse a la empresa de acueducto, que pertenece al orden distrital, no hay lugar a condenar a esta a pagar ayudas o indemnizaciones, y menos a decretar la terminación judicial del contrato.

6.00 Quedan, en los anteriores términos expuestas las razones que constituyen la base de mi salvamento de voto.

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Sala Civil

Magistrado ponente:

Dr. Humberto Rodríguez Robayo

Ref.: Proceso arbitral de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá e Ingenieros Civiles Asociados S.A.

Bogotá D.E, febrero 24 de 1982.

Ha llegado al tribunal al presente proceso arbitral como consecuencia de haberse interpuesto, por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el recurso de anulación contra el laudo arbitral producido para ponerle fin al diferendo.

Antecedentes

Da cuenta el expediente que, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E. y la sociedad denominada Ingenieros Civiles Asociados S.A. “entidad organizada conforme a las normas legales de los Estados Unidos Mexicanos, con domicilio principal en Minería 145 México 18 D.F. y sucursal legalmente establecida en Colombia y con domicilio en Bogotá D.E. y Cali (Valle) se celebró un contrato (50 - AB - II - 8 de mar. 14/75) como consecuencia, de la adjudicación hecha dentro de la licitación pública realizada para la construcción de la presa de Golillas, túneles y obras complementarias del proyecto Chingaza para el suministro de agua a la ciudad de

Bogotá.

En el mentado contrato se pactó la “cláusula compromisoria” (cláusula 37) según la cual los diferendos nacidos del ya mencionado trato y que no se pudieran seleccionar en la “etapa de conciliación” serían llevados a conocimiento y decisión de un tribunal de arbitramento.

Surgido el conflicto de intereses entre los tratantes, las partes, de común acuerdo, procedieron a designar los árbitros, nombramiento que recayó en persona de los doctores Luis Carlos Neira Archila, Miguel Aguilera Rogers y Álvaro Esguerra Castillejo.

Instalado el tribunal fue designado presidente del mismo al doctor Neira Archila y la secretaría le fue encomendada al doctor Daniel Rivera Villate.

Después de agotado el trámite señalado por la ley, con fecha julio 27 de 1981 se produjo el laudo arbitral que puso fin al proceso y que al ser impugnado por medio del recurso de anulación, trajo el debate a esta corporación. Como la ritualidad procedimental prevista en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil se cumplió a cabalidad es procedente entrar a decidir el recurso impetrado.

El recurso

Fue propuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., en forma oportuna, conforme a lo preceptuado en el ya aludido artículo 672 y, así mismo, sustentando temporáneamente.

El medio impugnatorio en análisis se edifica sobre dos de causales establecidas, para ello, en nuestro estatuto procedimental en vigencia, a saber:

- a) La estatuida en el numeral 7º del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, o sea, el “contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias”, y
- b) La prevista en el numeral 8º ibídem, es decir, “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en el más de lo pedido”.

Teniendo como fundamento las causales anunciadas la recurrente levantó el andamiaje del medio impugnatorio sobre tres cargos, que aquí se resumen:

1. Haber recaído el laudo arbitral sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, al dar por terminado el contrato (num. 2º de la parte resolutive del fallo).
2. El laudo arbitral condenó a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a más de lo pedido por “ICA” de México al haberse reconocido en él sumas superiores a las solicitadas por la empresa mexicana, como indemnización para establecer el equilibrio financiero del contrato y por haberse otorgado a favor de “ICA” un porcentaje sobre la pérdida que pudiera sufrir esa entidad en el futuro, hasta la terminación de la ejecución del contrato, siempre y cuando dicha pérdida se acreditara (nums. 1º y 3º de la parte resolutive de la decisión).
3. La parte resolutive del laudo arbitral contiene decisiones contradictorias, pues, sus numerales 1º y 3º ordenan el equilibrio financiero del contrato para que se pudiera seguir ejecutando y el numeral 2º sin embargo decreta la terminación del mismo.

Sentado lo anterior esta corporación procede a decidir el recurso y con tal fin hace las siguientes:

Consideraciones

Primer cargo

Se impugna, en primer lugar, el laudo arbitral, por el hecho de haber decidido puntos no sujetos al fallo del tribunal de arbitramento y concretamente al dar por terminado el acuerdo de voluntades que dio origen al proceso arbitral.

La parte impugnante entiende que el laudo acusado contiene una decisión “*extra petita*” en el numeral 2º de su

parte resolutive, el cual dispuso declarar terminado el contrato 50-AB-II-8 con ocasión de cuya ejecución surgieron las diferencias que dieron lugar a la constitución del tribunal de arbitramento.

Argumenta, la recurrente, que las comunicaciones que fueron base del compromiso y el mismo no hacen alusión a la posibilidad que la terminación del trato fuera materia del proceso arbitral y, por ende, del laudo, pues, en aquellas y en este solo se plantearon problemas relacionados con sobrecostos causados por la emergencia económica de 1974 y con el fin que “ICA” lograra la variación de la fórmula acordada para el reajuste del precio señalado en moneda colombiana y la adopción de otra para el pactado en dólares que, de acuerdo al contrato no estaba sujeto a reajuste alguno.

Resumiendo, conforme al recurrente, solo era materia del laudo arbitral la discusión de, si había lugar o no a la modificación de la fórmula de reajuste del precio señalado en moneda colombiana y, si era pertinente o no adicionar el contrato con una fórmula para lograr el reajuste del precio pactado en dólares. Pero, nunca la terminación del tantas veces aludido contrato.

Después de analizar la aplicabilidad del artículo 868 del Código de Comercio a los contratos administrativos, norma que consagra la teoría de la imprevisión, llega a la conclusión que su aplicabilidad es legal por estar de por medio el interés público. Sin embargo, concluye afirmando, el recurrente, que, aun en gracia de discusión, de ser aplicable la norma a tales tratos, en el caso de autos no se podía, de oficio por el tribunal de arbitramento, dar por terminado el contrato ya que no se ejerció la acción genérica de revisión del acuerdo de voluntades sino que solo se persiguió la adopción de medidas de reajuste del equilibrio económico entre los tratantes y que, por virtud del principio dispositivo, el juzgador no podía salirse de esa pretensión, so pena de estar decidiendo algo fuera de lo pedido.

Finaliza el impugnante pidiendo al tribunal que se declares la nulidad, de lo dispuesto en el numeral 2º de la parte resolutive del laudo acusado, y como consecuencia se ordena su suspensión.

La oposición

Se estriba, principalmente en afirmar que el primer cargo, al pedirse en él la nulidad del laudo arbitral, es impertinente, pues, se edifica sobre el numeral 8º del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. El cual consagra una causal que no conlleva a la anulación de lo actuado sino, tan solo, a la corrección o adición del fallo. Arguye, así mismo, que si el recurrente buscaba tal corrección o adición ha debido indicar en qué sentido debía corregirse o adicionarse el laudo por tratarse, el recurso de anulación, de un medio impugnatorio extraordinario siendo su interpretación muy rigurosa y por tanto no pudiendo el tribunal declarar la nulidad por expresa prohibición de la ley y por la absoluta formalidad del recurso.

Más adelante se hace, por el opositor, un juicioso estudio de la teoría de la imprevisión para concluir que el artículo 868 del Código de Comercio es perfectamente aplicable al caso debatido, entre otras razones por que la parte recurrente planteó, desde el momento mismo que surgió el conflicto, la aplicación de la menada norma al reclamo hecho por “ICA” respecto del desequilibrio económico del trato y porqué al solicitarse la revisión del contrato por parte del tribunal de arbitramento su terminación era materia del litigio como se infiere del texto del precepto enunciado.

Segundo cargo

Este cargo, de anulación, se dirige contra los numerales primero y tercero de la parte resolutive del laudo.

De acuerdo a la impugnante, las peticiones concretas de ICA fueron a) reforma de la cláusula de reajuste; b) reclamaciones por el “hecho del príncipe”, o sea la indemnización por los motivos que el contratista menciona en el capítulo I de su carta GC-79-581 de 22 de mayo de 1979; c) Indemnización hasta la fecha de esa comunicación por la suma de 170 millones de pesos; d) adición del contrato para incluir en la cláusula de ajuste los pagos hechos en dólares.

Resumiendo, de los cuatro reclamos dos se refieren a modificación del contrato y dos a indemnizaciones a favor de ICA.

La primera indemnización se estimó en \$ 51.524.874.49 suma de la cual debe deducirse lo correspondiente al impuesto de renta y patrimonio a cargo del personal extranjero (\$ 23.626.094.35) quedando reducida la petición a \$ 27.898.780.54.

La segunda indemnización fue valorada por ICA en la cantidad de \$ 170.000.000.

Las indemnizaciones alcanzan un gran total de \$ 197.898.779.64.

Manifiesta el recurrente que ICA no reclamó ninguna suma como indemnización hacia el futuro sino solamente una reforma y adición al contrato.

Sin embargo, afirma la impugnante, que el tribunal de arbitramento fijó la suma total de la indemnización en \$ 299.646.526 y, además, determinó que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá debía cancelar a favor de ICA el 95% de la pérdida, que esta sociedad acredite haber sufrido en la ejecución del contrato desde el 1° de diciembre de 1980 a la fecha de su terminación, decisiones estas que fueron más allá de lo pretendido por la entidad mexicana.

Para finalizar se solicita que los numerales primero y tercero de la parte resolutive del laudo sean anulados a fin que el tribunal modifique la decisión en el sentido que “su sabiduría indique”

Oposición

Primeramente se funda en el mismo reparo hecho al cargo primero, o sea, que la recurrente está solicitando nulidad de los numerales 1° y 3° de la parte resolutive del laudo basado en la causal consagrada en el numeral 8° del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil cuando tal causal no lo es de nulidad. Además, porque la corrección o adición que conlleva la demostración de dicha causal no puede ser en “el sentido que indique la sabiduría del tribunal” sino en el “de las pretensiones de las partes, que no han sido expuestas”.

En segundo lugar, la oposición se edifica en la acreditación que “la condena contra el acueducto no fue superior sino infinitamente inferior a la pretensión de ICA, con tal fin realizaciones disquisiciones acerca de lo pretendido inicialmente por ICA y lo otorgado por el tribunal de arbitramento para llegar a concluir que si la corporación que decide el recurso accede a lo pedido por el recurrente debe señalar la fórmula de reajuste del precio del trato con lo cual impondría a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá una condena superior a la señalada en el laudo.

Tercer cargo

Se acusa el laudo arbitral de ser contradictorio en su parte resolutive, debiéndose anular los numerales primero y tercero de un lado, y el segundo de otro.

Ello debe ser así, según la parte impugnante, porque en los numerales 1° y 3° de la parte resolutive del laudo, se impusieron cargas indemnizaciones a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y a favor de ICA con el fin de habilitar, a esta última entidad, financieramente para que continuara en el cumplimiento del contrato, restableciendo el equilibrio financiero o económico del trato, mientras que el numeral 2° de la misma resolución, se decretó la terminación del ameritado acuerdo de voluntades.

Conforme a lo sostenido por la recurrente la contradicción es evidente: “De una parte ordena el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a fin de que pueda seguir ejecutándose y de otra se dispone su terminación”, extremas, estos, que son contradictorios y como tales excluyentes.

Se afirma, además, en la acusación que, el tribunal de Arbitramento llegó a esa contradicción por el hecho de haber dado aplicación indebida al artículo 868 del Código de Comercio, pues, las dos alternativas, que consagra son excluyentes y no convergentes, como lo estimó el tribunal al producir el laudo, en otras palabras, esa norma preceptúa que “el juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique en caso contrario (es decir, cuando no fuera posible ordenar los reajustes que la equidad indique), el juez decretará la terminación del contrato”. (Lo resaltado y

lo encerrado por paréntesis no son del texto original sino del escrito sustentatorio del medio impugnatorio) y no que puedan tomarse esas dos decisiones al unísono.

Oposición

Emerge del mismo planteamiento esquematizado para atacar los otros dos cargos, o sea, que la causal invocada (CPC, art. 672, num. 7º) tampoco acarrea nulidad, sino que tan solo conlleva a la corrección o adición del laudo: Según el opositor “quedaría sin indicar el recurrente el sentido de la corrección o adición que persigue, pues a falta de esa mención el tribunal carece de *petitum* respecto al cual pronunciarse”.

Para finalizar, la parte opositora, manifieste que entre las decisiones acusadas no existe contradicción alguna pues las contenidas en los numerales 1º y 3º de la resolución del laudo hacen relación “hacia el pasado” (el pago de los perjuicios recibidos por ICA desde la iniciación del desarrollo del trato hasta cuando se produjo el fallo) y el 2º “hacia el futuro” (terminación del contrato) en virtud que es entendido que el contrato se desequilibró en forma definitiva de tal manera que no era posible introducirle ajustes equitativos y que correspondía, entonces, era necesario darlo por terminado.

Criterio del tribunal

Naturaleza del recurso de anulación y sus consecuencias:

Como bien lo observan los tratadistas nacionales, y entre ellos los más connotados doctores Devis Echandía y Morales Molina, el recurso de anulación es por excelencia un medio impugnatorio excepcional y extraordinario.

Es excepcional porque, tal vez, la legislación procedimental colombiana es de las únicas, al menos en Latinoamérica, que establece o consagra un medio de impugnación que pueda impetrarse en contra del fallo proferido por un tribunal del arbitraje, o sea, contra el laudo arbitral, pues, en casi la totalidad de ellas esa decisión es de única instancia, es decir, abstraída de la posibilidad de ser atacada por los contendientes en el conflicto de intereses en donde se haya derogado la jurisdicción del Estado, ya sea a través del contrato autónomo denominado “compromiso” o de la “cláusula compromisoria”.

Al respecto Hernando Morales, advierte: “Uno de los principios fundamentales del arbitramento es que curse en una sola instancia, por lo cual la sentencia no está sujeta a apelación. En algunos países, sin embargo, con el objeto de controlar la regular aplicación de la ley, se establece al recurso de cesación contra el laudo arbitral, si se dicta en derecho, presentándose la variante de legislaciones que reducen dicho recurso al aspecto normal, aunque en otras abarca también la sustancial”.

(sic) “En Colombia, tradicionalmente el laudo arbitral carecía de todo recurso; pero teniendo en cuenta la necesidad de controlar la organización misma del tribunal, así como los límites en que debe actuar y al sistema procesal empleado, para garantía de quienes acuden a dicho tipo de justicia, el código organizó en primer lugar el recurso de anulación”. (Hernando Morales Molina “Curso de Derecho Procesal Civil”, parte especial, págs. 451 a 454).

A su vez Devis E., manifiesta: “De trascendental importancia es el recurso de anulación que se introdujo en el artículo 672 y que otorga protección a las partes contra vicios procesales que afecten gravemente el derecho constitucional de defensa (las seis primeras causales), contra el no menos importante de violación del principio de congruencia (las causales octava y novena) y por cometer el laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias (la séptima)”. (Hernando Devis Echandía “Compendio de Derecho Procesal” T. III “El Proceso Civil”, tercera edición, pág. 697, Editorial ABC, Bogotá, 1977).

En nuestra legislación se contempla en forma “excepcional” el recurso de anulación, que siguiendo la terminología de Devis E., tan solo se “introdujo” en el Código de Procedimiento Civil de 1970, el cual entró en vigencia al año siguiente, pues, en el estatuto procedimental que rigió desde el 1º de enero de 1932 (L. 105 de 17 de octubre de 1931) hasta el 30 de junio de 1971, aunque consagraba el proceso o “arbitramento” (arts. 1214 a 1227), no previa recurso alguno susceptible de ser interpuesto contra la sentencia (laudo arbitral) preferida por el tribunal de arbitramento o arbitraje.

Tan solo preceptuaba que la sentencia (laudo) debía acomodarse a la que dictan los jueces en los “juicios ordinarios” y como ellas podían ser susceptibles de aclaración, corrección o adición (C.C., art. 1223), así mismo, cuando los árbitros no cumplían con sus funciones, consagradas por la ley, debían responder a las partes por los perjuicios que les causaran por esa falta de cumplimiento (art. 126 *ibídem*) o, en últimas, si alguno o ambos contendientes consideraban que el fallo (laudo) había existido cohecho podían promover la correspondiente querrela o acción criminal contra los arbitradores (art. 1227 *ut supra*).

Conclúyase, entonces, que el Código de Procedimiento Civil vigente desde julio de 1971 donde, por primera vez y en forma excepcional, se establece un medio de impugnación contra la decisión tomada por los tribunales de arbitramento y es por ello que la sala le da al recurso de anulación el calificativo de “excepcional”.

Además, este medio de ataque es de carácter extraordinario, porque, aunque, no lo contempla el estatuto procedimental, actualmente en vigencia, dentro del título dedicado a los recursos y la consulta (T. XVIII Sec. Sexta del libro primero) no puede involucrarse entre los “ordinarios” (tradicionalmente cuatro: reposición, apelación, queja y súplica) sino catalogarse como “extraordinario” (junto al de cas. y revisión) por estar sometido a la exigencia de apoyarse en causales taxativamente determinadas en la ley procesal.

Al respecto Morales Molina dice: “...el código organizó en primer lugar el recurso de anulación. Es este extraordinario, en cuanto que no puede fundarse sino las causales taxativamente previstas por el legislador, además, por regla general, se refiere a vicios o defectos formales, con lo cual se mantiene el principio antes indicado de que la cuestión de mérito no debe tener sino una instancia. Desde que se hable de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera depende del acto compromisorio” (op. cit.).

Y, Devis Echandía, comenta: “A diferencia del recurso de apelación, el recuso extraordinario de anulación no otorga competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, es decir, si hubo o no errores *in judicando* diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas” (obra enunciada).

Infiérase, de lo antedicho, que no se comete error alguno al clasificar el recurso de anulación dentro de los medios de impugnación extraordinarios, al igual que el de casación y revisión.

Pues, como, los otros dos, está limitado a los casos señalados por el legislador, limitación que tiene tres aspectos: 1. En cuanto a los fallos o sentencias que pueden ser objeto de tal medio impugnatorio, pues solo se consagra por el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio frente a los proferidos por tribunales de arbitramento (laudos arbitrales), 2. Por cuanto las causales en que se pueda apoyar el medio acusatorio están taxativamente establecidas por la ley y que sirven para que se anule la totalidad del proceso o se corrija o adicione el fallo o laudo arbitral, y 3. Hace relación a la competencia funcional del tribunal superior para estudiar y decidir el recurso, pues, no puede examinar errores del laudo que el impugnante no señale, ni por causales no contempladas por la ley. Por ende, al igual que el de casación este recurso, siguiendo a Devis E., es “formalista y formulista”.

Ahora bien, por ser el recurso de anulación de carácter extraordinario, ¿es menester que, el memorial mediante el cual se sustenta el medio de impugnación llene o cumpla con determinados o mínimos requisitos de forma? La Sala considera que la respuesta, a tan importante interrogante, debe ser inflexivamente positiva, y, como bien lo sostiene Devis Echandía al afirmar:

“Se asemejan los recursos de casación y de anulación del laudo, ambos extraordinarios, en que los funcionarios que conocen de ellos deben limitarse al examen de las acusaciones formuladas por el recurrente, por lo cual en este aspecto es aplicable, al segundo la doctrina vigente para el primero, pero se diferencian fundamentalmente en que el de casación permite atacar la sentencia recurrida por errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación, e interpretación errónea), como por consecuencia indirecta de errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de estas, al peso que el de anulación del laudo no faculta para nada, de esto. Por consiguiente, el segundo es más restringido aun que el primero” (Op. cit.).

Por todo lo dicho, ha de tenerse en cuenta, al decidir el recurso de anulación los siguientes aspectos:

- a) El objeto del recurso: su formulación se debe dirigir contra el laudo arbitral y no contra la contraparte, por lo cual ese fallo (laudo) es el objeto del recurso;
- b) Su procedencia: solo contra los fallos producidos por los arbitradores;
- c) La oportunidad y forma para interponer el recurso: señaladas expresamente por el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 2020 del Código de Comercio;
- d) La legitimación para recurrir en anulación: Las partes contendientes dentro del proceso arbitral (mismas normas cit. en el lit. precedente);
- e) El cumplimiento, por parte del impugnante, del término para presentar la sustentación del recurso y si el del caso declararlo desierto;
- f) Los requisitos formales del escrito de sustentación del medio impugnatorio: Si bien es cierto que los artículos 672 del Código de Procedimiento Civil y 2020 del Código de Comercio solamente exigen que, por parte del recurrente se invoquen las causales que alegue, también lo es que esta deba determinar, en forma concreta, como consecuencia de tratarse de un recurso de naturaleza extraordinaria, los cargos que enfila en contra del laudo arbitral, con la debida separación de ellos, expresando la causal a que se acoge en cada uno, indicando, además, el defecto u omisión que configura dicha causal y, por último, lo que se persigue, para que así el tribunal al fallar decida: o bien, la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso arbitral (causales 1ª a 6ª art. 672 CPC o art. 2020 C. Co.) o el sentido en que debe corregirse o adicionarse al laudo (causal 7ª a 9ª ibídem), y
- g) Sentencia: o sea el fallo proferido por el tribunal superior competente (al que corresponde a la sede del de arbitramento) y que, por demás, debe guardar una absoluta consonancia con lo pedido por el recurrente, en su escrito de sustentación, como consecuencia de la competencia limitada o restringida que adquiere dicha corporación.

Sentados los anteriores principios es del caso que la Sala se ocupe del estudio del conflicto sometido a su conocimiento.

En lo que respecta al objeto, procedencia, oportunidad y forma de interposición del recurso, así como de la legitimación para recurrir, y del cumplimiento del lapso para presentar la sustentación del medio impugnatorio, la Sala no halla reparo alguno, pues se cumplió, a cabalidad, por el recurrente, con todos y cada uno de tales factores, sustanciales y de forma, consagrados por el estatuto procedimental en vigencia.

Ahora bien, en cuanto hace relación con los requisitos formales del memorial sustentatorio de la impugnación ha desglosarse (sic) que, aunque cumple perfectamente con el de anunciarla o las causales en que se funda el recurso de anulación (7ª y 8ª del art. 672 del CPC) y de establecer, en forma clara y separada los cargos formulados a la decisión arbitral (haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, haberse concedido más de lo pedido y contener la parte resolutive decisiones contradictorias) no señalo lo pretendido en forma concreta, o lo hizo pero en forma equivocada, de tal manera que no permite proferir una sentencia ajustada a sus pretensiones ni a la norma legal.

Veamos:

En el primer cargo se acusa el laudo arbitral de la siguiente manera: “el laudo arbitral recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (art. 672 num. 8º del CPC)” y se solicita al tribunal superior que “creemos haber dejado más que demostrado el cargo de nulidad objeto de estos comentarios, y por ello solicitamos atentamente al honorable tribunal que lo declare así, ordenando en consecuencia que se suprima del laudo lo dispuesto en el numeral 2º de su parte resolutive”.

Resumiendo, entonces, se pide a esta corporación que se reconozca que el numeral 2º de la parte resolutive del laudo está afectada de nulidad, es decir, que es nulo y, como corolario, se suprima del mentado fallo.

El artículo 672 del Código de Procedimiento Civil establece expresamente:

“En los casos de los ordinales 1º a 6º en la sentencia se decretará la nulidad de lo adecuado; en los demás se corregirá o adicionará el laudo”.

Como se infiere, del texto legal transcrito, la nulidad de decisiones contenidas, dentro de la parte resolutive del laudo arbitral y aún de la totalidad del fallo de los árbitros no puede ser decretada por el tribunal superior, pues, tan solo se otorga competencia, o para decretar la nulidad de la totalidad del proceso arbitral (distinto del laudo que no es sino un eslabón de ese conjunto de actuaciones coordinadas y sucesivas) o la corrección (término muy diferente a supresión, eliminación u omisión) que conlleva el cambio de una manifestación por otra, o la de enmendarlo corrigir los defectos de una cosa que así mismo, presupone la de cambio por otra, o por último, la de adición o complementación de las decisiones tomadas en la parte resolutive del laudo.

Por tanto, lo pedido, por el recurrente, no puede ser materia del fallo del tribunal superior, pues, la corporación estaría sobrepasando la competencia, los límites, que le señala el legislador en el tantas veces mentado artículo 672 del Código de Procedimiento Civil.

Síguese que el primer cargo debe desecharse como así se resolverá.

En el segundo cargo se ataca el laudo porque “el laudo condenó a más de lo pedido por Ingenieros Civiles Asociados S.A., “ICA” de México (CPC, art. 672-8), pidiendo, en definitiva, al tribunal superior que “los numerales primero y tercero” de la parte resolutive del laudo deben ser anulados, a fin de que el honorable tribunal superior modifique la decisión en el sentido que su sabiduría indique al igual que en las otras materias que han sido objeto de acusación.

Como se observa, fácilmente, se vuelve a solicitar la anulación, o sea, la declaratoria de nulidad de dos decisiones contenidas en la parte resolutive del laudo, lo que implica, se repite, pedir algo que esta corporación, por orden legal, no puede realizar, tal como se dejó dicho al estudiarse el primero de los cargos.

Pero, además, no se señala, por el impugnante, lo que se pretende, o lo que es lo mismo, dentro de cuáles parámetros desea que se corrija o se adicione el laudo, o más concretamente los numerales acusados de su parte decisoria, ya que esta corporación no le es dable oficiosamente, o como lo denomina el recurrente “en el sentido que su sabiduría indique” determinar el alcance de la corrección o adición de la sentencia arbitral.

Por ende, el segundo cargo debe correr la misma suerte del primero como así se dirá en la resolución.

Por último, el tercer cargo, a través del cual se acusa el laudo, es del siguiente tenor: “La parte resolutive del laudo arbitral, contiene disposiciones contradictorias (CPC art. 672-7)” y con base en él se solicita. “Deben Anularse, los numerales primero y tercero, de un lado y el segundo, de otro”.

Este tercer cargo y último, cae por su peso si se tiene en cuenta que lleva a solicitar la anulación, es decir, la nulidad de tres de las decisiones tomadas por el tribunal de arbitramento dentro de la parte resolutive del laudo atacado, algo a la cual el tribunal superior no puede acceder por mero mandato legal, pues, como ya se advirtió la causal 7ª al igual que la 8ª y la 9ª, solo persigue la corrección o adición del fallo arbitral, más nunca que sea decretada su nulidad, pues, ella solo se predice de las seis primeras causales y además respecto de la totalidad del proceso arbitral.

Fuerza lo anterior concluir que el tercer cargo deba despacharse en forma desfavorable como así habrá de resolverse.

Colígese, de todo lo dicho, que el recurso de anulación (no debe confundirse la denominación del medio de impugnación, con su finalidad teniendo en cuenta cada una de las causales establecidas para su formulación) debe desatenderse y en su lugar declararse infundado, como consecuencia de la falta de técnica con que se plantearon los cargos y, en esencial, lo perseguido a través de ellos, y, de contera, condenar a la entidad impugnante al pago de las costas del recurso.

Por lo expuesto con anterioridad, al tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en Sala Civil de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar infundado el recurso de anulación propuesta por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., en contra del laudo arbitral de fecha 27 de julio de 1981 y proferido por el Tribunal de Arbitramento surgido con ocasión del compromiso celebrado por la recurrente y la entidad Ingenieros Civiles Asociados S.A., “ICA” de México, con ocasión del contrato 50-AB-II-a de 14 de marzo de 1975, por lo dicho en la parte motiva.

2. Costos del recurso a cargo de la recurrente. Tásense.

Cópiese y notifíquese.
