

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.

CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS -

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 29 de julio de dos mil cuatro (2.004).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**, con ocasión del contrato estatal de concesión No. 444 celebrado el 2 de agosto de 1994, sus adicionales y otrosies, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

Con fecha 2 de agosto de 1994, la Sociedad **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS**, celebraron el contrato estatal de concesión número 444, cuyo objeto consiste en *“ ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido por el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993...los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento del sector Santafé de Bogotá – Cáqueza – k 55 + 000 y el mantenimiento y operación del sector km 55 + 000 – Villavicencio. ”*¹.

¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000003 a 000022

2. EL PACTO ARBITRAL

En el párrafo de la cláusula cuadragésima segunda del Contrato de Concesión 444, las partes estipularon:

“PARAGRAFO.-. COMPROMISORIA. Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos, dos de los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del Tribunal será Santafé de Bogotá. Las partes convienen en que cuando el laudo arbitral infrinja normas de derecho, se considerará que ha sido expedido en conciencia y por lo tanto habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley. ”

3. INICIACION DEL TRAMITE

- 3.1. Mediante Acta No. 36 del 31 de diciembre de 2002, las partes designaron de común acuerdo a los doctores **LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA**, **CARLOS BETANCUR JARAMILLO** y **JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ** como árbitros², quienes aceptaron oportunamente³.
- 3.2. El 30 de enero de 2003, la Sociedad **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.**, presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral frente al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS**⁴.
- 3.3. En audiencia de 26 de febrero de 2003, con la presencia de todos los Arbitros y los señores representantes de las partes, se instaló el Tribunal de Arbitramento que designó como Presidente al doctor **LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA**, Secretario al doctor **GERMAN ALONSO GOMEZ BURGOS** y profirió el Auto No. 1 en el cual se fijó la suma de honorarios y gastos, disponiéndose su consignación por mitades dentro de los términos legales.⁵

² Cuaderno de Pruebas No. 1 - folios 000112 a 000114

³ Cuaderno Principal No. 1 - folios 000048 a 000055

⁴ Cuaderno Principal No. 1 - folios 000001 a 000040

⁵ Cuaderno Principal No. 1 - folios 000060 a 000062

- 3.4. Previa consignación de las sumas respectivas, por Auto No. 2 del 21 de marzo de 2003, notificado a las partes y comunicado al Señor Agente del Ministerio Público, se señaló el 10 de abril de 2003 para surtir la primera audiencia de trámite⁶.
- 3.5. Mediante escrito presentado el 8 de abril de 2003, la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.**, reformó la demanda presentada el 30 de enero de 2003.⁷
- 3.6. Mediante auto del 10 de abril de 2003 (Acta No. 2)⁸, el Tribunal admitió la demanda y de ella y sus anexos corrió traslado por el término legal de diez (10) días al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS**. En dicho auto se reconoció personería al doctor **LUIS HERNAN ULCHUR COLLAZOS** como apoderado del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**.
- 3.7. La anterior decisión fue notificada personalmente el 21 de abril de 2003⁹, al doctor **JOSE LIBARDO ROJAS MALAGON**, Jefe (e) de la Oficina Jurídica del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS**.
- 3.8. El 6 de mayo de 2003, el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS** contestó la demanda¹⁰ arbitral, se opuso a sus pretensiones, interpuso excepciones perentorias, solicitó pruebas y formuló, en escrito aparte, demanda de reconvención¹¹.
- 3.9. Mediante escrito del 28 de mayo de 2003, el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**, precisó la cuantía de la demanda de reconvención, estimándola en la suma de \$125.617.990.351.¹²

⁶ Cuaderno Principal No. 1- folio 000074

⁷ Cuaderno Principal No. 1- folios 000079 a 000122

⁸ Cuaderno Principal No. 1- folios 000123 a 000138

⁹ Cuaderno Principal No. 1- folio 000151

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2 - folios 000115 a 000206

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2 - folios 000213 a 000236

¹² Cuaderno Principal No. 1- folios 000162 a 000179

- 3.10. El señor apoderado de la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.**, mediante escrito de 7 de julio de 2003, contestó la demanda de reconvención y solicitó otras pruebas¹³.
- 3.11. El 24 de julio de 2003, los apoderados de las partes se pronunciaron sobre las excepciones propuestas a la demanda principal y a la de reconvención, respectivamente.¹⁴
- 3.12. Con fecha 11 de agosto de 2003, la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.** presentó reforma separada¹⁵ y reforma integral¹⁶ de su demanda, la que fue admitida mediante auto del 11 de agosto de 2003, ordenándose por el Tribunal su traslado conforme a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 89 del C. de P. C.
- 3.13. El 11 de agosto de 2003, se llevó a cabo audiencia de conciliación, diligencia que se declaró fracasada, sin éxito, por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.¹⁷
- 3.14. El 10 de septiembre de 2003 el doctor **WLADIMIR FERNANDEZ ANDRADE**, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS**, confirió poder al doctor **JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ**, para que continué representando los intereses del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, dentro del trámite arbitral.¹⁸ Dicha personería fue reconocida por el Tribunal en Acta No. 7 de fecha 29 de septiembre de 2003.¹⁹

4. PARTES PROCESALES

4.1 Parte Convocante

¹³ Cuaderno Principal No. 1- folios 000196 a 000226

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1- folios 000247 a 000302

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1- folios 000353 a 000357

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1- folios 000310 a 000352

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1- folios 000307 a 000309

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1- folio 000378

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1- folios 000385 a 000392

La parte Convocante de este trámite es la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.**, Sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en la ciudad Bogotá, D.C., representada por su Gerente, doctor **ALBERTO MARIÑO SAMPER**, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.²⁰ En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor **WEINER CESAR ARIZA MORENO**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 43.296 del Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo con el poder visible a folio 42 del Cuaderno Principal No. 1.

4.2 Parte Convocada

La parte convocada del presente trámite arbitral es el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**, “**INVIAS**”, entidad de derecho público domiciliada en Bogotá, D.C, representada legalmente por el Jefe de su Oficina Jurídica, de conformidad con la delegación de funciones realizada por su Director General mediante Resolución Número 002233 de 25 de mayo de 1999, cuya copia se encuentra en los folios 66 a 68 y 143 a 145 del Cuaderno Principal No.1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ**, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional número 69.819 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible a folio 000378 del Cuaderno Principal No. 1.

5. TRAMITE ARBITRAL

5.1 Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de tramite se desarrolló en dos sesiones: la primera, llevada a cabo el día diez (10) de abril de dos mil tres (2003), Acta No. 2, audiencia en virtud de la cual el Tribunal previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la convocante, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido

²⁰ Cuaderno Principal No. 1- folios 000042 a 000044

particular, económico y patrimonial contenidas en la demanda presentada por la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES**, todas ellas relacionadas con el Contrato de Concesión No. 444 de 1994 ²¹ y, la segunda, llevada a cabo el 13 de junio de 2003, Acta No. 4²², en la cual se admitió la demanda de reconvención propuesta por el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**.

5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 5 proferido en la audiencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil tres (2003), Acta No. 7²³.

El trámite se desarrolló en veinte (20) sesiones, durante las cuales fueron practicadas las siguientes pruebas:

1). Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con el libelo arbitral, su contestación, la demanda de reconvención, y se ofició a las siguientes personas jurídicas a efectos de obtener las pruebas documentales solicitadas por las partes: Instituto Nacional de Vías ²⁴ (Oficios No. 1 7); Concesionaria Vial de los Andes S.A.²⁵ (Oficio No.2); Sociedad T.A. Hidrotec²⁶ (Oficio No.

²¹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000123 a 000138

²² Cuaderno Principal No. 1 – folios 000185 a 000192

²³ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000385 a 000392

²⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000394 y 000439. Respuesta visible a folios 000599 a 000600 del Cuaderno Principal No. 2 y 000415 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

²⁵ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000396. Respuesta visible a folios 000781 a 001207 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

²⁶ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000397. Respuesta visible a folios 000401 a 000414 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

3); Departamento Nacional de Estadísticas²⁷ (Oficio No. 4); Superintendencia Bancaria²⁸ (Oficio No. 5); Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá²⁹ (Oficio No. 6); Instituto Nacional de Concesiones³⁰ (Oficios No. 8 y 10) y a la Fiduciaria de Occidente³¹ (Oficio No. 9).

2). Se ordenó y recibieron los testimonios de los Señores **MANUEL GARCIA LOPEZ**³², **JUAN CARLOS BARRETO TELLEZ**³³, **CARLOS ENRIQUE GALINDO MEJIA**³⁴, **GUSTAVO EDUARDO ARENAS CAMPOS**³⁵, **JOSE ENRIQUE DAVILA LOZANO**³⁶, **ALBERTO JAIME**

²⁷ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000398. Respuesta visible a folios 000422 a 000424 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

²⁸ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000399. Respuesta visible a folios 000425 a 000427 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

²⁹ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000400. Respuesta visible a folio 000430 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

³⁰ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000440. Respuesta visible a folios 000428 a 000429 del Cuaderno de Pruebas No. 4 y 001212 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

³¹ Cuaderno Principal No. 2 – folio 000833. Respuesta visible en el Cuaderno de Pruebas No. 9.

³² Testimonio recepcionado el 6 de octubre de 2003, según consta en Acta No. 8 visible a folios 00419 a 00425 del Cuaderno Principal No. 1. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 00451 a 000481.

³³ Testimonio recepcionado el 6 de octubre de 2003, según consta en Acta No. 8 visible a folios 00419 a 00425 del Cuaderno Principal No. 1. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 00433 a 000450.

³⁴ Testimonio recepcionado el 7 de octubre de 2003, según consta en Acta No. 9 visible a folios 00441 a 00444 del Cuaderno Principal No. 1. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 00482 a 000501.

³⁵ Testimonio recepcionado el 7 de octubre de 2003, según consta en Acta No. 9 visible a folios 00441 a 00444 del Cuaderno Principal No. 1. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 00502 a 000525.

³⁶ Testimonio recepcionado el 18 de noviembre de 2003, según consta en Acta No. 11 visible a folios 00509 a 00513 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000749 a 000780.

PACHECO MENDOZA³⁷, SERGIO MELO CASTELLANOS³⁸, JOSE ANTONIO LOPEZ MONIS³⁹, FERNANDO CARO RIVERA⁴⁰, GLORIA CECILIA OSPINA GOMEZ⁴¹, LUIS FERNANDO SACHICA MENDEZ⁴², LUIS GUILLERMO VELASQUEZ LOPEZ⁴³, YENNY LANDAETA⁴⁴, LUIS ALBERTO BARAJAS NOVA⁴⁵, AUGUSTO RAMIREZ GASCA⁴⁶, SAUL TOMAS SALAS BLANCO⁴⁷ y JORGE LUIS VELASQUEZ VELA⁴⁸.

³⁷ Testimonio recepcionado el 5 de diciembre de 2003, según consta en Acta No. 12 visible a folios 00543 a 00548 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000614 a 000628.

³⁸ Testimonio recepcionado el 5 de diciembre de 2003, según consta en Acta No. 12 visible a folios 000543 a 000548 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000629 a 000649.

³⁹ Testimonio recepcionado el 11 de diciembre de 2003, según consta en Acta No. 13 visible a folios 000554 a 000558 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001334 a 001370.

⁴⁰ Testimonio recepcionado el 11 de diciembre de 2003, según consta en Acta No. 13 visible a folios 000554 a 000558 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001493 a 001537.

⁴¹ Testimonio recepcionado el 21 de enero de 2004, según consta en Acta No. 14 visible a folios 000583 a 000588 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001538 a 001582.

⁴² Testimonio recepcionado el 21 de enero de 2004, según consta en Acta No. 14 visible a folios 000583 a 000588 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001583 a 001597.

⁴³ Testimonio recepcionado el 21 de enero de 2004, según consta en Acta No. 14 visible a folios 000583 a 000588 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001598 a 001615.

⁴⁴ Testimonio recepcionado el 21 de enero de 2004, según consta en Acta No. 14 visible a folios 00583 a 00588 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001616 a 001644.

⁴⁵ Testimonio recepcionado el 2 de febrero de 2004, según consta en Acta No. 15 visible a folios 000651 a 000658 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001645 a 001673.

⁴⁶ Testimonio recepcionado el 2 de febrero de 2004, según consta en Acta No. 15 visible a folios 000651 a 000658 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001674 a 001697.

⁴⁷ Testimonio recepcionado el 2 de febrero de 2004, según consta en Acta No. 15 visible a folios 000651 a 000658 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001698 a 001729.

⁴⁸ Testimonio recepcionado el 11 de febrero de 2004, según consta en Acta No. 16 visible a

3.) Se decretó y se practicó una inspección judicial en el sitio de las obras (tramos 2 y 3 de la vía), el día 28 de abril de 2004 (Acta No.19)⁴⁹

4.) Se decretó, practicó y rindió dictamen pericial financiero por parte del doctor **JULIO VILLAREAL NAVARRO**⁵⁰ y un dictamen pericial técnico⁵¹ por el doctor **OCTAVIO RENDON GALLEGO**, cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley⁵².

5.3. Audiencia de conciliación

Por Auto proferido el 28 de abril de 2004⁵³, se fijó el día 8 de junio de 2004, a las 8:A.M., para llevar a cabo audiencia de conciliación, que surtida se declaró frustrada (Acta No. 20).⁵⁴

5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes, en audiencia del día 8 de junio de 2004, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. En forma resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados en los respectivos alegatos.

folios 000667 a 000670 del Cuaderno Principal No. 2. Su versión escrita se encuentra en el Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 001730 a 001758.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000852 a 000873.

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 7.

⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 8.

⁵² Cuaderno Principal No. 2 – folios 000583 a 000588; 000680, 000681 y 000684 y 000757 a 000759 y 000807 a 000809.

⁵³ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000852 a 000855

⁵⁴ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000880 a 000883

5.4.1. Alegato de la Concesionaria Vial de los Andes

Para el apoderado de la parte convocante, el Tribunal al momento de decidir debe tener en cuenta lo siguiente.

1. La vinculación del **INSTITUTO** con la aprobación de 2 de julio de 2000 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Entidad.
2. La entrada en operación del Tramo 2 es un tema jurídico y de comportamiento contractual que depende fundamentalmente del contenido del Acta No. 15 de 19 de julio de 1999 y de la modificación que en la misma se hizo del numeral 18 del Reglamento de Operación de la Carretera.
3. Las garantías de tráfico se deben, conforme al Acta No. 15, desde el 26 de septiembre de 1999 y, conforme al Acta No. 16 de 2000, desde el 10 de marzo de 2000. Su no pago desde estas fechas ha roto el equilibrio financiero del contrato.
4. Documental y testimonialmente está probado que la etapa de construcción del Tramo 2 terminó el 25 de septiembre de 1999.
5. No hay garantía de estabilidad de las inestabilidades de los Tramos 2 y 3 por razones técnicas, financieras y jurídicas. Existe sí obligación de minimizar, controlar y manejar razonablemente las mismas, entre otras cosas porque tales inestabilidades no sólo dependen de las características de la zona, sino de la falta de mantenimiento de la carretera antigua por parte del **INSTITUTO** y del manejo de las servidumbres por parte de los habitantes de dichos sectores.
6. Los costos de manejo ambiental (dentro de los que están incluidos los temas concernientes al manejo de inestabilidades y taludes) son jurídicamente limitados conforme al artículo 24 numeral 5.e de la Ley 80 de 1993 y a las Cláusulas Décima Cuarta, Vigésima

Primera y Vigésima Tercera del contrato de concesión, así como a los antecedentes contractuales sobre la materia.

7. Los costos de las inestabilidades en el sector de las Cumbas son a cargo del **INSTITUTO**, conforme al Acta No. 14 de 1999, a las características de la zona y a la imposibilidad de eliminar la inestabilidad crítica que caracteriza a las mismas.

8. Ha habido retractaciones del **INSTITUTO** y de la Interventoría en todos los puntos relevantes de la controversia, los cuáles deben ser sancionados conforme a la teoría de los actos propios.

9. Los costos de operación no pueden compartirse entre las partes, pues si ello ocurriera no se restablecería plenamente el equilibrio financiero del contrato (artículo 50 de la Ley 80 de 1993), el cual se rompió por el incumplimiento exclusivamente imputable al **INSTITUTO**.

10. Las eventuales condenas deben devengar los intereses corrientes pactados en el contrato y no los intereses legales del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

11. Además de improcedente, no quedó probado en el proceso que el **CONCESIONARIO** hubiera dejado de invertir \$125.617.990.351.

5.4.2. Alegato del Instituto Nacional de Vías, Invías.

El apoderado de la entidad convocada plantea en sus alegatos de mejor probar, lo siguiente:

1. En el expediente está demostrado la impericia y falta de profesionalismo de **COVIANDES** en la elaboración de buenos y adecuados estudios que permitieran ejecutar de la mejor forma posible el proyecto contratado. Peor aún, omitió en el contenido de sus diseños todo el manejo de las inestabilidades que era propio de la ingeniería de la obra.

2. La responsabilidad por el empeoramiento de las condiciones de inestabilidad en el sector de las Cumbas, resulta imputable al contratista, primero, por la construcción de grandes depósitos de material sobrante que han supuesto la introducción de una carga adicional a una zona de precarias condiciones de estabilidad y, segundo, por la construcción de terraplenes apoyados directamente sobre estos materiales. Adicionalmente, las obras de estabilización que se construyeron en el sector de las Cumbas, son correctivas y no preventivas como debió ser.

3. A la fecha **COVIANDES** no ha terminado de ejecutar las obras correspondientes al alcance básico del tramo 2, ni tampoco cumple en su integridad con el reglamento para la operación de la carretera concesionada. Además, no existe acta de finalización de la etapa de construcción de dicho tramo, lo que permite concluir que no ha entrado en operación el mismo.

4. Consecuencia de lo anterior, nunca surgió la obligación de la entidad contratante de garantizar el tráfico como lo reclama el contratista.

5. Finalmente, el concesionario tiene la obligación de terminar las obras correspondientes a la etapa de construcción del contrato, específicamente las relacionadas con el manejo de inestabilidades, el mantenimiento y la reparación de la vía. Vale la pena recordar que el manejo de las inestabilidades está comprendido dentro del riesgo constructivo que asume el concesionario, riesgo que bajo ninguna circunstancia es compartible con la administración.

5.5. Audiencia de fallo

Mediante Auto proferido en audiencia del 8 de junio de dos mil cuatro (2004), el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.⁵⁵

5.6. Término para fallar

⁵⁵ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000880 a 000883.

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

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

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

- a. El día 10 de abril de 2003 se efectuó la primera audiencia de trámite y mediante providencia número 3 proferida en la misma oportunidad (Acta No. 2), se asumió competencia y se dispuso que el Tribunal tendría una duración ***“de seis (6) meses contados a partir del 11 de abril de 2003, sin perjuicio de prorrogas, suspensiones o interrupciones que puedan presentarse..”***

- b. Posteriormente, el proceso se suspendió a solicitud conjunta de las partes en las siguientes oportunidades: primera suspensión - del 16 de junio al 20 de junio de 2003 (Acta No.4)⁵⁶; segunda suspensión – del 25 de julio al 10 de agosto de 2003 (Acta No. 5)⁵⁷; tercera suspensión – del 25 de agosto al 25 de septiembre de 2003 (Acta No. 6)⁵⁸; cuarta suspensión – del 8 de octubre al 26 de octubre de 2003 (Acta No. 9)⁵⁹; quinta suspensión – del 5 de noviembre al 17 de noviembre de 2003 (Acta No. 10)⁶⁰; sexta suspensión – del 19 de noviembre al 4 de diciembre de 2003 (Acta No. 11)⁶¹; séptima suspensión – del 6 de diciembre al 9 de diciembre de 2003 (Acta No. 12)⁶²; octava

⁵⁶ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000185 a 000192

⁵⁷ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000237 a 000239

⁵⁸ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000307 a 000309

⁵⁹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000441 a 000444

⁶⁰ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000480 a 000487

⁶¹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000509 a 000513

⁶² Cuaderno Principal No. 2 – folios 000543 a 000548

suspensión – del 12 de diciembre al 20 de enero de 2004 (Acta No 13)⁶³; novena suspensión – del 27 de enero al 1 de febrero de 2004 (Acta No. 14)⁶⁴; décima suspensión – del 3 de febrero al 10 de febrero de 2004 (Acta No. 15)⁶⁵; décima primera suspensión – del 12 de febrero al 16 de febrero de 2004 (Acta No. 16)⁶⁶; décima segunda suspensión – del 21 de febrero al 29 de febrero de 2004 (Acta No. 16)⁶⁷; décima tercera suspensión – del 9 de marzo al 12 de abril de 2004 (Acta No. 17)⁶⁸; décima cuarta suspensión – del 21 de abril al 27 de abril de 2004 (Acta No. 18)⁶⁹; décima quinta suspensión – del 29 de abril al 7 de junio de 2004 (Acta No. 19)⁷⁰ y décima sexta suspensión – del 9 de junio al 28 de julio de 2004 (Acta No. 20)⁷¹.

Son en total, trescientos seis (306) días de suspensión.

- c. En audiencia del 20 de abril de 2004, Acta No. 18, el Tribunal amplió la duración del proceso arbitral, por un término de tres (3) meses contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado (6 meses).
- d. En audiencia del 8 de junio de 2004, Acta No. 20, las partes manifestaron su conformidad con la contabilización de los términos del Tribunal, incluidos los de suspensión del proceso.

Iniciados los términos del Tribunal el diez (10) de abril de dos mil tres (2003) y suspendido el proceso en las oportunidades indicadas, el término legal vencería el ocho (8) de noviembre de dos mil cuatro (2004). Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

⁶³ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000554 a 000558

⁶⁴ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000583 a 000588

⁶⁵ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000651 a 000658

⁶⁶ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000667 a 000670

⁶⁷ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000667 a 000670

⁶⁸ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000780 a 000788

⁶⁹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000817 a 000822

⁷⁰ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000852 a 000855

⁷¹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000880 a 000883

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

- I. Los presupuestos procesales.
- II. La objeción al dictamen pericial financiero.
- III. La tacha de los testigos.
- IV. Las consideraciones del Tribunal sobre las controversias sometidas a su consideración.
- V. Las pretensiones de la demanda y sus excepciones.
- VI. Las pretensiones de la demanda de reconvención y sus excepciones.
- VII. De la sucesión procesal.
- VIII. Parte resolutive.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

La totalidad de los “*presupuestos procesales*”⁷² concurren en este proceso:

1. Demanda en forma

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

2. Competencia

El Tribunal, según analizó detenidamente en la providencia dictada el diez (10) de abril de dos mil tres (2003), como consta en el Acta No 2, es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones de la demanda principal, en las excepciones propuestas por el **INVIAS**, en la demanda de reconvención y en las

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

excepciones propuestas por **COVIANDES**, pues todas ellas son de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de **“pacto arbitral”**.

La persona jurídica privada convocante y la entidad de derecho público, convocada, están facultadas, al tenor del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias surgidas en el desarrollo de la actividad contractual y acordar la cláusula compromisoria en los contratos estatales⁷³.

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

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

La naturaleza jurisdiccional de la decisión arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en los artículos 3 y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.⁷⁴

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-1436 del 25 de oct de 2000, Ponente, Alfredo Beltrán Sierra, anotando: ***“(…) el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68).. “Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años...”***

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria,

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *jurisdictio*, profieren providencias judiciales⁷⁵, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

3. Capacidad de Parte

Las partes, **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con *“capacidad procesal”* o *“para comparecer a proceso”*.

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

II. LA OBJECION AL DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO

Mediante escritos del 26 de enero y 20 de febrero de 2004, respectivamente, el apoderado del Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, presentó objeción al dictamen pericial financiero rendido por el doctor **JULIO VILLAREAL NAVARRO** el 20 de enero de 2004, aclarado y complementado el 16 de febrero de 2004, a solicitud de las partes.

G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss; C-42 de 1991; Corte Constitucional, sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997, (anotando: *“2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad”*); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-60, 24 de enero de 2001; C-1038 de 28 de noviembre de 2002, Ponente, Eduardo Montealegre.

⁷⁵ Concepto de 24 de septiembre de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ponente, Samuel Arango Reyes; J. BENETTI S., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª éd., Bogotá, Temis, 2001, pp.129 ss; R. BEJARANO G, *Los procesos declarativos*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 355 ss.

La objeción por error grave, a juicio del quejoso, se contrae a los siguientes aspectos: 1) La imparcialidad del perito al haber indicado en su experticia que la fecha de operación del Tramo 2 comenzó el 26 de septiembre de 1999 y que las obras ejecutadas por **COVIANDES** hacían parte del rubro estimado de manejo ambiental; 2) Haber utilizado la tasa de descuento del inversionista para el cálculo del costo de oportunidad, cuando en realidad se debía aplicar la Ley 80; 3) No aplicar la Ley 80 para la liquidación de los intereses de mora; 4) Calcular de manera errónea el costo de oportunidad y haber liquidado intereses sobre intereses; 5) Contradicción entre el tráfico real y el que utilizó el perito; 6) Imprecisiones derivadas de la utilización del Acta No. 15 y 7) Utilización de certificaciones no acreditadas.

El apoderado de la Concesionaria Vial de los Andes, mediante escrito del 26 de febrero de 2004 se opone a la objeción, pues a su juicio no se trata de una objeción sino de una discrepancia de opinión frente a la manera como se absolvió la experticia. Además, la objeción se basó en consideraciones de orden jurídico, a pesar de ser conocido por todos que el perito no resuelve la controversia.

Consideraciones del Tribunal sobre la objeción:

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

El ordenamiento jurídico, en estas hipótesis, exige al peticionario precisar con absoluta claridad el error denotado, indicando en qué consiste, de qué se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones a las que llegó el perito.

2ª. Es presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial, la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que **“(…) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (…).”**⁷⁶. En otras palabras, el error debe ser de tal entidad que altere de manera esencial la realidad de los hechos.

3ª. El hecho de que existan divergencias con los estudios, análisis y conclusiones de la pericia o criterios diferentes respecto de la metodología utilizada, no significa que la experticia contenga un error grave que impida su valoración. En otras palabras, el no estar de acuerdo con la pericia no es equivalente a error grave.

4ª. En el presente caso, la mayoría de las objeciones al dictamen tienen que ver con divergencias de orden jurídico, lo cual no es de recibo para el Tribunal, pues es de todos conocido que la definición de la controversia es del resorte exclusivo del Juez. Las demás inconformidades tienen relación con divergencias respecto de la metodología y de los análisis y conclusiones a los cuáles llegó el perito.

5ª. En estos términos, es claro que la objeción a la experticia financiera, no está llamada a prosperar. Sin embargo, las glosas, comentarios, divergencias y apreciaciones contenidas en los escritos de la convocada, se tendrán en cuenta con los restantes medios probatorios.

III. LA TACHA DE LOS TESTIGOS

En el proceso fueron tachados como sospechosos, los testigos **JUAN CARLOS BARRETO TELLEZ** y **FERNANDO CARO RIVERA**. El fundamento de la tacha fue, en el primer caso, por su vínculo de dependencia con la parte actora. Del último, tener interés en el proceso, al haber pertenecido a la firma Restrepo y Uribe que ejerció la Interventoría del contrato 444 de 1994.

⁷⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

Para el Tribunal, ninguna de las dos tachas debe prosperar, pues en el caso del señor **BARRETO TELLEZ**, si bien es cierto que en la actualidad labora para Dragados, socia de la concesión, también lo es que su declaración simplemente se limitó a narrar los hechos que le constaban en relación con algunas de las controversias sujetas a la decisión del Tribunal, sin tomar posición respecto de ellas ni mucho menos emitir conceptos a favor de su empleador. El testigo únicamente contó lo que le constaba, pues conocía el día a día del contrato 444, circunstancia que bajo ningún punto de vista afecta la imparcialidad del testimonio.

En cuanto tiene que ver con el doctor **CARO RIVERA**, considera el Tribunal que no concurren circunstancias subjetivas que puedan alterar significativamente la fidelidad de su percepción de los hechos, pues el interés personal que pueda tener en la litis, o su predisposición a favorecer a una de las partes, como lo sostiene la convocante, no se demostraron. Por consiguiente, no existe ningún elemento de juicio que afecte notoriamente su versión y, por ende, su fuerza probatoria.

El Tribunal estima, entonces, que fueron infundadas las tachas de los dos testigos y así lo habrá de declarar.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal para resolver las controversias sujetas a su decisión, se pronunciará sobre los siguientes aspectos: 1. Riesgos en los contratos de concesión; 2. Manejo de inestabilidades; 3. Diseños definitivos y alcance de la aprobación impartida por la entidad estatal; 4. Comité de Conciliación; 5. Etapa de construcción y etapa de operación; y 6. Impacto ambiental, así:

1. Riesgos en los contratos de concesión.

Para nadie es desconocido que el contrato de concesión, desde su definición legal, encuentra en los riesgos que ha de asumir el contratista un elemento particular que lo

singulariza. En nuestro texto positivo, dicha connotación aparece indicada mediante la utilización gramatical de los vocablos “*por cuenta y riesgo*”⁷⁷.

Pero así como nadie desconoce la existencia misma de esa característica, no ocurre de idéntica manera con su significado, alcance y contenido. Advierte esto el Tribunal porque en no pocas ocasiones “*el cuenta y riesgo*” del concesionario es tomado como sinónimo de asunción ilimitada de riesgos; en otras se lo confunde con el concepto de obligación y más que ello de responsabilidad.

Sea lo primero advertir que el contrato de concesión como cualquiera otro, implica desde su celebración o desde la presentación de la propuesta, según exista de por medio contratación directa sin pluralidad de ofertas o procesos de selección con varias ofertas, la configuración de una simétrica ecuación entre derechos y obligaciones. Ecuación ésta que por mandato legal debe mantenerse durante toda la “*vigencia*” del contrato.

La ocurrencia de una circunstancia sobreviniente a la celebración del contrato que implique alteración de la denominada ecuación contractual o ecuación económica y financiera del contrato, implica, por supuesto, la ruptura del equilibrio y, en consecuencia, el deber de reestablecerlo a una situación semejante a la que se tenía precisamente cuando se engendró la equivalencia referida. Ello, claro está, bajo el entendido de que respecto del hecho o acto que delinea la alteración se prediquen especiales características que la jurisprudencia y doctrina se han encargado de enunciar y dentro de las cuales la ausencia total de responsabilidad en la producción del hecho o acto por parte del contratista reclamante resulta ser determinante. Dicho de otra manera, no hay lugar a reparación ni a ningún tipo de indemnización pecuniaria - no obstante que la balanza se haya desequilibrado -, cuando ello obedezca a equivocaciones o errores cometidos por la parte que pretende el restablecimiento.

Lo dicho elimina de plano y sin necesidad de mayor profundización la creencia, por demás hartamente empleada, acerca de la imposibilidad de desequilibrio contractual en tratándose del

⁷⁷ Artículo 32, Numeral 4, ley 80 de 1993.

contrato de concesión y acerca de la asunción ilimitada de riesgos, por la sola celebración del contrato.

De otro lado y como ya también se dejó sentado, no es posible identificar riesgos con las obligaciones nacidas del contrato de concesión. Como cualquier contrato, la tipología bajo comento da vida a una serie de obligaciones para las partes; específicamente, en el caso del concesionario la de realizar los diseños definitivos siguiendo para el efecto las pautas trazadas por el pliego de condiciones; la de construir la obra u obras siguiendo los diseños aprobados; la de reparar o reconstruir las obras imperfectas a su costa, para sólo citar algunas de las muchas pero que son las que resultan fundamentales en este proceso.

Ahora bien, ese contenido obligacional es bien diferente de los “*riesgos*” que pueden presentarse en relación con la elaboración de los diseños y con la construcción de las obras contratadas. Es decir que el incumplimiento de una obligación que se enmarca dentro del campo de responsabilidad contractual en donde la indemnización de perjuicios constituye vital consecuencia, es conceptualmente diferente de los riesgos que afecten al contratista cuando se encuentra en período de dar cumplimiento a la obligación. Si la insatisfacción para el acreedor de la obligación, bien sea por su retardo o por su imperfecta ejecución, tiene por fuente la conducta culposa o dolosa del deudor es diferente a la situación de insatisfacción por la ocurrencia de un evento que se presente aún bajo comportamiento diligente del deudor. Puede ser incluso que en esta última hipótesis esté a cargo del deudor la erogación pecuniaria para satisfacer lo encomendado; empero, en tal circunstancia la fuente dineraria no tiene por título una indemnización de perjuicios ni se acarrear las consecuencias propias de la responsabilidad contractual.

Esto conduce inexorablemente a sostener que la insatisfacción de lo pretendido y contratado no necesariamente implica un incumplimiento. Cosa diferente es determinar la parte que debe correr con los efectos de esa insatisfacción, los que de todas maneras no pueden confundirse con la indemnización de perjuicios, pues, su fuente, como se ha dicho estriba en el incumplimiento de una obligación.

Señala el Tribunal lo dicho porque el convocado en no pocas ocasiones ha confundido los dos fenómenos, esto es que la falta de realización de las obras para que adquieran la condición de eficiencia contratada en los tramos 2 y 3, a veces ha sido enmarcada dentro de un fenómeno de incumplimiento de obligaciones, en particular las atinentes a la calidad de los diseños y también de la construcción. En otras ha sido soportada y explicada bajo la teoría de los riesgos del contrato.

Para dilucidar, entonces, esta parte del conflicto resulta menester, en primer término, entender esa diferencia y, en segundo lugar, escudriñar la causa de la irrealización del fin perseguido, en este caso obras completas, acabadas e idóneas, lo que permitirá concluir y resolver el conflicto según el fenómeno que ampare lo sucedido.

Es tan conocido y profuso el tema de la responsabilidad contractual derivado del incumplimiento de obligaciones que el Tribunal se concentrará ante todo en exponer su criterio en torno del otro fenómeno bajo cuestión, vale decir, el referente a los riesgos, sin querer significar por ahora que sea ese el que debe presidir la resolución del conflicto.

Si ha de entenderse y aceptarse que un contrato de concesión también se desequilibra por hechos no imputables al contratista, debe concluirse que no es válido asumir que todo lo que pase y tenga que ver con los diseños y la construcción cae bajo “responsabilidad” del concesionario. Esta situación lleva a delimitar el campo de las llamadas áleas y permite concluir que las que caen bajo manejo y con efectos en cabeza del contratista son las normales u ordinarias, por oposición a las anormales, que por tanto, tienen la virtualidad de romper la ecuación contractual y generan el derecho a su reestablecimiento.

No hay reglas generales y universales para trazar la línea divisoria entre lo normal y lo anormal. En cada caso lo hará el juez que ha de resolver el conflicto, con apoyo en el acervo probatorio allegado al proceso. Sobre el particular los documentos contractuales, esto es, el pliego de condiciones, la oferta del concesionario, el contrato suscrito y las actas pactadas resultan determinantes. Lo que si conviene apuntar es que sea normal o anormal, el riesgo puede ser definido como la probabilidad de producción de sucesos aleatorios que

aquejen el desarrollo de un proyecto, propiciando una alteración del resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Ello no significa que de manera abstracta y general no se puedan plasmar una serie de criterios de aceptación jurisprudencial y doctrinal. A más de decir que en manera alguna puede tomarse la teoría del equilibrio contractual como una protección a ultranza de la utilidad del negocio, conviene indicar que el *cuenta y riesgo* a que alude la definición del contrato de concesión, no se compadece con la idea concerniente a que todo lo que pase y suceda durante la elaboración de diseños y durante la construcción, esté a cargo del concesionario, quien, en consecuencia, debe correr con todos los gastos necesarios para completar las obras en los términos pactados, independientemente de la causa que inspire la dificultad en alcanzar esa meta.

Además de los riesgos normales que tienen que ver con lo ordinario que se requiere para poner a funcionar y para manejar el proyecto, lo tipificante del riesgo que la ley coloca en cabeza del Concesionario, tiene que ver con las resultas y características de la explotación del negocio. Para el caso de las concesiones viales, ello se traduce, por regla general, en que los efectos por la mayor o menor cantidad de vehículos que transiten por la vía y de las tarifas que se reciban por concepto de peajes, deben ser asumidos por el Concesionario.

También implica que no deba tomarse la construcción de las obras que integran el proyecto concesionado de manera semejante a un contrato de obra pública, particularmente a uno pactado a precios unitarios. Evidente es que para efectos de la estructuración financiera, el concesionario deba realizar un estudio profundo y serio en procura de determinar el valor aproximado de las obras. Mientras más completo y adecuado sea ese estudio, más cercano está a la realidad final y con menos posibilidades de distorsión. Pero de ahí a considerar que, como lo hace el convocante, en este tipo de contratos, la entidad deba compensar íntegramente por todo lo que gaste el concesionario en exceso de lo que estimó, existe una gran diferencia. Una creencia semejante desnaturaliza el contrato de concesión.

Estarán, entonces, a cargo del concesionario los mayores costos en que haya incurrido por cuenta de la construcción de las obras, salvo que esa mayor onerosidad provenga de un

hecho o acto que implique alteración de la ecuación económica y financiera del contrato. Es decir que así como no es válido afirmar que aún conociendo las características del terreno, todo lo que rodea a la construcción será del contratista; tampoco lo es que el concesionario tiene derecho al reembolso de todo costo que exceda lo pactado como estimativo del valor de los diseños y de la construcción de las obras que integran el proyecto.

Así mismo, entran a ser de su resorte lo concerniente a la financiación del proyecto y a las condiciones del mismo, sean favorables o no para el concesionario.

Lo dicho hasta aquí enmarca el concepto del riesgo dentro del contrato de concesión. Empero, ese marco general puede ser alterado por pactos de las partes. Precisamente es esto lo que aconteció entre nosotros en tratándose de los llamados contratos de concesión de primera generación. En efecto, con miras a ser “vendibles” esos proyectos, la entidad asumió parte de los riesgos que normalmente están a cargo del concesionario, como son los relativos a la explotación del negocio o también llamado riesgo mercado y al costo de la construcción.

Lo anterior por cuanto la entidad garantizó un tráfico mínimo para el primero de los eventos enunciados y porque, para el caso de la construcción, también aceptó asumir parte de los mayores costos⁷⁸. Con ello, el marco general de riesgos fue alterado.

2. Manejo de inestabilidades.

Por regla general en un contrato de concesión, los costos de la construcción son fijados para efectos de la ingeniería financiera por el concesionario, quien con base en los estudios y estimativos que adelanta, celebra el contrato con la intención de recuperar esos costos más una utilidad razonable con el producido de los peajes que la entidad transfiere.

⁷⁸ En el contrato 444 de 1994 se pactó en la Cláusula Vigésima que, *“Si el costo de construcción aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de construcción..resulta mayor que el Costo de Construcción establecido en la propuesta el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS reconocerá al CONCESIONARIO el sobre – costo producido por la mayor cantidad de obra ejecutada...”* Esta garantía se modificó en Acta de 19 de abril de 1996, en el sentido que el INVIAS garantiza mayores cantidades de obra *“sobre los diseños definitivos aprobados por el Instituto así: para túneles hasta el 20 % para el resto de obras hasta el 10 % del valor de los diseños definitivos.”*

Los mayores costos que la construcción depare y que obedezcan al desenvolvimiento natural y normal del contrato, lo que no implica haberse topado con circunstancias excepcionales que impriman costos mayores, son del resorte del concesionario. Habrá apoyo financiero o en tiempo de la entidad concedente o bajo cualquier otra modalidad compensatoria, si esos costos mayores provienen de un desequilibrio.

Así las cosas, los gastos y costos en que incurra el concesionario, por encima de la estimación realizada al contratar, en cuanto, se reitera, no tengan por causa un fenómeno configurativo de ruptura contractual, deben ser asumidos por el Concesionario. Se alude a costos y gastos pertinentes y necesarios para culminar las obras encomendadas. Es decir que para estos efectos ha de tomarse la obra final como un todo que se satisface en cuanto todos sus elementos estén dispuestos de manera que se realice la necesidad implícita a toda contratación. Si es una vía, se logra cuando esté lista para transitar con todos sus aditamentos y accesoriedades.

Lo que va a delinear el alcance de las obras contratadas viene dado no sólo por el logro y satisfacción del resultado final, cual es, por ejemplo, la construcción o rehabilitación de una vía, sino también por las circunstancias y características que rodean los terrenos sobre los cuales se va a hacer la vía y por los documentos contractuales básicos, como son el pliego de condiciones, la oferta y el contrato suscritos, así como los acuerdos firmados por las partes.

Para nadie era ni es desconocido que, según ha quedado evidenciado en este Tribunal con un sinnúmero de pruebas, la Cordillera Oriental se encuentra en un proceso formativo que inexorablemente afecta las vías que la circundan, sea vieja o nueva, en especial por los movimientos que la situación descrita produce. Bajo la denominación de “*inestabilidades*” han sido manejados estos fenómenos que han incidido de tal manera en la carretera concesionada, tramos 2 y 3, que se erigen en punto neurálgico de la controversia.

Sea lo primero advertir que el pliego de condiciones reconoció la situación en cuanto señaló que había que considerarse el fenómeno. Quizá no lo hizo con la profundidad y el detalle

que se hubiera esperado en cuanto a advertencias más precisas para ser cumplidas por el Concesionario y que a lo mejor hubiera arrojado un tratamiento más adecuado de la situación. Corroborado esto por el hecho consistente en que el texto del pliego de condiciones, básicamente en lo atinente a los aspectos técnicos, no es en su mayoría particular para este proyecto sino que es el modelo general usado por la entidad en aquella época. Hecha de menos el Tribunal una precisión y puntualización mayor que hubiera dado luces a las partes y que con seguridad hubiera evitado o al menos menguado los problemas de hoy.

Siguiendo ese lineamiento de conocimiento pero expresado en términos muy generales y normales, esto es sin ser completamente tesonero con la magnitud del problema al que, en consecuencia, se lo tomó como algo menor, la oferta del Concesionario también reconoce el problema muy tenuemente.

Prueba irrefutable de la ligereza con que se trató la situación es que en el texto del contrato no existe ninguna estipulación en particular sobre algo tan evidente como notorio que regulara en detalle o por lo menos con criterios y principios básicos. El texto del pacto suscrito es una reproducción del modelo que la entidad disponía por entonces, independientemente de si la vía concesionada se encontraba ubicada en una zona tan complicada como la presentada en la Cordillera Oriental o a nivel del mar, en donde podrán darse problemas graves pero sin duda de naturaleza diferente al que ahora nos enfrentamos.

Pero no solamente el fenómeno mismo no era extraño a las partes sino que también puede inferirse del análisis de las conductas de las partes, reflejadas en las comunicaciones y actas suscritas, que ninguna previó como posible la solución definitiva del tema de las llamadas inestabilidades.

No considera el Tribunal que sea posible para este caso ni para ninguno similar, el que se obligue al Concesionario a garantizar a toda costa y bajo cualquier circunstancia la solución definitiva a un fenómeno que estará presente durante muchos años más. Ello sobre la base del alcance del proyecto, dadas sus características y valores. Seguramente en el campo de

la ingeniería se podrá contar con soluciones viables pero a unos costos inviables para este caso.

Pero así como no es dable llegar al extremo de exigir una responsabilidad ilimitada al contratista, tampoco puede darse el tratamiento menor y apenas marginal que el propio Concesionario ha planteado a lo largo de este proceso y que se concreta en la idea de manejar las inestabilidades al amparo de lo concerniente al manejo ambiental. Como se verá en capítulo adelante, el marco normativo de las inestabilidades en el campo ambiental es diferente a aquel que puede ser subsumido por el fenómeno geológico que se comenta.

Dentro de esos parámetros, entonces, encuentra el Tribunal que el pliego de condiciones planteó el problema y requirió valoraciones serias y al amparo de ellas la adopción de medidas de control y mitigación, más no la corrección definitiva porque incluso hasta el día de hoy tal solución no se conoce⁷⁹.

Por su parte, el entonces oferente y luego contratista debía plantear medidas que tuvieran ese alcance, independientemente si su costo es o no superior al inicialmente estimado. Medidas por supuesto para ser plasmadas en los diseños definitivos y, por ende, llevadas a la práctica durante la etapa de construcción. Su obligación era esa más no cargar con ellas *ab infinito*.

De allí que la obligación que contrajo **COVIANDES** no fuera **de resultado (el control total de dichas inestabilidades)**, sino **de medio**, o sea la de mitigarlas o atenuarlas, tal como se desprende del contrato (Cláusula Décima Cuarta), de los pliegos de condiciones y del acervo probatorio en general. Por su lado, **INVIAS** no podía imponerle al Concesionario una obligación que sabía de antemano no era posible cumplirla, en la forma y en las condiciones de precio y tiempo convenidas en el contrato 444.

El verbo “*mitigar*”, de que se habló atrás, tiene en este campo un sentido semántico que no se puede ignorar y que a no dudarlo fue uno de los motivos determinantes que impulsó a

⁷⁹ De varios apartes del pliego de condiciones se infiere que este documento previó que no era posible corregir todo; entre otros en los numerales 2.2.; 2.2.4.; y 2.2.5.

los licitantes para formular sus propuestas. Ningún constructor experimentado, responsable y serio habría participado en dicho proceso si la obligación de controlar las inestabilidades de la región hubiera sido de resultado. Sobra decir que mitigar, en ninguna de sus acepciones, implica borrar en forma absoluta un defecto o una circunstancia imposible de obviar en su integridad. Mitigar, en otras palabras, es sinónimo de atenuar y no de remediar una cosa u objeto en su totalidad.

Se corrobora lo anterior con lo que sobre mitigar anota el diccionario de la Real Academia Española. “*Mitigar*” moderar, aplacar, disminuir o suavizar una cosa rigurosa o áspera”.

Asimismo, en su experticia el doctor **OCTAVIO RENDON GALLEGO**, a ese respecto anota:

“La eliminación absoluta de los efectos en la vía de los problemas de estabilidad regionales detectados en esta ladera, sólo se podría lograr mediante propuestas completamente radicales que pueden incluir entre otros: La construcción de viaductos apoyados en cimentaciones profundas para cruzar los depósitos y los materiales de baja resistencia; la construcción de tramos subterráneos, en los sectores de mayor incidencia, o la implementación de sistemas sofisticados de estabilización. La ejecución de cualquiera de estas medidas supone una inversión importante de dinero que afectaría la factibilidad del proyecto.

Solicita esta pregunta No. 9 “con qué costos” “pueden eliminarse en el presente inmediato” “las inestabilidades regionales de la zona de los tramos 2 y 3”.

Ya se ha explicado lo complejo y dispendioso de las posibles soluciones que pueden adoptarse, las mismas que no daría solución definitiva al problema de inestabilidades, habida cuenta de la conformación geológica inestable de la zona desde mucho tiempo atrás y que así continuará por muchísimos años más; los estudios tomarían plazos largos y la definición de cualquier alternativa que se escoja, que sería de mitigación de las inestabilidades y no definitiva, igualmente tomaría su tiempo propio, ya que depende de los costos mismos compatibles con el factor técnico elegido que implique los menores costos de mantenimiento futuro sumados a los costos de construcción, también de largo plazo según la alternativa que pueda adoptarse, frente a los recaudos por peajes en los estudios de la ingeniería financiera, que también requeriría de estudios propios, e igualmente frente al menor grado de alteración del servicio de la vía para sus usuarios.”⁸⁰ (Resaltado fuera de texto original)

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 8 - Respuesta a la pregunta No. 9 del Concesionario (pag 5).

De lo expuesto se infiere que era razonable que en el presente contrato la obligación fuera sólo de medio y que ante la imposibilidad de controlar en forma absoluta las inestabilidades, dicho riesgo, vale decir, el que se refiere al control permanente de las inestabilidades, debía ser compartido entre las partes, tal como más adelante lo explicará el Tribunal cuando se refiera a la teoría de la imprevisión.

Bajo esos parámetros, debe el Tribunal plantearse y resolver acerca de si el diseño elaborado por el Concesionario y aprobado por la entidad fue consecuente con esa postura; es decir, si fue adecuado para manejar y controlar la situación que se desprendía por las inestabilidades dada la zona en donde se encuentra ubicado el proyecto o lo que es lo mismo, si la obligación de medio adquirida fue satisfecha adecuadamente. O si, por el contrario, fue imperfecto e insuficiente para plantear una solución satisfactoria. Se insiste que no se trata de dilucidar acerca de una solución definitiva sino la de elucubrar acerca de la eficiencia de los diseños y de la construcción con miras al control, la mitigación y el manejo inicial de las inestabilidades. Alude el Tribunal a inicial por cuanto el análisis de la obligación del concesionario para estos efectos es la que se circunscribe a la etapa de construcción, esto es, a los trabajos necesarios para poner en una situación que permitiera la entrada en operación de la vía. Otra será la situación que se presente cuando habiendo realizado la construcción en términos satisfactorios respecto de la calidad de la vía y mitigación de estos fenómenos, con posterioridad se afecta la vía por el movimiento constante de la cordillera y demás fenómenos conexos. En este último caso, vale decir, respecto de los problemas, manejos y erogaciones posteriores, a tener lugar principalísimamente durante la etapa de operación, el Tribunal se referirá más adelante.

Ahora bien, no puede pasarse por alto el hecho de haber sido modificado el proyecto de manera sustancial. No entra el Tribunal a estudiar la legalidad de los cambios introducidos por el Acta de Acuerdo Modificatorio del 28 de mayo de 1996, los que, de todas maneras no pueden tomarse como algo accesorio o complementario a lo inicial. Son verdaderas alteraciones sustantivas y sustitutivas de lo primigeniamente pactado, particularmente en el tramo 2 en donde se cambió una variante por un túnel.

Si bien el alcance de las obras fue cambiado, eso en manera alguna afecta lo explicado para las inestabilidades habida cuenta que el terreno, sus características y fenómenos en uno y otro evento son los mismos. Es decir que en particular para el tramo 2, el cambio del alcance básico no incide en el marco normativo que se ha descrito para efectos del manejo de inestabilidades. A este respecto, el perito técnico señala:

“Tramo 2... Como se observa en el plano No 2 de 5, Mapa de pendientes, de la REFERENCIA 4.1, la carretera antigua transcurre por la misma ladera de la nueva, sobre materiales geológico-geotécnicos de características similares”. (Resaltado fuera de texto)

Tampoco se ve alterado el alcance de la obligación por lo convenido en el Acta No. 15 de julio de 1999⁸¹, en donde **COVIANDES** se compromete a ejecutar obras pendientes.

Tan evidente era este fenómeno como inexistente el conocimiento cierto acerca de una solución definitiva, lo que restringía el alcance de la obligación del concesionario a garantizar, no una solución definitiva sino a poner su mejor esfuerzo en aras de lograr la más conveniente mitigación y control, tanto al momento de presentar la oferta y suscribir el contrato, como cuando se pactó el Acta Modificatoria del 28 de mayo de 1996.

En el Tramo 3 el corredor vial se mantuvo, limitándose el alcance de las obras contratadas y, en consecuencia, de los diseños aprobados y de la construcción consecuente a la rehabilitación, mejora o ampliación de la vía existente con algunas variantes de recorrido⁸². Todo lo cual impone concluir que no era dable exigir del concesionario una solución permanente y constante a fenómenos que desde siempre han estado y que ya soportaba la vía vieja entregada para ser mejorada.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 000092 a 000096 y Tomo I de la respuesta a las excepciones

⁸² Sobre este particular, en la experticia técnica se lee: ***“La carretera finalmente construida para este tramo de la vía corresponde prácticamente a una rehabilitación de la carretera antigua, con excepción de las variantes de Chipaque Arriba, Chipaque Abajo, Caraza 1 y Caraza 2; por tanto, se puede afirmar que las condiciones geológicas y geotécnicas de los terrenos, por los cuales transcurren los trazados, poseen las mismas condiciones geológicas y geomorfológicas, porque las dos vías corresponden al mismo corredor vial”.***

Lo dicho implica que deba examinar el Tribunal si hubo errores de diseños y de construcción por parte del Concesionario. Si los hubo en términos de no haber sido suficientes los trabajos para entregar ni siquiera al inicio una obra en buenas condiciones, el concesionario debe asumir los costos que demande poner la vía en términos razonables de servicio. En caso de no presentarse yerros, habrá necesariamente que concluir que el concesionario diseñó y construyó la vía tal como fue encomendada. Otro será el análisis de los manejos posteriores y hacia el futuro de las inestabilidades, los que, entonces, no podrán imputarse a defectos de diseño ni de construcción sino a las circunstancias particulares y propias del terreno y de la Cordillera.

Ha dicho el Tribunal que los fenómenos geológicos que afligen a la vía no eran desconocidos para las partes. Frente a esa situación, independientemente de la previsibilidad o no de los efectos y manifestaciones concretas y reales de esos fenómenos, a lo cual más adelante el Tribunal se referirá, resulta menester preguntarse el motivo por el cual la entidad pública concedente cuando elaboró el pliego y los estudios pertinentes, no reguló el tema en detalle, incluso, por ejemplo, para decir que las consecuencias que se derivaren de la situación geológica de la cordillera debían ser asumidas por el Concesionario. Independientemente de la validez jurídica o del alcance de una estipulación tal, lo cierto es que si la entidad quería trasladar el riesgo geológico al contratista debió así haberlo regulado. No debe perderse de vista que reguló aspectos atinentes a otros riesgos. Baste recordar ahora lo que se dijo en relación con el tráfico mínimo garantizado y con las mayores cantidades de obra.

Lo dicho conduce a que no es de recibo sostener que en virtud de la naturaleza del contrato de concesión, *per se* el contratista deba asumir a su costa las consecuencias de un fenómeno geológico de la naturaleza que ahora nos convoca. Podría hacerlo en una extensión semejante a la que se hubiera delimitado en cuanto expresamente se hubiere regulado el tema. Es decir que la entidad pudo haber “*trasladado*” el lindero del álea normal a un punto mayor a aquel que ahora se presenta. Lindero que en este caso se debe encuadrar dentro del mutismo de la entidad en términos de convención sobre el manejo de inestabilidades reales que en este caso ya se conocían desde muchos años atrás.

Al no hacerlo, el contratista selló el marco delineante del riesgo plegándose a lo que se desprende del pliego y que no es nada diferente a una obligación de mitigación, de minimización y de control.

Pero lo dicho implica que la entidad, entonces, debe asumir hacia el futuro los costos que demanden las obras necesarias para manejar y controlar las inestabilidades a un punto de salvaguardar el servicio adecuado de la vía?

A tal interrogante el Tribunal responde con un categórico NO. Ello se explica por lo siguiente:

Una cosa es que el fenómeno bajo mención que se presenta en la Cordillera Oriental sea conocido por todos. Otra cosa tiene que ver con las consecuencias prácticas y reales que ese fenómeno produce y, además, con la solución definitiva dentro del marco conceptual y presupuestario del correspondiente proyecto. No encuentra el Tribunal elementos de juicio claros y contundentes que le permitan sostener que eran previsibles al momento de presentar la oferta, las consecuencias y soluciones reales que se derivaban de la situación, esa sí conocida, de la montaña. Ni la entidad ni el contratista lo previeron ni cree el Tribunal que estaban en condiciones de hacerlo, dada la información y documentación con que se contaba en el momento. El Tribunal insiste que hasta la fecha esa “*solución mágica*” que se acomode a las características del proyecto no ha aparecido.

Siendo ello así, entonces, observa el Tribunal que se realiza con pleno vigor la llamada teoría de la imprevisión. Teoría hartó conocida y resaltada por la jurisprudencia y doctrina que no cree el Tribunal que sea necesario elaborar aquí un sesudo estudio de esta figura. Simplemente reproduce el artículo 868 del Código de Comercio, que de manera clara evidencia los elementos constitutivos de la figura, destacando si que en materia de contratación estatal no sería procedente la resolución del contrato, como si ocurre entre los particulares. Esto por cuanto, tal como también ha sido profusamente reconocido, el hecho causante del desequilibrio no impide la realización definitiva del objeto contratado⁸³ sino que

⁸³ Lo que precisamente diferencia la fuerza mayor o caso fortuito de la teoría de la imprevisión, ha dicho el profesor Miguel S. Marianhoff, es que la primera torna imposible la ejecución del

genera una mayor onerosidad en su ejecución, lo que luminosamente se observa en este caso.

Dice así la citada norma del estatuto mercantil:

“ART. 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 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.” (Resaltado fuera de texto)

Lo que si conviene resaltar nuevamente es que lo que destaca a la teoría de la imprevisión es la imprevisibilidad no tanto del hecho mismo, como sí de sus consecuencias, tal como ya lo advirtió este Tribunal y que con suma claridad en estos términos lo explica el profesor Marienhoff:

“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”⁸⁴ (Resaltado fuera de texto)

contrato, en tanto que la segunda ***“la hace sólo más onerosa”***. Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera definitiva, la teoría de la imprevisión sólo es aplicable cuando tal trastorno es ***“temporario”*** o ***“transitorio”***. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, página 505, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

⁸⁴ Marienhoff. Ob. Cit. Página 525. En igual sentido puede leerse a Rodrigo Escobar Gil, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Primera Edición. 1999. LEGIS Editores S.A. Página 565. La Sección Tercera también ha mencionado algo semejante. Al efecto, basta tener en cuenta la sentencia del 29 de mayo de 2003. Expediente N° 14577. Sociedad Pavimentos Colombia Ltda.. vs. INVIAS.

Siguiendo a la doctrina, fundamentalmente la argentina, española y francesa, y, por tanto, separándose de lo dicho por nuestro Consejo de Estado⁸⁵, este Tribunal considera que las consecuencias que se derivan de la situación especial de nuestra Cordillera Oriental y que tanto repercuten en los Tramos 2 y 3, deben ser asumidas por las partes en las proporciones que en este Laudo se señalan. Se refiere aquí al manejo que debe darse a esa situación hacia adelante.

Lo dicho, obviamente dentro del contexto y alcance dado en este Laudo, esto es, que el concesionario asume dentro de sus obligaciones para ser ejecutadas durante la etapa de construcción la de manejar, mitigar y controlar las inestabilidades, lo que implica en términos de uso de la vía, el que ésta se coloque en situación de adecuado y seguro servicio para los usuarios. Hacia el futuro, las obras que excedan el simple mantenimiento rutinario por el desgaste natural de la vía y que son del resorte del Concesionario, deben ser compartidas por ambas partes. El Tribunal se refiere con ellas a aquellas de reparación en los puntos críticos. No encuadran en esta hipótesis, por supuesto, obras que desborden el marco contractual y que a lo mejor podrían dar una solución definitiva pero a un costo por fuera del equilibrio del contrato. Para acometer estas últimas necesariamente deberá requerirse de un acuerdo bilateral que las cobije y regule, en su extensión, características y costos, entre otros aspectos.

Observa el Tribunal cómo este planteamiento se ajusta a lo que las partes en su momento pretendieron acordar y que se frustró por determinación de la directora de **INVIAS**, por motivos que el Tribunal no conoce, pues lo dicho por la entidad en la demanda no coincide con las probanzas dentro del proceso y en donde aparecieron testimonios con diferentes explicaciones. Incluso la propia implicada no fue clara ni concreta en exponer los motivos que la llevaron a no aceptar el acuerdo que por entonces se planteaba.

Lo dicho hasta aquí abarca el manejo de las inestabilidades hacia el futuro, vale decir en lo que resta del contrato de concesión pues se refiere a una situación evidente cual es que

⁸⁵ La sentencia del 9 de mayo de 1996, entre ECOPETROL y SAE, con ponencia del consejero Daniel Suárez Hernández, planteó que la “ayuda” del Estado para el contratista en aplicación de la teoría de la imprevisión no podría ser tan sólo parcial sino que debería ser integral y completa.

aún en el evento en que el concesionario hubiera diseñado y construido la vía sin errores, necesariamente por la existencia del fenómeno geológico bajo comento se presentarán situaciones que afectarán la vía de una manera totalmente diferente a la normal y habitual por el simple uso de ella. Todo lo cual lo comprobó y entendió el Tribunal en la inspección judicial que realizó en la vía, amén del dictamen pericial practicado.

Por tanto, entra ahora el Tribunal a examinar si las obras que realizó el contratista en desarrollo de las obligaciones a cumplir durante la etapa de construcción cumplieron a cabalidad con lo pactado. Esta reflexión impone la verificación del cumplimiento de los diseños elaborados por el concesionario y, dentro de ello, el análisis de lo que jurídicamente implica la aprobación de esos diseños por parte de la entidad.

3. Diseños definitivos y alcance de la aprobación impartida por la entidad estatal.

Basados en la diferenciación que ya indicó el Tribunal respecto de los riesgos del contrato de concesión, por un lado, y, por el otro, de las obligaciones que nacen de él y la responsabilidad por su incumplimiento, debe señalar que en un contrato de concesión podría moverse la línea divisoria entre áleas normales y anormales, según sea menor o mayor la injerencia de la entidad en la elaboración de los diseños. Sobre este particular pueden darse esquemas concesionales que van desde la absoluta libertad del contratista en la definición y elaboración de los diseños, hasta el otro extremo en donde es la entidad la que entrega al concesionario dichos diseños. En el primer caso, la entidad a lo sumo expresa el resultado final que quiere obtener y unos criterios universales. Por supuesto que en ese evento, el “riesgo” que asume el concesionario es mayor dado el amplísimo ámbito de maniobra que tiene. También es mayor el alcance de su responsabilidad y, en consecuencia, el contenido de las obligaciones será más extenso.

En el caso de la concesión que ocupa la atención de este Tribunal, se presenta una situación intermedia entre los extremos atrás propuestos. En efecto, la propia entidad concedente elaboró los estudios para el proyecto, destacándose el realizado por La Viabilidad, con base en los cuales confeccionó los diseños. Sobre este particular resulta importante el Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, mediante el cual se resolvieron algunas

diferencias entre las mismas partes de este proceso y por cuenta del mismo contrato 444 de 1994. Y lo es porque con carácter claro estableció ese proveído judicial que los diseños entregados por la entidad eran a tal punto completos que se podía perfectamente calificarlos como propios de Fase III.

Considera el Tribunal que el aporte de ese Laudo se circunscribe al concepto de cosa juzgada frente al tema ya analizado. En especial lo dice haciendo referencia a la calidad y cumplimiento de esos diseños. El convocante en este proceso ha pretendido utilizar dicho Laudo para sostener la cosa juzgada en relación con la calidad y cumplimiento cabal de las obligaciones del concesionario durante la etapa de diseños. Ello no es así porque no encuentra este Tribunal que en tal pleito se hubiere discutido y hubiere sido parte esencial del conflicto el tema del cumplimiento y eficiencia de los diseños elaborados por el concesionario. Ahí se debatieron otras materias que si bien tocaban con los diseños, no lo hacían en los términos indicados. Por eso, para efectos de examinar si el concesionario cumplió a cabalidad o no con las obligaciones que tenía acerca de los diseños y las que el Tribunal ha dicho se circunscriben a mitigar, minimizar y controlar las inestabilidades, más no las de solucionar definitivamente el problema, no tendrá en cuenta dicho Laudo, sino que con el acervo probatorio recogido en este proceso, definirá esta situación.

El hecho de ser los diseños entregados por la entidad prácticamente de Fase III, trae como consecuencia que el ámbito de maniobrabilidad y con ello, lo relativo a las áleas y a las responsabilidades del Concesionario sea menor que las que se darían en caso en que los diseños fueran Fase II.

En relación con las áleas, su repercusión se consolida durante la etapa de construcción en cuanto lo ejecutado difiera de lo que se había programado con base en los diseños. En el contrato 444 de 1993, la socorrida línea imaginaria que divide lo normal de lo anormal fue atenuada, compartiéndose con el Estado, tal como aconteció con las concesiones de primera generación, habida consideración de que se garantizó ese tipo de desfases mediante esquemas de compensación convencionalmente pactados en determinadas circunstancias.

Las partes posteriormente modificaron esa garantía cuando en el Acta de 19 de abril de 1996, establecieron que el **INVIAS** garantizaría mayores cantidades de obra “sobre los diseños definitivos aprobados por el Instituto así: para túneles hasta el 20 % para el resto de obras hasta el 10 % del valor de los diseños definitivos.”

Sea lo inicial o lo finalmente convenido, lo cierto es que el Estado entró a participar de los desfases que se dieran durante la construcción respecto de lo estimado y emanado de los diseños. Pero esos desfases tienen que ver con circunstancias de desacuerdo en ámbitos de ejecución normal de las obras y bajo la premisa de la realización cabal de lo contratado. Es decir que las estipulaciones que aluden al tema tienen aplicación al momento de terminar la construcción y cuando es dable comparar con lo estimado pero dentro de un entorno de normal ejecución y satisfacción de lo contratado. En consecuencia, no aplican para regular eventos en donde precisamente el resultado final esperado no se logró.

Todo lo dicho hasta aquí, permite desde ya concluir de manera categórica que en un esquema como el pactado en el contrato 444 de 1994, no es posible imputar al Concesionario la obligación de asumir todo desfase que se presente en la construcción. De un lado porque los propios contratantes pactaron en determinados eventos y bajo especiales circunstancias “ayudas” estatales y del otro porque el concepto de riesgo asumido por el contratista, así se encuentre en el extremo referido de la amplísima maniobrabilidad, no tiene connotaciones absolutas e infinitas. Siempre no asumirá lo que caiga bajo lo anormal, lo que, como se ha dejado sentado, en cada caso cambia según lo convenido y las especiales circunstancias que rodean a cada proyecto.

Lo esbozado traduce también que no sea válido sostener que, tal como lo hace la convocada, por el hecho de haber elaborado el concesionario los diseños con base en los presentados por la entidad, aquel deba responder por todo lo que suceda y acontezca durante la construcción. Lo hará en cuanto se esté en presencia de un riesgo normal o cuando expresamente lo haya asumido o en cuanto se infiera incumplimiento culposo o doloso de obligaciones.

Respecto del tema de inestabilidades ya se dejó sentado que no obstante el conocimiento del fenómeno, nadie estaba en posibilidades de prever sus consecuencias y aún más las soluciones técnicas definitivas, dados el alcance y características del proyecto.

Tampoco aparece una estipulación expresa que indique que el Concesionario asumió con amplitud el riesgo geológico indicado. Al respecto el Tribunal recuerda lo que ha dado en llamar la ligereza con que se manejó el tema. Apoya lo indicado si se recuerda que los términos de referencia para elaboración de diseños son ante todo genéricos y no específicos y exclusivos para el proyecto que ocupa la atención del Tribunal.

Siendo ello así, considera el Tribunal que los diseños entregados por la entidad y los elaborados por el concesionario no llegaron al extremo de integrar una solución definitiva al fenómeno que producía inestabilidades. Una y otro se limitaron a elaborar un diseño y a impartir su aprobación sobre la base de una total ausencia de solución con vocación definitiva. Más bien entendieron que lo que contendría el diseño serían posibilidades referidas a la mitigación, control o minimización, las que muy seguramente creían eran suficientes o por lo menos de mayor prolongación en el tiempo pero que la práctica se ha encargado de desmentir.

Dentro de esta línea de pensamiento, se tiene que la elaboración que hace el concesionario de los diseños no implica *per se* la asunción de un mayor riesgo ni le implica mayor responsabilidad cuando se ha basado en estudios y proyectos Fase III que vienen dados por la entidad y los cuales apenas aluden al problema, dada la notoriedad del fenómeno.

La aprobación impartida por la entidad tiene la misma connotación, es decir, tampoco aumenta el riesgo que ésta asume ni le da mayor responsabilidad. Nos referimos en uno y otro caso, al tema de las inestabilidades. Así que ni con la elaboración que hizo el Concesionario de los diseños ni con la aprobación de la entidad se puede considerar que el esquema del manejo de dichas inestabilidades haya cambiado. Esto por cuanto, se insiste, una y otra actuación se hizo sobre bases muy generales, con la incomprensión real acerca de las consecuencias del fenómeno y bajo el entendimiento que lo diseñado y aprobado era

suficientemente idóneo y adecuado, en caso de cumplirse a cabalidad, para garantizar el control y la mitigación.

Por manera, entonces, que la aprobación de la entidad en este caso no puede ser mirada como sinónimo de eliminación de los riesgos normales del contrato a cargo del Concesionario ni tiene la potencialidad de alterar lo pactado sobre desfases. Se trata ante todo del asentimiento de la entidad acerca de que lo recibido se adecua a los criterios, pautas y fines que trazó desde el mismo pliego de condiciones.

De lo expuesto, se infiere que el planteamiento que hace la convocada para deducir responsabilidad del concesionario con fundamento en los riesgos que provienen del contrato de concesión no es de recibo. Todo lo cual impone indagar, frente al hecho evidente acaecido en este caso en donde la construcción no alcanzó en su totalidad lo pensado por las partes, acerca de si las fallas palmarias que hoy presenta la vía, que con total claridad se evidenciaron durante la inspección judicial y las que estaban presentes al momento de terminar la etapa de construcción, según el plazo pactado para el efecto, obedecieron a errores o incumplimientos del concesionario o si, por el contrario, esté cumplió a cabalidad con sus obligaciones, no obstante lo cual el resultado esperado tampoco se alcanzó. También deberá analizarse en caso de encontrar errores de diseño, la responsabilidad que cabe a la entidad por aprobar y permitir que se ejecutaran diseños equivocados.

Para este análisis que ahora aboca el Tribunal, se recuerda, se parte de una premisa clara, cual es la de que lo indicado en el pliego y en el contrato en punto de las inestabilidades, ante todo se circunscribía a poner todo lo necesario para que al construir la vía se pudieran evitar problemas sobre la vía, por lo menos apenas terminadas las obras. Parecería que las dos partes partieron sobre la base de creer que no era mucho lo que habría que hacer para lograr ese propósito. Empero, la realidad demuestra lo contrario, lo que impone el tener que verificar si al menos ese marco, si se quiere mínimo, fue respetado y cumplido al elaborarse y aprobarse los diseños y al construirse la vía con base en esos diseños, tal como de manera reiterativa lo imponía el pliego de condiciones y el contrato mismo.

De las pruebas arrojadas al proceso, particularmente la pericial, no se desprende que por regla general los diseños hubieran estado mal elaborados o que se hubieran apartado de los lineamientos trazados por la entidad concedente. El hecho de no reflejar una solución definitiva para el tema de las inestabilidades, no se explica, como tantas veces lo ha recalcado el Tribunal, por un error del diseñador. Ello aconteció así porque ni el pliego, ni la oferta ni mucho menos el contrato partieron de un convencimiento real y profundo acerca de este tema, lo que condujo a que no se reflejara con la necesidad que ameritaba el asunto, dada su notoriedad. Así sucedió, o bien porque se minimizó su importancia ora porque fue evidente la imposibilidad de plantear una solución definitiva. Pero lo cierto es que no se consignó una obligación de resultado sino una de medio que consistía en aportar el mejor esfuerzo en orden de lograr un control o mitigación.

Siendo ello así, entonces, la presencia durante la construcción de inconvenientes en la vía que hacen que no cumpla las exigencias técnicas de perfección, no se deben a errores de diseño sino que son la consecuencia de fenómenos geológicos. Si hubieren existido errores de diseño, no se entiende la aprobación de los mismos por parte de la interventoría y de la entidad. Esto explica lo dicho acerca de que los diseños contemplaron tan sólo una obligación de medio que nunca ha sido cabalmente entendida por los funcionarios de la entidad, quienes han persistido en una postura que no se compadece con lo encontrado en el pliego de condiciones, la oferta, el contrato y los diseños por ella misma aprobados.

Así mismo, no existe prueba que apunte a demostrar que la construcción desatendió a los diseños aprobados. Al contrario, todo indica que tal construcción siguió los parámetros de los diseños. Claro está que en cuanto estos no planteaban soluciones definitivas, no era menester esperar tampoco soluciones con ese carácter al momento de construir.

Sí encuentra el Tribunal que, en el sector de las Cumbas, se combinaron al menos la precariedad de la zona con una ejecución constructiva que técnicamente resultó inadecuada, lo cual necesariamente tendrá que incidir en el reparto de la proporción que se estableció por cuenta de la realización de la teoría de la imprevisión. Esto afecta no sólo las obras ya ejecutadas sino que debe repercutir hacia el futuro pues el Concesionario agravó la situación de dicha zona precaria. En efecto, muestra el dictamen pericial que

COVIANDES alteró la zona precaria de las Cumbas (la más inestable del tramo, según las pruebas), al establecer allí el botadero de escombros en un volumen excesivo cercano a 1.200.000 toneladas, incluyendo en éstas material orgánico sin descapotar. A este respecto el perito **RENDON GALLEGO** anota, al preguntársele:

“10. Comparte la zona de Las Cumbas (Alta y Baja), LOS PROBLEMAS DE ESTABILIDAD DEL Tramo 2 y, en caso afirmativo, cuál sería la solución a dichos problemas y su costo aproximado?.”⁸⁶

Sí, el sector de Las Cumbas (Alta y Baja) corresponde a los K 4+700 a K 7+000 de la vía actual (K 17+200 a K 19+500 aproximadamente del abscisado inicial) en donde se han presentado hundimientos y fallas en los terraplenes construidos sobre grandes depósitos de origen fluvio-glacial, y levantamientos de la vía en algunos cortes realizados sobre rocas de pobres condiciones geotécnicas.

Esta zona, con una topografía suave está conformada por depósitos de origen fluvio glacial con unas condiciones de estabilidad bajas, apoyados en rocas tipo lutitas, de la Formación Chipaque, algunas de ellas intensamente fracturadas. Debido a su configuración topográfica este sector fue aprovechado para disponer el mayor depósito de escombros de la carretera, que de acuerdo con la figura 7.1 de la REFERENCIA 10.1, alcanzó un volumen de 800 000 m³, y afectó en primera instancia las condiciones de estabilidad, de por sí precarias en esta zona, debido a la interrupción del drenaje y a la colocación de carga. El depósito de materiales sobrantes se detectó en las perforaciones SB-3, SB-4 y SB-5, realizadas recientemente por INTECSA por encargo del Concesionario (véase REFERENCIA 10.2), es decir, el depósito se concentra hacia la parte superior de las Cumbas. El espesor del material de depósito alcanza 12 m. como se pudo comprobar en la perforación SB-3 y SB-5 realizadas por DRAGADOS recientemente en este sector; por otra parte vale la pena destacar que en las perforación SB-4 se detectó una capa de materia orgánica de cerca de 3 m de espesor, lo cual indica que no se realizó una limpieza ni descapote para la colocación del depósito de materiales, lo que es contraproducente para la estabilidad. Una situación similar fue detectada por INGENIERIA Y GEOTECNIA LTDA. en el estudio realizado para la estabilización del terraplén del peaje, en el cual tampoco se realizó el descapote completo debajo del terraplén y se encontró materia orgánica, como se observa en la fotografía siguiente tomada de la REFERENCIA No. 3.

Posteriormente se construyeron los terraplenes sobre los que discurre la vía, los cuales aplicaron una carga adicional a materiales que presentaban condiciones pobres de estabilidad, que habían sido previamente

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 8 - Respuesta a la pregunta No. 10 del Concesionario.

afectadas por la construcción del botadero, los cuales además de aplicar una carga al suelo contribuyeron a alterar las condiciones hidrogeológicas debido a la interrupción y alteración del drenaje natural”.
(Resaltado fuera de texto)

Aunque hay culpa del Concesionario en el manejo de botadero de escombros en el sector de las Cumbas, ésta se atenúa con el hecho de haber aprobado la Interventoría dicho lugar para ese efecto, sin medir las consecuencias que para la estabilidad de la zona podría producir ese sobrepeso, unido al manejo inadecuado de material orgánico. Igualmente, por la precariedad de la zona y, de modo especial, porque como lo dijo el Perito Técnico, cualquier intervención llevaba implícito el riesgo de alterar una zona altamente crítica en materia de inestabilidades.

Otro inconveniente en el tramo 2, tiene que ver con los drenajes. Al respecto dice el perito:

“Sin embargo, hubo otros sectores donde se hicieron recomendaciones que no fueron atendidas como por ejemplo lo que se destacó en la respuesta a la pregunta No. 6 del dictamen pericial donde La Vialidad recomendó realizar y evaluar antes de la construcción un plan previo de drenaje de la vía vieja hacia arriba entre las abscisas K22+600 a K26+600 de la variante..” (Resaltado fuera de texto)

Estos errores deben necesariamente propiciar una consecuencia jurídica y de ahí una de índole pecuniaria. La infiere el Tribunal dentro del marco general que ha trazado, es decir, partiendo de que en tanto resultó, dado el marco contractual que enmarcó el negocio, imprevisible para las partes las consecuencias del fenómeno geológico presente en la Cordillera Oriental, que deben las partes concurrir en partes iguales en todo lo que atañe con su manejo y control habida cuenta la realización de la imprevisión y, la aplicación consecuente de la ayuda parcial que el Estado debe hacer por cuenta de ser el hecho generador del daño ajeno a las partes y ni siquiera provocado por éstas. Empero, configurado el error del Concesionario en una zona harto conflictiva del proyecto como son Las Cumbas, la responsabilidad de éste debe ser mayor. Dicha responsabilidad el Tribunal la tasa en un porcentaje equivalente al sesenta por ciento (60 %) de lo que demande el manejo, control y mitigación de las zonas inestables para el Tramo 2. El cuarenta por ciento (40%) restante corresponderá a la entidad demandada.

Explica el Tribunal que esa distribución debe cobijar los dos eventos que ha planteado. Es decir lo relativo a las obras ejecutadas para ser cumplidas durante la etapa de construcción y, además, lo atinente y necesario para el futuro hasta que finalice el término de la concesión, en orden al control, manejo, minimización y mitigación de las inestabilidades.

En relación con el Tramo 3, encuentra el Tribunal que en cuanto las obras contratadas, por regla general se ejecutaron sobre vía vieja, con fallas y defectos con posibilidad de conocer en mayor medida que las nuevas del Tramo 2, el Concesionario debió desplegar mayor diligencia. Y parece que así aconteció porque en decir del perito, prácticamente se han encontrado medidas con resultados satisfactorios.

En efecto, sobre el Tramo 3, señala el Perito:

“El trazado finalmente construido, que incluye las variantes de Caraza 1 y Caraza 2, ha presentado un comportamiento satisfactorio, superior al que mostraba la vía antigua; se puede inferir que gracias a la localización de las variantes se minimizó el efecto sobre los coluviones y al bajar la rasante se redujo la altura de los terraplenes, dando lugar a que en general no se han presentado hundimientos problemas de estabilidad en este tramo de la vía, con excepción de algunos pequeños problemas en la curva externa de la variante Caraza 2”. (Resaltado fuera de texto)

No encuentra el Tribunal que en el Tramo 3 se haya presentado una situación semejante a las descritas en el tramo 2 que conduzca a aumentar la responsabilidad del Concesionario. Más aún, los aciertos de este deberían traer como consecuencia una responsabilidad no compartida sino completa a cargo de la entidad. No obstante, en tanto los problemas presentados encuadran en la teoría de la imprevisión, la distribución de responsabilidades será igual, es decir, cincuenta por ciento (50%) para cada parte, teniendo en cuenta que siempre se quisieron compartir los costos.

Esta asunción compartida del problema coincide con lo que las partes habían logrado en las conversaciones previas que tuvieron y que no culminaron con ninguna conciliación ni transacción. Esto no es un hecho aislado sino que implica para el Tribunal un elemento

probatorio serio en cuanto se originó en análisis y estudios, incluso jurídicos⁸⁷, que el Tribunal encuentra serios y bien fundamentados.

De manera que esa distribución porcentual no obedeció al capricho aislado y sin pleno conocimiento de los involucrados. Más bien, apoya la afirmación que pregona un alejamiento con el actuar responsable que debe presidir toda función pública. Es que no se compadece con ese actuar, el comportamiento de ciertos servidores que por meras intuiciones y suposiciones impidieron un arreglo factible y necesario para la entidad y en su lugar la introdujeron en pleitos con demandas bastante exageradas y sin mayor respaldo.

Para el Tribunal la voluntad de la asunción porcentual de los riesgos, contra lo sostenido en este proceso por el **INVIAS**, está bien probada en el expediente. Así, esa certeza surge no sólo de lo que aparece en el Acta No 34 y de lo acordado por el Comité en la citada reunión del 2 de julio, que constituyen un indicio grave, sino de la prueba pericial y de los testimonios recepcionados dentro del proceso, en especial de las declaraciones de los señores **GUSTAVO EDUARDO ARENAS CAMPOS, LUIS GUILLERMO VELASQUEZ, LUIS FERNANDO SACHICA, CARLOS ENRIQUE GALINDO MEJIA, MANUEL GARCIA y ENRIQUE DAVILA LOZANO.**

Para el perito **RENDON GALLEGO**, por ejemplo, la zona es incuestionablemente inestable y lo será durante mucho tiempo, por tratarse de un área geológicamente nueva (la cordillera oriental) que no dejará de moverse y para lo cual no existe hoy remedio que la estabilice en forma completa.

Corroboran estas apreciaciones los estudios que obran dentro del expediente y que muestran cómo de tiempo atrás la zona es francamente inestable y a veces inmanejable.

La distribución acordada en principio por las partes y adoptada por el Comité (lo que constituye un indicio serio de la voluntad de las mismas y que la prohija el Tribunal en esta oportunidad), la encuentra éste no sólo razonable sino ajustada a la realidad que muestra el

⁸⁷ Se destaca el realizado por los doctores Edmundo Del Castillo y Luis Fernando Sáchica, visible a folios 88 a 108 del Tomo IV de los Anexos a la contestación de la demanda.

acervo probatorio. Y lo es porque la forma pretendida por **INVIAS** en la contestación de la demanda y en la reconvencción, le causaría un agravio injustificado a **CONVIANDES**; o, en otros términos, grave daño antijurídico.

Se precisa que en esta forma se le está dando plena validez al acervo probatorio en su conjunto y no solo al Acta de Comité de 2 de julio del 2002 y al borrador del Acta No. 34, por medio de la cual se pretendió documentar la transacción que no fue firmada por **INVIAS**. Acervo que constituye plena prueba de lo pretendido por el contratista y que permite aplicar el derecho a su favor (Art. 174 del C. de P. C.).

Por la importancia que el tema tiene, el Tribunal a continuación expresará sus criterios en torno de lo acontecido en el Comité de Conciliación en donde por unanimidad se llegó a una distribución porcentual similar a la que el Tribunal ha establecido.

4. Comité de conciliación.

Como uno de los aspectos de esta controversia tiene que ver con la validez de lo acordado en el Comité de Conciliación de **INVIAS** el día 2 de julio del año 2002 (Acta No. 9), pasa el Tribunal a analizar el alcance no solo de dicho documento sino del Acta No. 34, por medio de la cual se pretendía documentar la transacción entre las partes, autorizada por dicho Comité, ya que mientras el Instituto le niega toda eficacia a esos documentos, **COVIANDES** estima que aquél sí quedó vinculado, no sólo porque el documento tiene relevancia probatoria y sirve de fundamento a la prosperidad de sus pretensiones, sino porque ese Comité era el competente para fijar la posición de la entidad frente al mecanismo alternativo escogido para determinar la procedencia o no de la solución, tal como lo precisan los Artículos 4 numeral 5 de la Resolución 3713 de 12 de septiembre de 2000 y 5, numeral 5 del Decreto 1214 del mismo año. Precisa, además, la convocante en su demanda que el Dr. **JOSE LIBARDO ROJAS MALAGON**, Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto, actuó en dicho Comité también como delegado de la Directora General, con voz y voto, *“por lo cual no era menester que ésta se abstuviera de firmar el acta mencionada o al menos adujera razones para no hacerlo”*.

Pues bien. El Tribunal para resolver el punto controvertido, observa con base en el Decreto 1214 y la Resolución 3713, ambos del año 2000, lo siguiente:

En primer término, todas **“Las entidades y organismos de derecho público del orden nacional....deberán integrar un Comité de Conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen...”** (Art. 75 de la Ley 446 de 1998).

En segundo término, cuando en dichas entidades se pretenda una conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de un conflicto, deberá acudirse previamente al citado Comité. No podrá la persona pública omitir esa exigencia, porque dicho organismo fue establecido precisamente como una instancia administrativa para la defensa de los intereses de la misma, pudiendo para el efecto formular políticas generales sobre prevención de los daños antijurídicos que puedan imputársele y sentar reglas para la defensa de los intereses de la entidad, o también para definir, en los casos particulares o específicos, sobre la procedencia de la conciliación o de cualquier otro medio alternativo de solución, todo con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

De este ordenamiento se destaca, como se dijo, que la actuación del Comité será obligatoria en todos los casos en los cuales las entidades interesadas busquen un medio de solución de sus diferencias, por fuera de sus jueces naturales u ordinarios.

Procesalmente entonces, cuando en el conflicto que se quiera solucionar por una de una de estas vías se encuentre involucrada una entidad pública, será requisito de procedibilidad el concepto de dicho Comité.

Ahora bien. Podrá la administración, una vez producido el concepto, guardar silencio o hacer caso omiso del mismo como si éste no se hubiera pronunciado ?.

Para el Tribunal lo decidido por el Comité será siempre obligatorio para la entidad. Si el concepto es negativo o desfavorable, ésta no podrá acudir a la indicada vía, a menos que nuevas circunstancias y sus pruebas le permitan al mencionado Comité un nuevo

pronunciamiento diferente. Si el concepto es favorable o afirmativo, la administración no podrá desconocerlo y tendrá que poner en marcha el mecanismo de solución propuesto. En otras palabras, la decisión negativa le impone a la administración la obligación de no hacer y la favorable, la de hacer. En el caso de que el mecanismo escogido sea la conciliación, por ejemplo, el procedimiento será el señalado por la Ley 640 de 2001, bien a través de la extrajudicial o de la judicial según el caso; y el de la transacción, la vía será la del contrato correspondiente.

Se hace esta precisión porque lo propuesto por el Comité, por sí solo, no tiene efecto de solución definitiva u obligacional para las partes involucradas en la controversia. En otras palabras, si esa propuesta implicara la conciliación o la transacción, la definición no sería del representante de la entidad sino del Comité; y no es eso lo quiso el legislador.

Con todo, la precisión precedente no significa que la entidad pública pueda hacer caso omiso de lo decidido por el Comité, ya que si así lo hiciera estará incumpliendo sus obligaciones y eventualmente comprometiendo su responsabilidad administrativa o disciplinaria.

No tendría sentido que el legislador hubiera creado los Comités de conciliación, como una instancia administrativa obligatoria para una solución alternativa, y pudiera la entidad pública, a su talante, no acatar lo así ordenado o hacer caso omiso del mismo.

Esta afirmación se ajusta al querer del legislador, el cual, para no dejar margen a dudas, en el Artículo 8° del Decreto 1214 y en el Parágrafo 2° del Artículo 4° de la Resolución 3713, señala que ***“las decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación serán de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad”***.

El no cumplimiento de esta norma compromete no solo a las entidades públicas, sino a sus apoderados, quienes no podrán intentar medios alternativos de solución que no hayan sido estudiados y propuestos por el Comité.

Lo precedente, desde el punto de vista general, ya que en el evento subjúdice se dio una circunstancia especial, que no puede dejarse de lado. El Comité se reunió el 2 de julio del año 2002 con la presencia de los funcionarios que lo integraban y convino por unanimidad que la controversia se debía transigir. Si bien el Dr. **ROJAS MALAGON**, como jefe de la Oficina Jurídica de **INVIAS** que era, podía asistir por derecho propio con voz y voto, lo hizo también como delegado de la Directora del Instituto, con idénticos poderes, según ella misma lo ratificó en su declaración testimonial. Vale decir, entonces, que dicha Directora actuó realmente dentro del Comité, a través de su delegado, y no se conoce decisión alguna suya en la que impugne o desconozca por escrito la validez de lo allí acordado. No es argumento serio, para negarse a suscribir el contrato de transacción, el de que ella no asistió a la reunión del Comité, porque sí lo hizo, se repite, a través de su delegado, quien no actuó ad-referendum.

Aquí precisa e insiste el Tribunal que la Directora del **INVIAS**, si bien no tenía la obligación de suscribir el contrato de transacción, cuyo clausulado aparece en el Acta No. 34, sí tenía la obligación, al no compartirlo, de retractarse y de explicar por escrito por qué ya no acataba lo propuesto por el Comité. Asimismo estima el Tribunal, que el Acta No. 34 no tiene el alcance de transacción porque no se produjo finalmente el ajuste de voluntades que exige la ley, mediante la suscripción del convenio no sólo por el representante de **COVIANDES** sino por la Directora del Instituto; quien no tenía otra alternativa que la de suscribir la transacción convenida con sujeción a la ley, o a la de desconocerla mediante decisión expresa. Muestran los autos que ninguna de estas alternativas se cumplió, con lo cual la Directora pudo comprometer su responsabilidad.

Aclara el Tribunal, para evitar equívocos y lo reitera, que lo decidido por el Comité no llegó a ser una transacción, porque solo conformó una etapa previa y tampoco tuvo el alcance de una conciliación. Implícitamente la conducta de la Directora, al no suscribir el Acta de acuerdo No. 34 de 2 de julio del 2002, no fue más que un claro desacato de lo propuesto por el Comité y la negativa a acudir al medio alternativo estudiado.

Dentro del contexto explicado, para el Tribunal, tal como lo ha dicho, las Actas del Comité y la No. 34 constituyen una prueba importante que atado a otras pruebas, particularmente la pericial, apoyan y soportan lo resuelto en este Laudo.

5. Etapa de construcción y etapa de operación.

5.1. La terminación de la etapa de construcción.

A lo largo del proceso, el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS** siempre sostuvo que la **CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES** no ha terminado la ejecución de las obras correspondientes al alcance básico del tramo 2, especialmente aquellas relacionadas con el manejo de las inestabilidades. Prueba de lo anterior, alega la convocada, es que no existe acta de finalización de la etapa de construcción de dicho tramo, lo cual le permite concluir que no ha entrado en operación el mismo y, por ende, nunca ha existido para ella la obligación de garantía de tráfico que reclama su cocontratante.

Otra ha sido la posición de la convocante, quien considera que la etapa de construcción terminó el 25 de septiembre de 1999, conforme al cronograma de obras anexas al Acta No. 15 y a los informes de interventoría que indicaban que los trabajos habían finalizado para esa fecha.

Sobre el particular, el Tribunal advierte que en la **CLAUSULA TERCERA**⁸⁸ del contrato 444 de 1994, las partes acordaron los plazos de cada una de la etapas de ejecución del contrato, precisando que la etapa de construcción “...**finaliza una vez el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS a través de la Interventoria, haya recibido las obras básicas de todos los tramos de la carretera...**”

El 28 de mayo de 1996, las partes suscribieron el **Acta de iniciación de la etapa de construcción**⁸⁹, acordando que el plazo total de la construcción “será de 39 meses”, contados a partir del 26 de junio de 1996, fecha en que entró en vigencia el Acta de

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 000005

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 000058 a 000060

iniciación de la etapa de construcción. Así, es indiscutible que desde el comienzo las partes tenían claridad que la etapa de construcción – de no mediar una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito -, debía terminar el 25 de septiembre de 1999.

Posteriormente, mediante Acta de Acuerdo No. 15⁹⁰ del 19 de julio de 1999, las partes llegaron a unos acuerdos sobre las etapas de construcción y operación. En virtud de estos acuerdos, **COVIANDES** se comprometió a ejecutar las obras pendientes del Tramo 2, de conformidad con el programa de construcción incluido en el anexo del acta, pero manteniendo la fecha de terminación estipulada contractualmente, esto es el 25 de septiembre de 1999.

El 22 de septiembre de 1999, el Concesionario le dirigió al **INVIAS** la comunicación DT-3845⁹¹, por medio de la cual le informaba “...**que a partir del próximo 26 de septiembre de 1999 iniciaremos la operación del segundo y último tramo construido por la Concesionaria Vial de los Andes..**”. Esta situación fue reiterada posteriormente por **COVIANDES** en la comunicación GG-4193⁹² de 12 de octubre de 1999. En este último documento, se adujo que conforme al cronograma de obras anexas al Acta No. 15 y a los informes de la interventoría, los trabajos habían terminado el día 25 de septiembre de 1999.

No obstante lo anterior, la realidad es que para el 25 de septiembre de 1999, aún quedaban pendientes de ejecutar algunas de las obras que las partes relacionaron en el programa anexo al Acta de Acuerdo No. 15. Sin embargo, la mayoría de estas obras, según se advierte en la comunicación S2227.7/2746/99⁹³ suscrita por la interventoría el 1 de octubre de 1999, correspondían a obras destinadas a controlar las inestabilidades del tramo 2, cuya ejecución el Concesionario siempre discutió que no eran de su resorte y, las otras, correspondían a unas obras de remate que posteriormente fueron ejecutadas por parte del contratista, según se desprende del documento denominado **determinación del costo de**

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 000092 a 000096 y Tomo I de la Respuesta a las excepciones.

⁹¹ Tomo XII de los anexos a la contestación de la demanda, folio 34.

⁹² Tomo XII de los anexos a la contestación de la demanda, folios 9 a 21.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000573 a 000581.

construcción correspondiente a la obra básica del contrato ejecutada a 25 de septiembre de 1999⁹⁴.

La suscripción de este documento, llevó al doctor **CARLOS ENRIQUE GALINDO MEJIA**, quien fungía para el año 2002 como Subdirector de Concesiones del **INVIAS**, a manifestarle a la Directora a través del memorando SCO⁹⁵ del 15 de julio de 2002, que la etapa de construcción se encontraba terminada.

Las pruebas analizadas no son las únicas que se encuentran en el expediente, pues existen otras que conducen al Tribunal, sin hesitación alguna, a afirmar que nunca existió un incumplimiento del contratista en la etapa de construcción. Así por ejemplo, en el memorando SGT 026263⁹⁶ del 18 de agosto de 2002, el Comité de Defensa y Conciliación del **INVIAS**, frente a la pregunta de la Directora del Instituto sobre cuáles fueron las obras no recibidas por la interventoría, le respondió que eran veintiún (21) obras, de las cuales dieciocho (18) estaban emplazadas en zonas inestables y, las tres (3) restantes, se relacionaban con la restitución de una defensa metálica que fue arreglada; la señalización de la vía, *“la cual también fue posteriormente subsanada”* y, finalmente, la instalación de unas cercas para delimitación del derecho de vía que a la fecha, *“se encuentran colocadas”*.

Estas consideraciones y otras expresadas en la denominada Acta 34⁹⁷, llevaron al Comité de Defensa y Conciliación, a concluir que ***“la fecha de terminación de las obras del tramo 2 de la carretera y de finalización de la etapa de construcción del Contrato de Concesión 444 de 1994, es el 25 de septiembre de 1999..”***. (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, es inadmisibles para el Tribunal considerar que la etapa de construcción no ha terminado porque hasta ahora no se ha suscrito el Acta de finalización de la etapa de construcción, cuando otras pruebas que reposan en el expediente indican que la etapa de construcción finalizó el 25 de septiembre de 1999. No obstante lo anterior, llama la atención el documento que reposa en el numeral 20 del Tomo IV de los anexos presentados con la

⁹⁴ Tomo IV de los anexos a la contestación de la demanda, folios 69 a 70.

⁹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000747 a 000748.

⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000322 a 000335.

⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 000339 a 000351.

contestación de la demanda, denominado “**ACTA DE FINALIZACION DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN**” que, aunque parece que es un borrador del Acta que echa de menos el **INVIAS**, pues no se encuentra suscrito por ninguna persona, es una prueba indiciaria que cotejada con las otras confirman la finalización de la etapa de construcción.

En el citado documento, se concluye que el 25 de septiembre de 1999, terminó la etapa de construcción, pues para ese momento, según el considerando No. 7, el Concesionario había cumplido con el programa de construcción, según lo pudo corroborar la interventoría en la comunicación No. C222.7/2457/99 del 3 de septiembre de 1999.

En este orden de ideas, para el Tribunal la conducta del **INVIAS** resulta contradictoria, pues no obstante que siempre alegó un incumplimiento de su cocontratante en la ejecución del contrato, nunca declaró el incumplimiento del contrato, ni le impuso sanciones al contratista. Peor aún: resulta inexplicable que le haya permitido operar una caseta y cobrar la respectiva tarifa del peaje, cuando para ella era evidente que no había culminado la etapa de construcción. En palabras del testigo **JOSE ANTONIO LOPEZ MONIS**, “*si el Invias no hubiera estado satisfecho con la obra, por qué autorizó que entraran a cobrar el peaje y qué pasaran los coches... Si no es verdad que el Invias estaba satisfecho, si no es verdad que Restrepo y Uribe como interventores, estaban satisfechos de la obra, si no es verdad que los niveles de servicio medidos dieron el máximo del País, si no es verdad que quedaron por entregar los remates, debía estar en un banquillo el director del Invias y el interventor*”.

Además, si el **INVIAS** aún considera que la etapa de construcción no ha finalizado, por qué le reconoció al **CONCESIONARIO** la suma de \$9.107.802.702 a precios de junio de 1994, correspondiente a la liquidación del costo de construcción de la obra, cuando este hecho sólo podía ocurrir después de terminada la etapa de construcción pues, de conformidad con las cláusulas Vigésima y Tercera numeral 2 del contrato 444 de 1994, el costo de construcción debía ser aprobado por la interventoría al finalizar la etapa de construcción.

La prueba más clara de que la etapa de construcción sí terminó, la constituye el hecho de que el concesionario está operando la vía, incluso desde el 20 de julio de 1999 y con garantía de tráfico desde el 26 de septiembre del mismo año, tal y como aparece

corroborado, entre otras pruebas, en la mencionada Acta No. 15, documento fuente de obligaciones de forzoso cumplimiento que no puede ser desconocido unilateralmente por la convocada.

Una reflexión adicional. Basado en el comportamiento del **INVIAS** y de la Interventoría en el Tramo 3, que entró en operación a pesar de existir obras pendientes que no afectaban la transitabilidad de la vía, el Tribunal considera que las mismas partes aceptaron la posibilidad de dar por terminada la etapa de construcción pese a que en algunos eventos quedaran pendientes determinadas obras de remate cuya inejecución en nada impide que la vía empiece a operar, bien porque se trata de obras que en nada afectan la transitabilidad, bien porque son obras que pueden ejecutarse durante la operación de la vía. Es diferente si se trata de obras esenciales para abrir la vía al tráfico vehicular.

Finalmente, es importante señalar que los testimonios de los señores **CARLOS ENRIQUE GALINDO MEJIA, JOSE ANTONIO LOPEZ MONIS, GUSTAVO EDUARDO ARENAS CAMPOS** y **SERGIO MELO CASTELLANOS**, son contestes en afirmar que la etapa de construcción terminó el 25 de septiembre de 1999.

Así, por ejemplo, el primero de los deponentes es enfático en señalar que la construcción del tramo 2, *“contractualmente tenía previsto terminar el 25 de septiembre del 99 y esta obra se terminó la etapa de construcción el 20 de julio del mismo año, el 20 de julio del 99. El 20 de julio se terminó la obra, ¿ahí qué pasó? Yo diría que a mi modo de ver en ese momento la obra terminó y existía era una diferencia entre Coviandes, Dragados, Invías, sobre qué pasaría si entraba a operar 3 meses o 4 meses o 5 meses o 6 meses antes de la fecha prevista para terminar la construcción...”* En el mismo sentido el testigo **LOPEZ MONIS**, manifestó: *“Qué pasó en el tramo 2?, en el tramo 2 era evidente que nosotros íbamos a terminar la carretera antes del plazo contractual que era el 25 ó 26 de septiembre del 99 y en julio, pues oye dijimos a primero de julio esto está listo, vamos a terminar la construcción y a entrar a la operación..”*

Como se puede observar, las pruebas que reposan en el expediente indican que efectivamente la etapa de construcción del contrato de concesión 444 de 1994, terminó el

25 de septiembre de 1999. Por el contrario, no existe ningún elemento de juicio que desvirtúe la conclusión a la que llegó el Tribunal. Así se declarará en la parte resolutive del fallo.

5.2. La etapa de operación del tramo 2 y el pago de los ingresos mínimos garantizados.

La determinación de la etapa de operación y el pago de los ingresos mínimos garantizados, depende principalmente de la lectura que el Tribunal haga del Acta No. 15 del 19 de julio de 1999, unido a lo que ha dicho acerca del manejo de las inestabilidades y de lo precedente de la etapa de construcción. No se puede perder de vista que por virtud de este documento contractual, las partes modificaron no sólo el contrato 444 de 1994, sino el reglamento para la operación de la carretera.

En efecto, la **CLAUSULA TERCERA** del contrato 444 establece que la etapa de operación está comprendida entre la fecha de recibo de las obras del primer tramo y la fecha en que el proyecto revierta a la Nación. La duración de esta etapa es de 178 meses. Por su parte, la **CLAUSULA PRIMERA** del Acta No. 15, dispone que el Tramo 2 entrara en funcionamiento el 20 de julio de 1999, habida cuenta que ***“la interventoría ha verificado que la vía Portal Bogotá – El Antojito puede ser abierta al tránsito vehicular, incluyendo el Túnel del Boquerón y el Peaje del Boquerón, según lo indicado en su comunicación 7.7/1990/99 del 19 de julio de 1999.”***(Resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, las partes pudieron verificar que las obras que se encontraban pendientes para el 20 de julio de 1999, podían ser ejecutadas sin afectar el tránsito vehicular, circunstancia que permitía el uso, a la mayor brevedad, del Túnel del Boquerón y del Tramo 2.

Ahora bien, el Tribunal quiere aclarar que las partes acordaron que el inicio anticipado del recaudo del peaje del Boquerón, no modificaba la aplicación de la garantía de tráfico de la **CLAUSULA DECIMA SEPTIMA** del contrato, toda vez que se tomaría ***“como fecha de iniciación de la Etapa de Operación del Tramo 2 el 26 de septiembre de 1999”***. En

otras palabras, entre el 20 de julio de 1999 y el 25 de agosto del mismo año, el concesionario operó la vía sin garantía de tráfico y, a partir del 26 de agosto, con derecho a la garantía.

En el mismo documento, suscrito por el Director del **INVIAS**, el Director de la Interventoría y el Gerente de la Concesionaria, se determinaron las tarifas con las cuales se iniciaba la operación en la caseta del peaje del Boquerón; los costos financieros del recaudo a distribuir, teniendo en cuenta el valor de la operación; el mantenimiento del Túnel del Boquerón y de la vía a cielo abierto; la consignación de los peajes y el reparto del recaudo.

Las partes, a efectos de permitir el funcionamiento del Tramo 2 desde el 20 de julio de 1999 y no desde el 26 de septiembre de 1999, como estaba previsto, se vieron en la obligación de modificar expresamente el numeral 18 del Reglamento de Operación de la Carretera Santa Fe de Bogotá – Cáqueza – Villavicencio. Al respecto, en la **CLAUSULA CUARTA** del Acta No. 15, se dispuso:

“CUARTO: El numeral 18 del Reglamento de Operación de la Carretera Santa Fe de Bogotá – Cáqueza – Villavicencio se modifica en el sentido que la puesta en funcionamiento del Tramo 2 y sus servicios anexos, incluyendo el inicio del Recaudo del peaje del Boquerón se inicia con la suscripción de la presente Acta, teniendo en cuenta que la Interventoría ha verificado que la carretera se encuentra en condiciones de ser abierta al tránsito vehicular”. (Resaltado fuera de texto)

Es importante advertir que el citado numeral 18 disponía que el **INSTITUTO** autorizaba el funcionamiento del proyecto y sus servicios anexos, una vez se hubiere verificado que los trabajos de construcción estuvieran terminados en su totalidad o por tramos completos, según se haya aceptado en la oferta y se hayan llenado los requisitos a que refiere el reglamento. Para este propósito, el **CONCESIONARIO** debía notificar por escrito la terminación de los trabajos, a efectos de que el **INSTITUTO**, dentro de los 10 días hábiles siguientes, procediera a verificar dicha circunstancia y, como consecuencia, a levantar un acta en la que se autorizaba el inicio de la etapa de operación y explotación del proyecto.

Las obras pendientes relacionadas en el Acta 15 no modifican dicha conclusión. Sobre este particular, en el expediente se observa que la conducta del **INVIAS** no guarda correspondencia con el tema de la *entrada en operación de la vía*. Obsérvese que en el Tramo 3, no obstante estar pendientes obras de remate, se autorizó la entrada en operación de la vía, lo cual significa que la terminación absoluta de todas las obras no es condición sine qua non para que se de inicio a la etapa de operación. Por el contrario, frente al Tramo 2, el **INVIAS** considera que la operación de la vía sólo podía presentarse a la terminación de todas las obras, incluidas las de remate.

En efecto: la entrada en operación del Tramo 3 se inició no obstante estar pendiente la ejecución de las actividades que la Interventoría relacionó en el anexo de la comunicación C.222.5.3/0067/98⁹⁸ del 13 de enero de 1999, pues era claro para la Interventoría que dichas actividades no afectaban el inicio de la operación del tramo a partir del 1 de enero de 1999. Estas actividades pendientes, como ya lo dijo el Tribunal, tenían las mismas características de las actividades pendientes para el momento de entrada en operación del Tramo 2.

Es importante señalar que a la suscripción del Acta No. 15, la firma Restrepo y Uribe Ltda. BDO Audit AGE, presentó su informe mensual de Interventoría No. 28, informando que el día 19 de julio de 1999, se firmó del Acta de Acuerdo No. 15, acordándose la puesta en funcionamiento del tramo 2 Portal – Bogotá – El Antojito a partir del 20 de julio de 1999, sin modificar las fechas contractuales para la terminación de la etapa de construcción y terminación de la etapa de operación, estableciéndose, en todo caso, que para evaluar los déficit o superávit de los recaudos del peaje de Boquerón se tomará como fecha de iniciación de la etapa de operación del tramo 2, el 25 de septiembre de 1999. Con lo anterior se modifica el numeral 18 del Reglamento de operación de la carretera Santafé de Bogotá – Villavicencio en el sentido que la puesta en funcionamiento del Tramo 2 y sus servicios conexos se inicia con la suscripción de este acuerdo.

⁹⁸ Tomo II de la respuesta a las excepciones.

Dentro del informe se detallan las actividades desarrolladas por la Interventoría durante el período comprendido entre el 1 y el 31 de julio de 1999, entre la cuales cabe destacar la supervisión del cumplimiento del Reglamento de Operación de la Carretera Bogotá – Villavicencio por parte del Concesionario, para el sector Portal Bogotá – Caño Seco, con lo cual se le informó al **INSTITUTO** que a partir del mes de julio de 1999, se inició la operación del Tramo 2.

Lo anterior está corroborado con el informe mensual de operación No. 4⁹⁹ de julio de 1999, en el cual la firma interventora pone de presente al **INSTITUTO** que el Concesionario inició la operación y mantenimiento del Tramo El Antojo – Puente Real el 1 de enero de 1999 y el Tramo Portal Bogotá – El Antojo a partir del 20 de julio de 1999, para los cuales rige totalmente el Reglamento de Operación de la carretera.

Esta conducta de la Interventoría es consecuente con los acuerdos logrados en el Acta No. 15, pues no se puede perder de vista que dicho documento también fue suscrito por la Interventoría y en él se autorizó la entrada en funcionamiento del Tramo 2 a partir del 20 de julio de 1999.

De otra parte, para el Tribunal tampoco es de recibo el hecho de que el **INSTITUTO** a través de las comunicaciones SCO-023743¹⁰⁰ de 6 de octubre de 1999 y SCO-027050¹⁰¹ de 28 de octubre de 1999, se hubiere retractado de la operación anticipada convenida en el Acta No. 15, alegando que nunca existió una operación plena sino provisional, pues dicha figura nunca fue pactada entre las partes. Lo único que tuvo carácter transitorio fue el manejo financiero y la destinación del recaudo del peaje del Boquerón, pero no la operación misma del tramo 2 de la vía. Este planteamiento fue puesto en conocimiento del **INSTITUTO** por parte del Concesionario, a través de la comunicación GG-4193¹⁰² de 12 de octubre de 1999.

⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 10, numeral 1, Tomo 26.

¹⁰⁰ Tomo XII de los Anexos a la contestación de la demanda, folios 35 a 41.

¹⁰¹ Tomo XII de los Anexos a la contestación de la demanda, folios 55 a 59.

¹⁰² Tomo XII de los Anexos a la contestación de la demanda, folios 9 a 21.

La correspondencia entre la Interventoría y el Concesionario, siempre se desarrolló sobre la base de que la vía estaba en operación. Las mismas partes, al momento de suscribir el Acta de Acuerdo No. 23¹⁰³ de 9 de noviembre de 2000, por medio de la cual se reconocían y liquidaban los costos referentes a la operación del Tramo 2, hablaron de un saldo a favor, por concepto de la anticipación de la operación en el Tramo Portal Bogotá – El Antojo, de la carretera Santa Fe de Bogotá – Villavicencio.

Por último, el Tribunal quiere resaltar que son los propios funcionarios del **INVIAS**, al momento de rendir su testimonio, quienes confirman la entrada en operación de la vía: En efecto, el doctor **CARLOS ENRIQUE GALINDO MEJIA**, Subdirector de Concesiones del **INSTITUTO**, manifestó que, *“después de muchas discusiones se llegó a una solución sobre el tema, en un acta 15 ó 14, 15, se resolvió una salida para las dos posiciones, que entre estas dos fechas, el concesionario era el operador de la vía, iba a cobrar el peaje, el peaje se cobraba, se cobraban las tarifas contractuales, inclusive las tarifas se proyectaron con el IPC de esta fecha...”* Y más adelante al hacer referencia al Acta No. 15, manifiesta que el Concesionario quedó habilitado para operar la vía y cobrar el peaje, a partir del 25 de septiembre de 1999.

Por su parte, el doctor **SERGIO MELO CASTELLANOS**, a la sazón Secretario General Técnico del **INSTITUTO**, frente a la pregunta de si era claro que la etapa de operación empezó el 26 de septiembre, manifestó, *“Para mi es claro que empezó el 26, en consideración a que no existía..en el contrato de concesión que pudieran aparecer fechas diferentes a esa, no existía hasta donde recuerdo la posibilidad en el contrato de una operación parcial o transitoria hasta esa fecha, de igual manera los documentos que se observaron en las Actas, establecían en varias de ellas que era el 26 de septiembre....”*

Finalmente, el doctor **LUIS GUILLERMO VELAZQUEZ**, quien ostentaba el cargo de Subdirector de Concesiones del **INSTITUTO**, manifestó que de acuerdo con las soluciones que en ese momento buscaban las partes, se había convenido *“como fecha de terminación de la etapa de construcción el 25 de septiembre de 1999 y reconocer que a partir de esta se dio el inicio de la operación definitiva del tramo 2..”*

¹⁰³ Tomo III de los Anexos a la respuesta de las excepciones, numeral 15.

Estudiadas en su conjunto todas las pruebas que reposan en el expediente, el Tribunal llega a la conclusión que desde el 20 de julio de 1999, estaban las condiciones dadas para la entrada en operación del Tramo 2, pese a que quedaban faltantes, de un lado, las obras atinentes al arreglo definitivo de las zonas inestables, más no las relativas al control y mitigación que eran, tal como se ha dicho en este Laudo, las que enmarcaban la obligación del Concesionario para ser cumplidas durante la etapa de construcción, y, por el otro, algunos remates menores que en la razonabilidad de la administración y manejo de un contrato de estas características, no pueden tener la potencialidad de enervar la evidencia de los hechos que apunta a que las obras determinantes y configurativas para un adecuado y buen servicio de la vía se hubieren terminado. Con todo, dentro del entendimiento de las partes, se contaba con un término adicional que vencía en la fecha convencional pactada, esto es el 25 de septiembre de tal año, para finiquitar lo faltante. Llegada ésta, las partes encontraron que la vía estaba en uso desde 19 de julio, de por sí elemento esencial para que se pueda predicar la entrada en operación, y que a esa fecha estaban las condiciones para poner punto final a la etapa de construcción y, en consecuencia, dar inicio a la etapa de operación, todo ello en cumplimiento de lo pactado en el Acta de 28 de mayo de 1996, relativa al inicio de la etapa de construcción, y en el Acta No. 15 de 1999. Es decir que las partes, no obstante entender que los elementos básicos para la operación de la vía se habían configurado desde el 20 de julio, mantuvieron vigente la fecha del 25 de septiembre como la que ponía punto final a la etapa de construcción.

Lo que sucedió después se enmarca dentro de un contexto de extrema radicalización e inadecuada administración del contrato. Es que existen puntos en que el ámbito jurídico queda desplazado ante la lógica de las cosas y es en donde debe aparecer con pleno vigor el concepto del buen administrador. Al margen del tema de las inestabilidades que las mismas partes deslindaron para ser resuelto por un Tribunal, los famosos remates no pueden servir de excusa para entabrar y convulsionar un proyecto de estas condiciones. Aún en las obras más insignificantes quedan aspectos menores por resolver, los cuales deben ser manejados con un criterio lógico y dentro de la órbita de propender por la realización de los cometidos estatales. No consulta esa directriz de comportamiento el que

se paralice o se perturbe la ejecución de un contrato por alegaciones sobre aspectos menores y accesorios.

Siendo ello así, entiende el Tribunal que jurídicamente el Tramo 2 entró en operación el 26 de septiembre 1999, lo que permite sostener que los ingresos mínimos garantizados se generaron a partir de esa fecha.

Destaca nuevamente el Tribunal que esto es así porque entiende que: 1) Lo relativo a las inestabilidades no implicaba por parte del concesionario una solución definitiva, por demás harto imposible en el contexto del contrato 444 de 1994, sino que la obligación asumida para la construcción de la vía se enmarcó en el ámbito de la mitigación, control y manejo; 2) No hubo incumplimiento de las obligaciones relacionadas con los diseños y con la construcción que sean causantes de los problemas presentados en la vía; 3) Las causas de esos problemas se relacionan con las condiciones geológicas de los terrenos lo que impedía prever las consecuencias y manifestaciones de esas condiciones una vez se estuviera diseñando, primero, y luego construyendo; 4) Al no encontrar errores que fueran los causantes de las inestabilidades, las obligaciones para ser cumplidas durante la etapa de construcción fueron satisfechas dentro del plazo máximo pactado para el efecto, esto es, el 25 de septiembre de 1999) y 5) Dicha conclusión no se ve afectada por la existencia de remates que en si mismo no implican incumplimientos de obligaciones sino que se encuadran dentro lo ordinario en la construcción de un proyecto de estas características, distinguido por la “*corrosión*” de algunas obras que en principio pudieron haber sido cumplidas pero que inmediatamente o paralelamente a su revisión se afectaron y que hacen ver desapego con un resultado final querido.

6. Impacto ambiental.

De manera frecuente el convocante ha señalado que contractualmente el tema de las inestabilidades debería gobernarse por lo pactado y propio del manejo ambiental. En ese marco, sostiene que los costos establecidos son estimados y que una vez se haya

traspasado la barrera del valor estipulado¹⁰⁴, el exceso debe estar a cargo de la entidad por aplicación de la Cláusula Décima Cuarta¹⁰⁵ del contrato 444 de 1994.

El Tribunal no comparte ni acepta esta postura por las condiciones particulares del proyecto. Si bien al momento de entrabarse la relación negocial, ni tampoco hoy, era posible con exactitud contemplar una solución definitiva al problema de las zonas inestables, ni era dentro de un criterio de normal razonabilidad posible prever las consecuencias reales que sobre la vía construida podrían presentarse, lo cierto es que al menos si era evidente el tener que acometer una serie de obras y actividades que se salen también dentro de lo normal a un proyecto enclavado en una zona sin los problemas de la que ahora ocupa la atención de este Tribunal.

Esta precisión sirve para sostener que no era lógico ni jurídico manejar el tema de las inestabilidades a la luz de lo ambiental. Por más que se diga que en la actualidad es difícil levantar el muro que diferencie lo básico respecto de lo ambiental porque modernamente dentro de este concepto necesariamente han de estar incluidas obras de ingeniería, es claro que un problema con los alcances y proporciones de que adquieren las

¹⁰⁴ El valor estipulado para el manejo ambiental asciende a un mil trescientos cincuenta y cuatro millones de pesos.

¹⁰⁵ La cláusula décima cuarta es del siguiente tenor: “ *FUENTES DE MATERIALES, ZONAS DE PRESTAMO Y DESCARGUE DE DESECHOS Y PLAN DE MITIGACION DEL IMPACTO AMBIENTAL. Serán por cuenta y responsabilidad del CONCESIONARIO, los derechos de explotación de las fuentes de materiales, de las zonas de préstamo y de las zonas de descargue de desechos así como los costos de construcción, mejoramiento y conservación de las vías de acceso a las fuentes de materiales y demás gastos necesarios para la producción de éstos. De igual forma, serán por cuenta y responsabilidad del CONCESIONARIO, los costos de explotación de zonas de préstamos y de sus correspondientes servidumbres, la construcción y conservación de vías re acceso a las zonas de desechos, el derecho de explotación de las mismas y las obras de mitigación del impacto ambiental que fuere necesario realizar. Será responsabilidad del CONCESIONARIO la entrega de los estudios y plan de manejo ambiental al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Una vez revisado por el Instituto será responsabilidad de éste la obtención de los permisos y licencias ambientales necesarios para poder desarrollar el proyecto y la aprobación, en los términos presupuestados, del plan o programa de obras necesario para menguar el impacto ambiental que genere la obra, o los mayores costos que el desarrollo del plan o programa de obras necesarios para controlar el impacto ambiental le genere, serán de cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y reconocidos mediante el sistema de compensación general establecido en la Cláusula Trigésima Sexta”.*

inestabilidades no puede pretender manejarse con los irrisorios recursos que las partes contemplaron para lo ambiental y dentro de ello para el control de sectores inestables¹⁰⁶.

Apoya lo dicho si se considera que lo ambiental hace relación ante todo a conceptos atinentes a prevención, mitigación, compensación y manejo de efectos ambientales concomitantes con la obra contratada pero no propiamente con la esencia misma de la obra. Es que aún observando lo indicado por la referida Cláusula Décima Cuarta habrá inexorablemente que concluir que su alcance se relaciona con esos conceptos.

La magnitud y evidencia acerca de la presencia del fenómeno no permiten aceptar que la obligación del concesionario sobre el manejo, control y minimización de las zonas inestables no sea pieza de las obras que configuran el llamado alcance básico. Por el hecho de ser una simple obligación de medio, no pierde su naturaleza de esencialidad de la obra en cuanto encuadra dentro de ese alcance básico.

Así, entonces, dentro de la lógica contractual pensada y pactada por las partes, debe decirse que los recursos incluidos dentro de lo ambiental con destino al control de sectores inestables, no pueden ni deben dirigirse a cubrir problemas de la vía que nunca fueron resueltos y para cuyo manejo este Tribunal ha estimado que las dos partes deben concurrir a su manejo con recursos diferentes a estos o contemplados para otros efectos. Por ello, esas sumas relacionadas en lo ambiental han de tenerse como propias para sufragar gastos de índole normal por derrumbes, inestabilidades o circunstancias semejantes en cualquier obra y no para cubrir fenómenos del tipo que se comenta. Es decir sirven para corregir o controlar sectores inestables bajo el supuesto que inicialmente la vía fue adecuadamente y sin problema alguno construida, esto es para inconvenientes sobrevivientes a la construcción y con naturaleza semejante a la indicada.

¹⁰⁶ Inicialmente tan sólo se destinaron \$ 64.960.000.00 para el control de sectores inestables, que luego se amplió a \$ 102.2 millones.

V. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

El marco conceptual fijado en los puntos precedentes es el que encuadrará el pronunciamiento del Tribunal respecto de las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvencción, así como de sus correspondientes excepciones. Todo lo cual, a continuación aborda el Tribunal en los siguientes términos:

1. Pretensiones declarativas de la demanda.

1.1. *“Que se declare que la etapa de operación del tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994 empezó a partir del 20 de julio de 1999 o subsidiariamente en la fecha que resulte probada en el proceso”.*

Con motivo del Acta de Acuerdo Número 15 del 19 de julio de 1999, mediante la cual, entre otras cosas, se permitió la entrada en funcionamiento del Tramo 2, no se modificaron el contrato 444 de 1994 ni tampoco el Reglamento de Operación de la carretera, en el sentido sugerido por el convocante, esto es, que se *traslaparon* las etapas de operación y de construcción. Lo que sucedió, reitera el Tribunal, es que si bien el tramo 2 entró físicamente en funcionamiento el 20 de julio de 1999, contractualmente su entrada en operación empezó el día 26 de septiembre de 1999, tal como lo declarará este Tribunal en la parte resolutive de este Laudo.

1.2. *“Que se declare que EL CONCESIONARIO tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Túnel del Boquerón a partir del 26 de septiembre de 1999 o, subsidiariamente a partir de la fecha que resulte probada en el proceso”.*

1.2.bis. *“Que se declare que el instituto incumplió lo pactado en el acta No. 16, al no pagar a EL CONCESIONARIO los ingresos mínimos garantizados a partir del 10 de marzo de 2000”.*

La presentación que hace el convocante de la pretensión que se analiza y que corresponde a los numerales 1.2. y 1.2. bis de la demanda, generaron por parte de la convocada que en

los alegatos de conclusión y no en la contestación de la demanda, alegara una indebida acumulación de pretensiones, lo que la llevó a solicitar un fallo inhibitorio.

Sea lo primero resaltar el error en que incurre la convocada al plantear la indebida acumulación de pretensiones, que en estricto rigor jurídico es una excepción, dentro de los alegatos de conclusión y no en la oportunidad procesal debida, cual es el de la contestación de la demanda.

No obstante ello y aún en el evento en que la formulación jurídica hubiere sido adecuada, debe indicar el Tribunal que en este evento no se configura el fenómeno indicado. De la inexistencia de la palabra *subsidiaria* o alguna semejante o de la creencia acerca de la supuesta contradicción en tales pretensiones es de donde se prende la convocada para sustentar su alegación. Pero más allá de lo puramente gramatical y atendiendo la lógica y la sustancialidad de las cosas, tal como expresamente lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política, es claro para el Tribunal que las pretensiones que se estudian no se contraponen ni implican posiciones antagónicas. Lo sería, si acaso, por ejemplo, se estuviera pidiendo al tiempo y no a manera de principal y subsidiaria que se declarara que se tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en dos diferentes fechas.

Pero resulta que no es eso lo que se está incoando. En efecto, mientras en la contenida en el numeral 1.2. se solicita una declaración acerca del momento a partir del cual se tiene derecho a la garantía mínima y que el convocante estima debe ser a partir del 26 de septiembre de 1999, en la 1.2, bis, no se pide declaración acerca del momento en que nació tal derecho sino que se declare el incumplimiento de un acta por el no pago de los ingresos mínimos garantizados. Es decir que para el convocante, el Acta No. 16 reconoció la existencia de ese derecho y por eso pide la declaratoria de incumplimiento, dado que no fueron cancelados los ingresos mínimos.

Ante tal situación, es deber y así lo hará el Tribunal, pronunciarse sobre cada una de esas dos pretensiones, las que, se insiste, en manera alguna se contraponen.

En relación con la primera de ellas, vale decir, la señalada en el numeral 1.2., el Tribunal declarará que el Concesionario tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Túnel del Boquerón, desde el 26 de septiembre de 1999 por cuanto a partir de esa fecha se dio inició a la etapa de operación habida consideración de la terminación de la etapa de construcción el día anterior, tal como lo dejó sentado el Tribunal en anterior acápite.

Por el otro lado, no considera que el Acta No. 16 reconozca el derecho que ahora se ventila. En ello le asiste la razón a la convocada cuando indica que lo que hizo esa acta fue establecer un mecanismo de administración del contrato con el fin de dar viabilidad al proyecto pero que en manera alguna implicó un reconocimiento acerca de un derecho que hasta última hora ha seguido discutiendo. Por este motivo, la declaración acerca del incumplimiento no es procedente y así lo consignará el Tribunal en la parte resolutive de esta providencia.

1.3. *“Que se declare que la etapa de construcción del tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994 terminó el 25 de Septiembre de 1999 o, subsidiariamente, en la fecha que resulte probada en el proceso”.*

Aplicando la razonabilidad y haciendo gala de un buen juicio en la administración del contrato, perentorio mandato a cargo de las entidades y que tanto desatienden, ha dicho el Tribunal que en tanto las obras fundamentales y esenciales que constituyen lo necesario para que la vía pueda estar al servicio de la comunidad, la etapa de construcción terminó dentro del plazo pactado o sea el 25 de septiembre de 1999, al margen de los remates que muchas veces, por no decir siempre, se presentan para ser concluidos con posterioridad al término del correspondiente plazo, en este caso el fijado para la conclusión de la etapa de construcción. Sobre este particular recalca el Tribunal que en frente de los llamados *faltantes* y que la interventoría relacionó en sendos oficios ya mencionados, unos son los que si se consideran como faltantes o como trabajos accesorios que deben ser concluidos por el concesionario y a su costa, y otros los que hacen relación con el tema de las inestabilidades, los cuales están al margen de tal tratamiento, por corresponder a una situación y manejo diferentes que también el Tribunal ha resaltado y detallado.

1.4. *“Que se declare en relación con las zonas inestables de los Tramos 2 y 3 del proyecto, lo siguiente:*

1.4.1. *Que la obligación de EL CONCESIONARIO respecto de ambos tramos, era la de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las mismas”.*

El Tribunal ha reconocido que analizados los documentos contractuales, no es posible inferir que esté a cargo del Concesionario la solución definitiva de los efectos que provienen de una falla geológica existente en la Cordillera Oriental ni mucho menos la asunción ilimitada de esos efectos. Más bien, ha dicho, que la obligación nacida para el concesionario se circunscribía a la de minimizar, controlar y manejar las inestabilidades presentadas, lo que traduce aplicando la teoría general de las obligaciones, que se trata de una obligación de medios. Esclarecimiento de dicha obligación, comportará efectos hacia el pasado y hacia el futuro respecto de la cuantificación y ejecución de las mismas. Así lo declarará más adelante el Tribunal.

1.4.2. *“Que la obligación de elaborar el diseño para el manejo de las inestabilidades del Tramo 2, se cumplía con fundamento en la información suministrada por EL INSTITUTO”.*

El concesionario no tenía completa libertad ni total autonomía en la elaboración de diseños. Esta afirmación se basa en dos hechos claramente probados en este proceso. Consistente el primero en que el proyecto entregado por la entidad correspondía a estudios y diseños catalogados como fase III, esto es en un estado de avance que podría ser considerado bastante completo. El segundo en que la entidad sí impuso parámetros que deberían ser necesariamente atendidos por el concesionario y que explican la obligación de someter los diseños a aprobación de la entidad. Siendo ello así, el Tribunal reconocerá esta pretensión en los términos solicitados.

1.4.3. *“Que en relación con el Tramo 3 el anteproyecto y el diseño aprobados por EL INSTITUTO no involucró soluciones a las inestabilidades regionales de dicho Tramo”.*

En cuanto el Tramo 3 correspondía en esencia a mejoramiento de una vía existente, es fácil concluir que no podía incluir obligaciones dirigidas a corregir las causas de las inestabilidades que se derivaran de las fallas geológicas reinantes en la zona. Al igual que en el Tramo 2, la obligación era de medio y no de resultado.

1.5. “Que los costos que demandaba el manejo de las inestabilidades del Tramo 2 estaban incluidos en los costos de manejo ambiental del Proyecto y que a los mismos le eran inherentes las siguientes características:

1.5.1. No estaban incluidos dentro de la obra básica del Proyecto, conforme al Acta de Acuerdo Modificatorio de 28 de mayo de 1996.

1.5.2. Eran estimados y no globales, conforme a la citada Acta de 28 de mayo de 1996 y demás documentos contractuales.

1.5.3. Los mayores costos que se generaran respecto del Tramo 2 estaban a cargo de EL INSTITUTO, conforme a lo convenido en la cláusula décima cuarta del Contrato de Concesión 444 de 1994.

1.5.4. Los mayores costos que se generaran respecto del Tramo 3 estaban también a cargo de EL INSTITUTO, conforme a lo convenido en las cláusulas vigésima primera y vigésima tercera del citado Contrato de Concesión 444 de 1994”.

Siendo evidente y notables las causas que generan las inestabilidades, aunque no se predique lo mismo de sus consecuencias, no es dable admitir que algo tan importante reciba el trato residual que caracteriza lo referente al impacto ambiental, no desde la perspectiva material o de contenido sino desde la esfera presupuestaria.

Además porque lo ambiental está referido a aspectos de mitigación y control que se presenten pero sobre la base de una culminación definitiva y acorde con lo pactado de las obras, que es precisamente lo que en tratándose de las inestabilidades no siempre ocurrió. Pero es que adicionalmente, el alcance de lo que implica la construcción del proyecto

contratado, dada la evidencia del fenómeno, tiene implícito la realización de las obras necesarias para manejar, minimizar y controlar las inestabilidades, lo que traduce que la obligación con el alcance señalado por el Tribunal sí hacía parte de la llamada obra básica.

La anterior conclusión convierte en intrascendente para este pleito la discusión acerca de si lo pactado para lo ambiental es estimado o fijo y también explica la no aplicación de la Cláusula Décima Cuarta para manejo de las inestabilidades.

Ahora bien, en cuanto las inestabilidades del Tramo 3 reciben el mismo tratamiento dicho para el Tramo 2, esto es que deben estar a cargo de las partes en la proporción que ha señalado el Tribunal, no resulta aplicable la Cláusula Vigésima Primera ni tampoco la Cláusula Vigésima Tercera, por regular situaciones diferentes a las que se discuten.

Por todo ello, el Tribunal habrá de negar esta pretensión.

1.6. “Que se declare que las obras necesarias para mejorar la estabilidad de los terraplenes y áreas aledañas a la vía, incluidas las obras de canalización de las acequias Cumba Alta y Cumba Baja, ubicadas en el sector K 17+100 y K 17 +400 a K 19+400 del tramo 2, son obligación de EL INSTITUTO y deben ser asumidas por éste, debido a las siguientes razones:

1.6.1. “No hicieron parte del diseño aprobado por EL INSTITUTO.

1.6.2. “No hicieron parte de la obra básica del Tramo 2.

1.6.3. “Su ejecución supera los costos previstos contractualmente para ello en el rubro de manejo ambiental y no están contemplados en la Ingeniería Financiera del proyecto.

1.6.4. “Trascienden la obligación de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las inestabilidades del Tramo 2”.

Esta pretensión se enmarca dentro de lo señalado por el Tribunal para el caso de las inestabilidades del Tramo 2. Significa lo dicho que su manejo no es dable hacerlo con cargo a lo presupuestado por impacto ambiental.

Independientemente si lo necesario para mejorar la estabilidad de las obras indicadas en la pretensión hacían parte o no de los diseños, o estaban o no incluidas en la ingeniería financiera, lo cierto es que se trata de un tema cuya imprevisibilidad, desde la perspectiva de las consecuencias del fenómeno causante de ellas y respecto de una solución definitiva, implica la configuración de la teoría de la imprevisión y en cuanto ello, la asunción compartida de lo necesario para su manejo, mitigación, minimización y control.

Todo lo cual impone que haya de reconocerse la pretensión sólo por las razones indicadas por la convocante en el numeral 1.6.4.

1.7. “Que se declare que EL INSTITUTO también debe responder por las inestabilidades de los tramos 2 y 3, por no haber dado mantenimiento a la carretera situada en la parte superior de dichos tramos, cuyo tránsito y falta de mantenimiento ha agravado los problemas de inestabilidad de los citados tramos.

En el proceso a la sumo se pudo establecer que la falta de mantenimiento de la carretera vieja, pudo haber afectado el problema. Empero, con lo probado no es dable determinar el porcentaje, mayor o menor y ni siquiera si en realidad es determinante, sobre el total del problema de esta supuesta omisión de la entidad.

Para el Tribunal no existe duda acerca de que la gran causa eficiente de las inestabilidades proviene de aspectos geológicos propios de una cordillera en formación como es la Oriental. De ahí las razones que explican la distribución porcentual de responsabilidades que ha aplicado. Todo lo cual induce a negar esta pretensión.

2. Pretensiones de condena de la demanda.

2.1. *“Que se condene a EL INSTITUTO a pagar a EL CONCESIONARIO los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón desde el 26 de Septiembre de 1999 o, subsidiariamente, desde la fecha que resulte probada en el proceso.*

Como consecuencia de haber encontrado probado el Tribunal que la etapa de operación del Tramo 2, inició el 26 de septiembre de 1999, lo que suponía para esa fecha la terminación de la etapa de construcción, es claro que el concesionario tiene derecho a que la entidad concedente le pague lo concerniente a la aplicación de la estipulación contractual sobre los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje correspondiente al Túnel del Boquerón.

Ello se soporta en el dictamen financiero en razón de que éste estableció que desde septiembre de 1999, entre otras variables, los ingresos recaudados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón fueron inferiores al ingreso mínimo garantizado en el contrato 444 de 1994, por lo que el concesionario tiene derecho a la diferencia, tal como lo declarará en la parte resolutive de este proveído.

2.1.bis. *“Que se condene a EL INSTITUTO a pagar a EL CONCESIONARIO los mayores costos en que haya incurrido por no haber dispuesto desde el 10 de marzo de 2000 de los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón, tal como se pactó en el Acta de Acuerdo No.16.*

Durante el proceso no fueron probados costos en que haya incurrido el concesionario por cuenta del no pago de los ingresos mínimos garantizados en la estación del Túnel del Boquerón. Ello por supuesto sin perjuicio de la actualización a que tiene derecho y de los intereses moratorios dentro de los parámetros que el Tribunal indica.

Ahora bien, el dictamen financiero por cuenta de lo pedido por el convocante incluyó costos de oportunidad del dinero, además de la actualización y de intereses. Empero, el Tribunal

no reconocerá ese valor porque con la actualización e intereses moratorios se satisface el envilecimiento del dinero y se compensan los perjuicios causados por la demora en el pago.

El costo de oportunidad es un concepto económico que tiene incidencia jurídica en otros escenarios y no en este en donde el concesionario tiene derecho al reconocimiento de unos dineros provenientes de una diferencial por el tráfico real y el garantizado. Lo que hubiera hecho o no, en lo que hubiera invertido o lo que hubiera ganado el concesionario si a tiempo hubiera recibido el dinero, son cosas que resultan hipotéticas y que por lo tanto escapan al estudio del Tribunal.

Incluso porque el costo de oportunidad que dedujo el perito, en cuanto correspondía a una respuesta diferente a la que provenía de la actualización, tiene implícito el componente acerca de la actualización o lo que es lo mismo el reconocimiento por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, lo que traduce, en caso de que el Tribunal ordenara el pago por este concepto, que se estaría configurando un pago doble, por lo menos en un alto porcentaje.

Por lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar.

2.2. *“Que se condene a EL INSTITUTO a reintegrar a EL CONCESIONARIO los mayores costos que el mismo haya incurrido y que resulten probados en el proceso, por concepto de las obras ejecutadas para cumplir con la obligación de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las inestabilidades de los Tramos 2 y 3 y los relativos a las obras ejecutadas al amparo de lo pactado en la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión.*

Con la distribución porcentual que el Tribunal ha establecido, el Concesionario no tiene derecho a que la convocada le reintegre la totalidad de los costos en que haya incurrido hasta la fecha de este Laudo, por cuenta de la ejecución de las obras encaminadas al manejo, control, mitigación y minimización de las inestabilidades de los tramos 2 y 3. Respecto de esos costos ya causados y debidamente aprobados por la interventoría, amén de haber sido indicados en el dictamen financiero, la entidad reintegrará lo equivalente al

cuarenta por ciento (40 %) de ellos en el tramo 2 y al cincuenta por ciento (50%) en el tramo 3.

2.3. *“Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE”.*

Las sumas resultantes por cuenta de los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón y de los costos hasta ahora sufragados para el manejo de las inestabilidades en los Tramos 2 y 3, conforme con lo pedido, se actualizarán con base en los índices de precio al consumidor certificados por el **DANE**.

Para el caso del ingreso mínimo, dicha actualización será anual, iniciando desde el 26 de septiembre de 1999. Y para el de los costos por inestabilidades, su actualización iniciará desde el mes siguiente a la fecha de presentación de la oferta por estar a esos precios referidos.

2.4. *“Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte en favor de EL CONCESIONARIO, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribuna”.*

El Tribunal encuentra que la tasa moratoria pactada en la Cláusula Trigésima Sexta, corresponde a expresos eventos que la misma estipulación regula, caracterizados todos ellos por la claridad y certeza de la obligación, entendido por tal la certeza del acreedor acerca de poder exigir y del deudor sobre el deber prestar. En este caso esa certidumbre nunca apareció, precisamente por las marcadas diferencias que las partes tenían. Aún el propio convocante no tenía claro la fecha a partir del cual tenía derecho a los ingresos mínimos garantizados. Esto si se observa que tanto en las pretensiones como en las preguntas al perito financiero, se marcaron diferentes escenarios, bien sea por tener fechas diferentes, ora por la presentación de las pretensiones a manera de principales unas y de subsidiarias otras.

Indica lo dicho que la tasa moratoria pactada, por cobijar escenarios e hipótesis diferentes a las que ahora se analizan, no aplica. Siendo ello así, tendrá que recurrirse a la tasa de intereses moratorios que de manera supletiva contempla la ley 80 de 1993, en el inciso segundo del numeral 8°, del artículo 4°.

El concepto de mora tiene implícito una sanción por el retardo e incumplimiento, lo que presupone la existencia y total certeza, no sólo acerca de la obligación, sino también de la cuantía y época de exigibilidad.

El reconocimiento de los ingresos mínimos garantizados era una obligación que estaba pactada en favor del Concesionario y a cargo de la entidad concedente; empero, era una obligación suspensiva, esto es que su nacimiento estaba sujeto a la ocurrencia de hechos futuros e inciertos, lo que implicaba de por sí la comprobación y verificación del acaecimiento de la condición. Precisamente, fue en este punto en donde las partes confluyeron hacia posturas sustancialmente disímiles.

No hubo disputa alguna en cuanto a la existencia misma de la obligación. De hecho ni el propio deudor, vale decir **INVIAS**, negó que una obligación tal se hubiera pactado. Sus fuerzas se encaminaron a combatir su nacimiento mismo, o sea la ocurrencia de la condición. Esto por cuanto, desde su perspectiva, a la fecha no ha concluido la etapa de construcción lo que presupone el no nacimiento de la garantía por ingresos mínimos.

Para el cumplimiento de la condición y como consecuencia de ello, entonces, la obligación de pagar los ingresos mínimos, era menester que: 1. La etapa de construcción hubiere sido terminada; 2. La etapa de operación hubiere sido iniciada; 3. Lo anterior amparado en Actas suscritas por las partes que así lo reconocieren; 4. La certeza acerca de que el tráfico real y, por ende, las tarifas recolectadas fueran inferiores al tráfico esperado y a los ingresos mínimos garantizados.

En este caso, salvo en lo relativo al punto 4 cuya verificación estuvo a cargo de la interventoría, tal como se desprende de las pruebas recaudadas, ningún aspecto fue tomado por ambas partes como cierto. Aún más, el propio convocante quien parte de la

existencia y exigibilidad de la obligación, no siempre estuvo cierto acerca de la época, elemento fundamental para la determinación del *quantum*.

Faltando, entonces, la definición de elementos tan integradores para efectos de los intereses de mora, entre los cuales resaltan los relativos a la época en que se incumplió la obligación y su monto mismo, resulta menester concluir que, en aplicación de los artículos 1608 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil, los intereses moratorios han de computarse a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda. Ello, se reitera enfáticamente, en razón de la incertidumbre del monto de la obligación, todo lo cual sólo se despeja en virtud de lo resuelto en este proceso.

Tratamiento diferente se debe predicar en frente de los dineros sufragados por las obras ejecutadas para controlar y manejar las inestabilidades en los tramos 2 y 3. En efecto, solamente ahora con este Laudo se definieron los porcentajes de distribución, es decir, la existencia misma de la obligación, lo que no ocurre con el reconocimiento de las garantías que se encuentran pactadas contractualmente. Lo dicho traduce que en el tema de las inestabilidades para los tramos 2 y 3 no habrá reconocimiento y condena de intereses moratorios.

Las sumas de dinero por concepto de ingresos mínimos garantizados y por inestabilidades tendrán que actualizarse con base en los índices del **DANE**. En el caso de los ingresos mínimos garantizados generando intereses moratorios a una tasa del 12 % anual, o fracción de año, desde la fecha del auto admisorio de la demanda, o sea desde abril de 2003.

Resalta el Tribunal que en el caso de los ingresos mínimos garantizados, se toma en cuenta los valores históricos hasta diciembre de 2003, por cuanto los aforos de tránsito son anuales y, además, fueron así dictaminados por el peritaje.

Lo dicho en los puntos precedentes en relación con: 1) Los ingresos mínimos garantizados; 2) Los costos por manejo y control de inestabilidades de los tramos 2 y 3; 3) La actualización de las sumas que resulten por esos conceptos, con base a los índices del **DANE**; y 4) Los intereses moratorios, se refleja en los siguientes cuadros cuyas cifras

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE
CONSESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. COVIANDES S.A. CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS-**

proviene del dictamen financiero practicado en el proceso; por supuesto, efectuadas las precisiones que provienen de lo dispuesto por el Tribunal, así:

TABLA 1¹⁰⁷: INGRESO MINIMO GARANTIZADO - ESTACION BOQUERON

1999	GARANTÍA MENSUAL	RECAUDO MENSUAL	DEFICIT	FACTOR IPC	ACTUALIZACION	TASA 12%
Septiembre 26 al 30	233.356.500	109.191.500	-124.165.000	1,414	175.574.550	
Oct-1999	1.446.810.300	697.282.100	-749.528.200	1,409	1.056.171.677	
Nov-1999	1.400.139.000	673.785.300	-726.353.700	1,402	1.018.638.314	
Dic-1999	1.446.810.300	843.166.000	-603.644.300	1,395	842.093.650	
TOTAL 1999	4.527.116.100	2.323.424.900	-2.203.691.200		3.092.478.190	
2000	GARANTÍA MENSUAL	RECAUDO MENSUAL	DEFICIT	FACTOR IPC	ACTUALIZACION	TASA 12%
Ene-2000	1.511.736.700	798.563.700	-713.173.000	1,377	982.224.347	
Feb-2000	1.414.205.300	524.013.400	-890.191.900	1,346	1.198.404.821	
Mar-2000	1.511.736.700	575.689.300	-936.047.400	1,324	1.239.010.622	
Abr-2000	1.462.971.000	615.193.200	-847.777.800	1,311	1.111.072.342	
May-2000	1.511.736.700	543.560.000	-968.176.700	1,304	1.262.241.321	
Jun-2000	1.462.971.000	626.674.700	-836.296.300	1,304	1.090.584.768	
Jul-2000	1.511.736.700	681.101.200	-830.635.500	1,305	1.083.573.645	
Ago-2000	1.511.736.700	675.973.600	-835.763.100	1,300	1.086.820.116	
Sep-2000	1.462.971.000	629.638.200	-833.332.800	1,295	1.079.055.507	
Oct-2000	1.645.771.400	701.504.100	-944.267.300	1,293	1.220.833.626	
Nov-2000	1.592.682.000	764.197.100	-828.484.900	1,289	1.067.697.303	
Dic-2000	1.645.771.400	852.282.900	-793.488.500	1,283	1.017.861.585	
TOTAL 2000	18.246.026.600	7.988.391.400	10.257.635.200		13.439.380.002	
2001	GARANTÍA MENSUAL	RECAUDO MENSUAL	DEFICIT	FACTOR IPC	ACTUALIZACION	TASA 12%
Ene-2001	1.720.574.400	881.729.000	-838.845.400	1,269	1.064.838.904	
Feb-2001	1.554.067.200	617.298.600	-936.768.600	1,246	1.167.073.823	
Mar-2001	1.720.574.400	693.680.300	-1.026.894.100	1,228	1.260.700.314	
Abr-2001	1.665.072.000	738.668.100	-926.403.900	1,214	1.124.465.718	
May-2001	1.720.574.400	693.023.100	-1.027.551.300	1,209	1.241.994.662	
Jun-2001	1.665.072.000	736.583.100	-928.488.900	1,208	1.121.813.658	
Jul-2001	1.720.574.400	797.989.100	-922.585.300	1,207	1.113.444.860	
Ago-2001	1.720.574.400	781.235.000	-939.339.400	1,204	1.130.709.675	
Sep-2001	1.665.072.000	752.207.400	-912.864.600	1,199	1.094.776.545	
Oct-2001	1.894.552.600	936.467.600	-958.085.000	1,197	1.146.932.142	
Nov-2001	1.833.438.000	915.887.000	-917.551.000	1,196	1.097.115.673	
Dic-2001	1.894.552.600	1.065.368.900	-829.183.700	1,192	988.120.843	
TOTAL 2001	20.774.698.400	9.610.137.200	11.164.561.200		13.551.986.817	
2002	GARANTÍA MENSUAL	RECAUDO MENSUAL	DEFICIT	FACTOR IPC	ACTUALIZACION	TASA 12%

¹⁰⁷ La tabla Número 1 resume el déficit en la Estación de El Boquerón y la actualización de dicho monto a pesos de mayo de 2004. Para determinar el déficit, se tomó el ingreso mínimo garantizado y se le restó el monto recaudado cada mes. Una vez definido el déficit, se actualizó dicha cifra con el IPC certificado por el DANE y sobre ese valor histórico actualizado se aplicó un interés del 12 % anual o proporcional. Cabe anotar que a la fecha el último índice de precios al consumidor –IPC- certificado oficialmente por el DANE es el de mayo de 2004.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE
CONSESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. COVIANDES S.A. CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS-**

Ene-2002	1.979.687.900	981.950.100	-997.737.800	1,182	1.179.573.946	
Feb-2002	1.788.105.200	662.819.000	-1.125.286.200	1,168	1.313.854.196	
Mar-2002	1.979.687.900	761.834.100	-1.217.853.800	1,159	1.411.980.233	
Abr-2002	1.915.827.000	698.438.700	-1.217.388.300	1,149	1.398.670.204	
May-2002	1.979.687.900	738.569.000	-1.241.118.900	1,142	1.417.385.131	
Jun-2002	1.915.827.000	876.836.700	-1.038.990.300	1,137	1.181.502.552	
Jul-2002	1.979.687.900	901.805.200	-1.077.882.700	1,137	1.225.455.240	
Ago-2002	1.979.687.900	878.810.600	-1.100.877.300	1,136	1.250.385.234	
Sep-2002	1.915.827.000	914.156.600	-1.001.670.400	1,132	1.133.649.254	
Oct-2002	2.095.268.300	1.095.068.200	-1.000.200.100	1,125	1.125.714.538	
Nov-2002	2.027.679.000	1.100.618.200	-927.060.800	1,117	1.035.291.497	
Dic-2002	2.095.268.300	1.243.537.200	-851.731.100	1,114	948.664.462	
TOTAL 2002	23.652.241.300	10.854.443.600	12.797.797.700		14.622.126.486	
2003	GARANTIA MENSUAL	RECAUDO MENSUAL	DEFICIT	FACTOR IPC	ACTUALIZACION	TASA 12%
Ene-2003	2.189.458.700	1.290.664.100	-898.794.600	1,101	989.440.263	
Feb-2003	1.977.575.600	899.497.400	-1.078.078.200	1,089	1.173.746.471	
Mar-2003	2.189.458.700	1.007.169.400	-1.182.289.300	1,077	1.273.916.303	
Abr-2003	2.118.831.000	1.061.236.300	-1.057.594.700	1,065	1.126.651.848	138.977.951
May-2003	2.189.458.700	969.454.900	-1.220.003.800	1,060	1.293.336.434	147.267.046
Jun-2003	2.118.831.000	1.094.941.300	-1.023.889.700	1,061	1.085.963.058	113.349.747
Jul-2003	2.189.458.700	1.033.017.100	-1.156.441.600	1,062	1.228.346.375	116.555.740
Ago-2003	2.189.458.700	1.112.484.300	-1.076.974.400	1,059	1.140.440.299	97.393.031
Sep-2003	2.118.831.000	1.096.923.000	-1.021.908.000	1,057	1.079.727.784	81.962.856
Oct-2003	2.358.644.300	1.319.812.300	-1.038.832.000	1,056	1.096.924.816	72.859.757
Nov-2003	2.282.559.000	1.278.728.200	-1.003.830.800	1,052	1.056.306.452	60.138.695
Dic-2003	2.358.644.300	1.471.605.700	-887.038.600	1,046	927.770.896	44.017.317
TOTAL 2003	21.640.006.400	10.885.200.100	10.754.806.300		11.488.493.651	872.522.142
TOTAL A MAYO 2004	88.840.088.800	41.661.597.200	47.178.491.600		56.194.465.147	872.522.142
DEFICIT ACTUALIZADO CON EL IPC + 12% DE INTERES DESDE ABRIL 2003						57.066.987.289

TABLA No. 2.¹⁰⁸ COSTO OBRAS TRAMO 2 Y TRAMO 3

	VALOR HISTORICO	FACTOR IPC	VR ACTUALIZADO
TRAMO 2 (40%)	717.908.593	3,0412438	2.183.335.058
TRAMO 3 (50%)	451.305.558	3,0412438	1.372.530.229
TR2 + TR3	1.169.214.151		3.555.865.287

El Tribunal con base en la información presentada por el dictamen financiero respecto a los costos incurridos para el manejo de las inestabilidades en los Tramos 2 y 3, aspecto este que no fue objetado por ninguna de las partes, toma el valor histórico de cada tramo según

¹⁰⁸ En la tabla No. 2 se resume el valor histórico de las obras ejecutadas tanto en el Tramo 2 como en el Tramo 3 y la actualización de dicho valor con el IPC certificado por el DANE.

las Actas de Interventoría que reposan en el expediente. Esa cifra que corresponde a precios de junio de 1994, se actualiza a mayo de 2003, con base a los índices del **DANE**. Sobre este particular, el Tribunal aclara que el interés compuesto que el dictamen utiliza como mecanismo de actualización se reemplaza por los índices de precios al consumidor.

2.5. *“Que se condene a EL INSTITUTO a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho”.*

En cuanto prosperan parcialmente las pretensiones, el Tribunal no condenará en costas ni en agencias en derecho.

2.6. *“Que EL INSTITUTO debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días, contados a partir de su fecha de ejecutoria.*

2.7. *“Que se ordene a EL INSTITUTO reconocer a EL CONCESIONARIO sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la Sentencia C-188/99.”*

Las dos pretensiones precedentes serán despachadas favorablemente en la parte resolutive de este laudo.

3. Excepciones propuestas por la convocada en la contestación de la demanda.

Fueron cinco las excepciones particulares que formuló el demandado en su contestación de la demanda. En los siguientes términos se pronuncia el Tribunal sobre ellas:

3.1. La genérica de ley.

Esta defensa, en la forma propuesta, no es técnicamente una verdadera excepción, entendida por tal la medida que se encamina a *“paralizar el ejercicio de la acción o a*

*destruir su eficacia jurídica, ..., ya sea impidiendo su progreso o produciendo su extinción definitiva*¹⁰⁹. Con su alegación el Instituto simplemente enuncia su oposición a la prosperidad de la demanda de Coviandes; y con esto no hace otra cosa que formular teóricamente su posición, sin adelantar ningún hecho extintivo, modificativo o impeditivo orientado a enervar las pretensiones del demandante.

Bajo esta denominación, la demandada invoca a su favor *“las excepciones genéricas de Ley, la de fondo, y las demás que resulten probadas en el transcurso del proceso”* (folio.83), con lo cual no hace cosa distinta a recordar al Tribunal la regla común en los estatutos procesales vigentes en nuestro país, de que es deber del fallador resolver sobre las excepciones de fondo que encuentre demostradas en el proceso, así la parte o partes interesadas en su reconocimiento y declaración no hayan hecho ninguna referencia al respecto.

3.2. Excepción de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso.

Al igual que la anterior, antes que ser jurídicamente una excepción, se trata de un simple mecanismo de defensa que reproduce todo lo que ha dicho la convocada tanto en la contestación de la demanda como en la demanda de reconvención.

Se destaca que este no es un modelo de técnica correcto, puesto que el **INVIAS** al formularla contrajo la carga probatoria de demostrar o que el contrato 444 no fue el convenio querido o celebrado por las partes (simulación absoluta) o que éstas al celebrarlo pretendieron un convenio diferente (simulación relativa). Este simple enunciado muestra cómo esta excepción no puede manejarse como lo hizo la entidad excepcionante, poniendo de presente simplemente las diferencias de interpretación existentes entre las partes sobre el alcance del contrato celebrado y el manejo de las inestabilidades. Para el efecto, no es suficiente su formulación, ya que se limitó a sostener como verdad revelada que el manejo

¹⁰⁹ Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. Editorial Ediar Sociedad. Anónima Editores. Pág. 75.

en forma total de las inestabilidades estaba a cargo de **COVIANDES**. Y eso era lo que, asimismo, tenía que demostrar y no lo hizo.

La convocada al sustentar este medio exceptivo sostiene que la concesionaria pretende alegar su propia culpa o torpeza a su favor, al haber contratado *“a su cuenta y riesgo a unos diseñadores y constructores que realizaron un trabajo inadecuado, inepto, tozudo arrogante e irresponsable”*, con lo cual quiere, mediante la simulación, disfrazar sus propios actos o contratos, evadir su responsabilidad y *“evitar repetir contra su diseñador y constructor que dicho sea de paso es su socia”*

Ahora bien, el Tribunal en varios apartes de este Laudo ha dejado sentado el alcance y contenido de la obligación que tenía el concesionario respecto del manejo de las zonas inestables en los tramos 2 y 3. Contrario a lo sostenido por el convocado, ha dicho que no emana de los documentos contractuales, ni siquiera por imposibilidad jurídica e incluso técnica, que el concesionario se haya comprometido a solucionar definitivamente y a su total costa lo atinente a las inestabilidades.

Pero además, ha sostenido el Tribunal que en cuanto resultaban imprevisibles las consecuencias que se derivaban de las condiciones geológicas de una cordillera en formación, particularmente al momento de diseñar las obras, así como también resultaba imposible de prever una solución de ingeniería que se ajustara a las características del proyecto, incluyendo las presupuestarias, las partes tienen que soportar los costos que demande ese control, mitigación o minimización.

De las pruebas recogidas en el proceso, no se acreditó que el concesionario hubiere sido inepto e incompetente. Sorprende al Tribunal el tipo de manifestaciones que hace el convocado, si se compara que la vía, salvo los problemas por inestabilidades, fue construida con plena satisfacción que incluso mereció una buena calificación; si se tiene en cuenta también que la propia entidad aprobó los diseños y acogió las obras, con las excepciones mencionadas; y si se resalta que ni siquiera una simple multa ha sido impuesta al contratista. A más de ello que gran parte de los argumentos de la convocada se apoyan en la teoría sobre los riesgos del contrato, que de entrada le suprime elementos de

culpabilidad o de dolo en el cumplimiento de obligaciones, habida cuenta que esa teoría se funda en el concepto de álea que en si mismo elimina cualquier elemento de antijuricidad.

Más allá de lo dicho sobre Las Cumbas y el manejo de aguas y drenajes que indujo al Tribunal a agravar la responsabilidad del Concesionario en punto de alterar el manejo igualitario que provenía de la aplicación de la teoría de la imprevisión, el Tribunal no encuentra ninguna razón que apoye el incumplimiento de las obligaciones nacidas para el Concesionario en materia de elaboración de diseños y en relación con la construcción de obras basada en esos diseños.

Insiste de manera enfática que los problemas que presenta la vía por cuenta de las inestabilidades, no traducen incumplimientos de obligaciones sino que se explican por las condiciones geológicas de los terrenos, conocidas si, pero con manifestaciones imprevisibles una vez puestas en ejecución y funcionamiento las obras.

Por todo lo expuesto en este laudo sobre el particular, esta excepción no puede prosperar.

3.3. Excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus).

El convocado sustenta esta excepción por el incumplimiento del concesionario de obligaciones nacidas para ser cumplidas durante las etapas de diseño y de construcción, todo lo cual, al amparo del artículo 1609 del Código Civil, debe apoyar una determinación de no condena para la entidad.

Aquí vuelve a faltar a la técnica el representante judicial del Instituto, porque quien propone este medio exceptivo parte de la base de que incumplió las obligaciones derivadas del contrato o que no está en mora, todo lo cual lo justifica en razón a que la otra parte no cumplió o no se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

No puede olvidarse que quien formula esta excepción escuda o justifica su propio incumplimiento en el de la otra parte. Por ese motivo la formulación debe ser cuidadosa

porque si no resulta probada la imputación que hace el demandado, en la práctica estará confesando o aceptando su propio incumplimiento.

De allí que cualquier incumplimiento que se le endilgue a la demandante no justifica, por sí solo, el incumplimiento del excepcionante, ya que éste tendrá que ser el efecto de la conducta de aquél. Es por eso que habrá que definir la precedencia temporal del cumplimiento de las obligaciones y medir su alcance o equivalencia.

Lo antitécnico de la formulación se infiere de la misma presentación, en la cual la parte convocada sustenta este medio exceptivo al afirmar que **COVIANDES** incumplió el contrato de concesión en cuanto a sus deberes técnicos, particularmente al no realizar estudios y diseños óptimos que le permitieran adelantar una obra que le garantizara a la entidad pública concedente la estabilidad necesaria para la correcta prestación del servicio, lo que no sucedió porque para esas labores vinculó a un contratista carente de idoneidad para ejecutar los diseños y las obras.

El artículo 1609 del código civil establece que en los contratos bilaterales, y el de concesión es uno de ellos, *“ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Ahora bien, el estudio integral de los asuntos litigiosos con base en las diversas probanzas existentes sobre la realidad de los diseños realizados por la concesionaria y las obras adelantadas a través de una sociedad que actuó como subcontratista y que a la vez era integrante del concesionario, en nada favorece las afirmaciones de la concedente para fundar la sedicente excepción de contrato no cumplido; y, por el contrario, la certeza que se deriva del acervo probatorio muestra que tanto los diseños como las obras se ejecutaron por la contratista con el asentimiento y satisfacción de la misma entidad contratante; y que el punto central de la controversia está radicado en un aspecto diferente como lo es el alcance de la responsabilidad que incumbe a ambas partes del contrato en asuntos tan puntuales como el manejo de las inestabilidades, prácticamente insuperables de la zona en

que se construyó el proyecto, y el correspondiente reparto de los costos financieros que implica su mitigación o control, que no su solución definitiva, la cual, como se ha visto, es una posibilidad financiera y técnica ajena por completo a ésta concesión y no posible de cumplir con el contrato 444 de 1994.

Cuestiones conocidas en la litis como la entrega por el concesionario y el recibo por el **INVIAS** de las obras ejecutadas en el denominado Tramo 3, y su entrada en funcionamiento; la puesta en funcionamiento de la vía a partir del 20 de julio de 1999 en el llamado Tramo 2 y contractualmente la entrada en operación el día 26 de septiembre; la aceptación de la terminación de las obras el 25 de septiembre; y el reconocimiento del derecho del concesionario a la garantía de tránsito mínimo por el mismo, desde el día siguiente, son hechos que para el Tribunal están acreditados de modo suficiente, y que sumados a la experiencia, capacidad técnica, financiera y organizacional, disposición de equipos y antigüedad de la firma **DRAGADOS S.A.**, miembro de la sociedad concesionaria y ejecutor de diseños y obras, reconocida por la entidad pública concedente, desvirtúan a plenitud las infundadas razones aducidas en apoyo de la excepción propuesta.

Esta explicación ya elimina el incumplimiento extremo y absoluto que se plantea del Concesionario, presupuesto básico para la aplicación de la excepción en los términos pedidos y con potencialidad para eliminar cualquier responsabilidad de la convocada, respecto de los costos y valores por el manejo de las inestabilidades, y para inferirla exclusivamente en el Concesionario. Ello sin contar con que el otro presupuesto para la excepción, cual es el incumplimiento del convocado, en verdad se diera. Aspecto éste que en cuanto no se ha discutido, confirma el yerro en que incurre la convocada al plantear esta excepción.

De todos modos resalta nuevamente el Tribunal que la mayor responsabilidad que se imputa al concesionario nace de defectos puntuales que no obstante fueron prohijados o tolerados por la propia entidad, de suyo si implican algún grado de incumplimiento, no con la magnitud para convertirse en la causa de los problemas existentes en la vía, pero si para afectarlos en algún porcentaje, así sea mínimo. Efectos estos que destacará el Tribunal

pero que, dada la inadecuada formulación de la excepción, no lo hará a manera de aceptar como probada tal excepción.

3.4. Inexistencia de las obligaciones que se imputan.

Indica el convocado que las declaraciones y condenas que incoa el convocante se basan en hechos falsos y, por lo tanto, no pueden dar lugar a lo que se pide.

Este Tribunal rechaza de plano las afirmaciones del convocado porque no existe asomo alguno de prueba acerca de que los hechos narrados sean falsos. Al contrario la existencia de los antecedentes contractuales, incluidas las actas aclaratorias y modificatorias, los problemas de la vía, etc., son reales. Otra cosa es que el análisis jurídico de ellos con miras a obtener la aplicación de normas positivas de derecho y de estipulaciones contractuales, no se comparta por una de las partes. Pero de ahí a tildar de falso lo que legítimamente esgrime el convocante, es una manifestación extrema e irresponsable que el Tribunal desecha categóricamente.

No cree el Tribunal que las controversias que se presenten entre contratistas deban ser descalificadas por la otra parte, en particular por una entidad del Estado, quien debería ser modelo de respeto y tolerancia por las manifestaciones y peticiones de los particulares, así no tengan ningún sustento. Con más veras cuando lo planteado tiene lógica y coherencia, así no se comparta en su totalidad.

Manejos inadecuados de lenguaje por parte de funcionarios públicos, desdican del actuar digno y ejemplar con que deben prestar el servicio público.

3.5. Ineficacia del Acta No. 14 del 6 de julio de 1999.

La ineficacia del acta No. 14 de 6 de julio de 1999 tampoco admite mayores reflexiones, ya que el Instituto al formularla no expresa o enuncia las infracciones legales o constitucionales que en forma vaga e imprecisa alega. Cuando se impugna un acto administrativo o un convenio, quien lo hace tiene la carga de alegación de la normatividad

infringida y de explicar las razones de la infracción; y este requisito no se cumple con la escueta afirmación de que ese acuerdo se logró contra expresa prohibición constitucional o legal.

Como se observa, sostiene la entidad pública que no le es oponible la obligación acordada en esa acta, porque carece de eficacia, pues se celebró contra expresa prohibición constitucional y legal, al no definir con qué recursos y disponibilidad presupuestal se asumía un compromiso por \$ 185.688.055.

Al respecto conviene recordar, como lo hace el apoderado de la concesionaria en su alegato de conclusión, que entre las partes se produjo un acuerdo denominado *“MODIFICACION AL ACTA DE ACUERDO No. 14 SUSCRITA EL 6 DE JULIO DE 1999 ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y LA CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES”*, cuyo contenido es el siguiente:

“Se modifica el Numeral Cuarto del Acta de Acuerdo No. 14, el cual quedará así: La suma mencionada en el numeral segundo del Acta No. 14 esta acta será reconocida por INVIAS mediante una prorroga al plazo de operación de tres (3) semanas para que se mantenga la TIR del proyecto. PARAGRAFO PRIMERO: No obstante lo mencionado en el presente numeral, el INVIAS procurará la consecución de los recursos de que trata el numeral segundo del Acta No. 14. Si antes del 31 de diciembre de 1999, el INV hubiere obtenido el correspondiente certificado de disponibilidad Presupuestal, constituirá el registro respectivo con la sola presentación de este documento y girará a COVIANDES, el valor acordado, de conformidad con el PAC disponible, dentro de los noventa (90) días siguientes a la radicación de los documentos pertinentes en la oficina competente de la Subdirección Financiera, previo recibo y aprobación del estudio por parte de la Subdirección Financiera”. (Resaltado fuera de texto)

En esas condiciones y dada la unidad que conforman el Acta No. 14 y el acuerdo modificadorio transcrito, el cual se celebró inmediatamente después del primero y en la misma fecha, las dudas de orden presupuestal que podrían plantearse respecto de la validez del primero desaparecen, al igual que sus alcances como medio exceptivo.

Se refuerza lo dicho con la prueba documental que obra en el expediente, Vgr. con los certificados de disponibilidad presupuestal No. 1872 y de registro presupuestal 6171 y la constancia del pago efectuado a la Fiduciaria de Occidente – Fideicomiso Concesionario Vial de los Andes, por concepto de la mencionada Acta No. 14.

No basta y no es suficiente alegar el pago de lo no debido porque esto implica la carga de demostrar ciertos extremos fácticos que resultaron huérfanos de prueba, entre otros, que el acuerdo convencional contenido en el acta 14 había sido declarado nulo. Situación que no se ha producido y que permite que la presunción de legalidad se mantenga hasta tanto la jurisdicción competente no declare su nulidad. Por otro lado, el contrato 444 permite expresamente la celebración de contratos adicionales y el convenio analizado merece esa calificación.

Destaca el Tribunal que el **INVIAS** maneja la supuesta excepción también como una pretensión de nulidad autónoma, para la cual, como se indica en esta misma motivación, tampoco precisa o indica la violación de norma legal alguna, olvidando de paso que en todas las acciones de impugnación de actos administrativos o de acuerdos de voluntades, será indispensable que el impugnante indique las normas violadas y explique el concepto de violación.

Sobre la nulidad del Acta 14 aquí cuestionada, el Tribunal se remite a lo expuesto dentro del capítulo “*Reconvención*” de este mismo laudo.

VI. DEMANDA DE RECONVENCION Y EXCEPCIONES

1. Consideraciones Generales.

Mediante escrito de 6 de mayo de 2003, **INVIAS**, luego de contestar la demanda, formula reconvención contra **COVIANDES** y presenta pretensiones declarativas y de condena.

En las primeras, no hace otra cosa que enunciar las obligaciones que según el contrato contrajo la convocante y señalar cuáles fueron incumplidas por ésta. En otras palabras, solicita el Instituto que se declaren las obligaciones contraídas por el mencionado Concesionario al celebrar el contrato 444 y cuáles de ellas fueron realmente incumplidas.

Aquí el Tribunal considera, en primer término, que las obligaciones de las partes aparecen expresamente indicadas en dicho contrato y, dada la existencia de éste, no cuestionada, sobra declarar las obligaciones que allí se consagran.

Así, no tiene ninguna relevancia declarar en este Laudo que el Concesionario contrajo una serie de obligaciones con **INVIAS**, porque esto sería una declaración anodina, cuando aquél no está negando la existencia misma del contrato, sino precisando el alcance del mismo en contraposición con la posición del **INVIAS**.

Ahora bien, en lo atinente al alcance de las obligaciones del Concesionario respecto del manejo de las inestabilidades en los Tramos 2 y 3, este Laudo es profuso sobre el particular, a cuyos apartes entonces se remite.

2. Pretensiones de la demanda y excepciones propuestas.

En este orden de ideas, solicita el Instituto, en síntesis, que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Pretensiones Declarativas:

1. De elaborar por su cuenta y riesgo, personalmente o a través de terceros, los estudios, diseños definitivos y la construcción y ejecución de los mismos; y de asumir la responsabilidad derivada de la administración de un bien destinado al servicio público.
2. Garantizar la idoneidad de las firmas que contrató para desarrollar actividades propias del contrato; y realizar el seguimiento y control de las actividades técnicas efectuadas por

su diseñador y constructor **DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S. A.**, u otras firmas vinculadas.

3. Observar las condiciones y especificaciones técnicas contenidas en los pliegos de condiciones y en los demás documentos del contrato.

4. Desarrollar construcciones que no agraven las zonas de inestabilidad; y elaborar diseños definitivos y procesos constructivos que no generan nuevas inestabilidades.

5. Efectuar estudios y diseños adecuados para el desarrollo del proyecto vial y cumplir un proceso constructivo idóneo.

Pidió, igualmente, el **INVIAS** que se declare:

1. Que las zonas inestables hacen parte de la obra básica del contrato; y que con respecto a éstas el concesionario estaba obligado a:

a) Garantizar que el proyecto quedaría emplazado en terrenos geológicos con la mínima amenaza natural por deslizamientos, erosión, inundación, riesgo sísmico y volcánico; teniendo en cuenta los detalles previstos en la norma sobre estabilización de laderas, los contenidos en los términos de referencia para estudios geotécnicos de carreteras, los pliegos de condiciones, el contrato y los demás documentos que se adjunten al proceso como prueba, si el trazado llegare a localizarse sobre laderas inestables.

b) Responder por los errores de diseño y constructivos que puedan afectar a la obra contratada.

c) Garantizar la calidad de los diseños definitivos elaborados por el contratista y la estabilidad de la obra por él ejecutada.

2. Que las partes, de común acuerdo, sólo modificaron el alcance físico del contrato con el fin de mantener el equilibrio económico de las prestaciones sinalagmáticas (Actas de mayo

28 y 19 de abril de 1996).

3. Que salvo lo expresamente modificado, nunca existió otra modificación de las condiciones y obligaciones de carácter técnico que debía asumir el concesionario.

4. Que la etapa de construcción no ha terminado aún, por cuanto **COVIANDES** no ha dado cumplimiento a las obligaciones, condiciones, requisitos y especificaciones contenidos en el contrato; y que, en consecuencia el Instituto no está obligado a reconocer la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Boquerón.

5. Que lo recibido por **COVIANDES**, \$185.688.055, por concepto de diseños de zonas inestables (Acta No. 14 de junio 6 de 1999), constituyó pago de lo no debido; y por ende, un enriquecimiento sin causa.

6. Que se declare la nulidad del Acta No. 14 de junio 6 de 1999, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal.

Pretensiones de Condena:

Fuera de las declaraciones que se dejan enunciadas, el Instituto formuló, también en síntesis, las siguientes pretensiones:

1. Que se condene a **COVIANDES** a adelantar, a su costa, las obras necesarias para culminar el contrato en relación con el manejo de las inestabilidades, el mantenimiento y reparación de la vía.

2. Que se le condene a reconocer al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS** - el costo de oportunidad de las sumas dejadas de invertir que resulten probadas y la suma de \$185.688.055, relacionada en la mencionada Acta 14.

3. Que se le condene al pago de perjuicios originados en el incumplimiento del contrato 444, debidamente actualizados con base en los índices, serie de empalme certificados por el **DANE** y/o con el IPC, mas intereses corrientes y moratorios.

4. Que se compensen los valores reconocidos en esta demanda a favor del **INVIAS**, con los de garantía de tráfico que reconozca éste por las otras estaciones de peaje distintas a la de Boquerón. Que en caso de que las sumas reconocidas a favor del Instituto excedan los valores adeudados por éste al Concesionario con ocasión de las garantías de tráfico, se ordene la aplicación de dichos créditos o remanentes a la ingeniería financiera del contrato, con el fin de que sean compensados contra el plazo del contrato.

5. Que se condene a pagar costas y agencias en derecho.

Los Hechos:

Tal como lo manifiesta el **INVIAS** en su demanda de reconvención, son los mismos de la contestación de la demanda y agrega otros que, más que hechos, no son otra cosa que consideraciones de refuerzo de la narración fáctica inicial. En este sentido, anota:

1. Que **COVIANDES** incumplió las condiciones y requerimientos técnicos, pues de los documentos contractuales se estableció que el manejo e implementación de las obras para solucionar las inestabilidades, formaban parte de la obra básica y estaban a cargo del contratista.

2. Que los tramos a trabajar estaban emplazados en zonas inestables y, por lo mismo, el Concesionario tenía la obligación de prever y garantizar su plena estabilidad.

3. Que el contratista elaboró los diseños definitivos a través de su socio Dragados y Construcciones S.A., que no conocía la zona e hizo lo propio con la construcción. Que esto se pudo constatar con el estudio hecho por **MANUEL GARCIA**, quien conceptuó que existieron errores, tanto en el diseño como en la construcción, que agravaron las inestabilidades de la zona.

4. Que el Concesionario desconoció el riesgo sísmico de dicha zona, regulado en el Código de Construcciones Sismorresistentes (Decreto 1400 de 1984) y violó las normas que regulan la profesión de la ingeniería.

5. Que **COVIANDES**, al presentar su oferta y suscribir el contrato, reconoció y aceptó la viabilidad técnica del proyecto, pero al desarrollarlo varió el proceso constructivo.

6. Que el Consorcio reiteró que el manejo de las zonas inestables estaba dentro de la obra básica y no correspondía al rubro de manejo ambiental, tal como consta en el Acta No. 9 de 4 de noviembre de 1998 suscrita por las partes.

Las excepciones del Concesionario:

COVIANDES S.A., al contestar la demanda de reconvención en su escrito de 7 de julio de 2003, acepta unos hechos, niega otros o los interpreta en su conjunto y para respaldar su posición defensiva formula una serie de excepciones que técnicamente no permiten ese calificativo, porque no son otra cosa que la reiteración de los hechos y puntos de vista expuestos en la demanda principal; vale decir, que más que excepciones en sentido estricto, lo que hace es desarrollar, en forma adecuada y precisa, su derecho de oposición.

Para corroborar este aserto basta tener en cuenta que el Concesionario al formularlas, manifiesta:

“Me opongo a las pretensiones de la demanda y sus fundamentos de derecho, y al efecto interpongo las siguientes excepciones....”.

De esta manera, el Concesionario reitera los puntos de vista jurídicos y fácticos expuestos en torno a los hechos fundamentales de su demanda principal. En otras palabras, frente a las pretensiones declarativas anota, en síntesis:

a. El Concesionario contrajo las obligaciones previstas en los documentos contractuales y en aquéllos que los desarrollan; así como las que resultan de las normas constitucionales y

legales que gobiernan la responsabilidad y el alcance vinculante de los contratos estatales. Cita, en apoyo de su alegación, los artículos 24 numeral 5 literales b) y f), y 28 de la Ley 80 de 1993 y 1624 de Código Civil.

b. Que el Concesionario no incurrió en el incumplimiento pretendido, puesto que contrató y controló firmas idóneas para el desarrollo del contrato, tal como sucedió con Dragados y Construcciones S.A.; empresa especializada de amplio prestigio internacional, que cumplió sus obligaciones con estricta sujeción al contrato 444 y a la Constitución y Leyes Colombianas y estuvo sometida a su estricta vigilancia.

c. Que no incumplió su obligación en materia de diseño y construcciones, los cuales se sujetaron a la información dada por **INVIAS** en los pliegos y demás documentos contractuales.

Apoya su afirmación con la calificación que sobre los diseños y su idoneidad señaló la justicia arbitral en su laudo de 7 de mayo de 2001, relacionado igualmente con el contrato 444.

d. Sobre el manejo de las inestabilidades, para refutar la pretensión de **INVIAS** de que ese aspecto estaba a cargo de Concesionario porque éste no sólo debía minimizarlas sino controlarlas en forma absoluta, se remite a las explicaciones que dio en su demanda, que luego resultaron respaldadas por el dictamen pericial rendido por el Dr. **RENDON GALLEGO**.

e. Que el Concesionario sólo tenía la obligación, en las zonas inestables del Tramo 2, de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente dichas inestabilidades; y no tenía la obligación en el Tramo 3 de ejecutar obras de estabilización por trascender los diseños contratados y aprobados y ser ajenos para el mismo la regulación y manejo de las inestabilidades causadas por el Río Cáqueza.

El Concesionario respalda su oposición en las Cláusulas Décima Cuarta, Vigésima, Vigésima Primera y Vigésima Tercera del contrato 444.

f. Que el acuerdo celebrado el 28 de mayo de 1996 se hizo no sólo para mantener el equilibrio económico del contrato, como lo pretende el Instituto, *“sino para resolver los graves incumplimientos de éste”*.

Anota, como fundamento de su aseveración, que en el citado Laudo de 7 de mayo de 2001 se puso de presente que el desbalance económico y financiero del proyecto se produjo, entre otras causas, por los graves errores topográficos que se presentaron en los pliegos que sirvieron de base a la licitación y a la ejecución de los diseños. Desbalance que hizo que se modificara el proyecto mediante las actas de compromiso de 19 de abril y 28 de mayo de 1996.

g. Que las obligaciones de carácter técnico asumidas por el Concesionario fueron modificadas; y que éste no contrajo la obligación de garantizar la estabilidad plena de los Tramos 2 y 3, tal como lo explicó en su demanda inicial.

h. Que el Concesionario no incumplió las obligaciones y condiciones técnicas impuestas en el contrato, ya que se sometió en un todo a la información suministrada por el INVIAS, a los pliegos de condiciones, al contrato 444 y a las actas de 19 de abril y 28 de mayo de 1999.

i. Que el Concesionario cumplió con la terminación de la etapa de construcción de los Tramos 2 y 3. Que en lo que concierne al Tramo 2 la construcción terminó, en lo fundamental, antes de la firma del Acta No. 15 de 19 de julio de 1999, permitiéndose así la operación anticipada de la vía a partir del día siguiente, con la autorización del Instituto; puesto que *“la Interventoría ha verificado que la carretera se encuentra en condiciones de ser abierta al tránsito vehicular”*; y que las obras faltantes de remate se cumplieron antes del 25 de septiembre de ese mismo año.

j. Que el **INVIAS** incumplió la obligación de reconocer los ingresos mínimos garantizados del túnel de Boquerón, desde el 26 de septiembre del citado año; fecha en la que ya había terminado la etapa de construcción del mencionado Tramo 2.

k. Que el Acta No. 14 de 6 de julio de 1999 es válida por ajustarse a la ley y que de su cumplimiento no puede deducirse pago de lo no debido o enriquecimiento sin causa. Además, porque el Tribunal es incompetente para definir materias no susceptibles de transacción.

l. Que el Concesionario ejecutó las inversiones que contrajo para cumplir con el objeto contractual; y que en los Tramos 2 y 3 ha ejecutado obras y sigue haciéndolo para mantener la carretera en buen estado de servicio.

Frente a las pretensiones de condena, **COVIANDES** asume una actitud similar, ya que también se limita, más que a excepcionar, a ejercer una adecuada y precisa oposición. Por eso:

a. Niega que tenga la obligación de ejecutar obras para terminar la etapa de construcción y para desarrollar las correspondientes al manejo de las inestabilidades. Aduce, para respaldar su afirmación, que las obras que superen las suma de 1354 millones de junio de 1994, correrán a cargo del Instituto, según lo disponen las Cláusulas Décima Cuarta, Vigésima Primera y Vigésima Tercera; y las que ha ejecutado en exceso de esa suma, se las debe reconocer dicho Instituto. Insiste, igualmente, que el Concesionario haya dejado de invertir otras sumas diferentes y menos que éstas asciendan a \$22.773.088.100.

b. Que **COVIANDES** no tiene la obligación ni de restituir sumas dejadas de invertir, porque estas no existen, ni la de devolver \$185.688.055, recibidos por virtud del Acta No. 14. Observa que es francamente improcedente demandar costos de oportunidad por \$18.389.100.974 de 1994, cuando no existe respaldo probatorio alguno.

c. Que la obligación de pagar al Instituto los perjuicios reclamados, carece de causa; como tampoco existe justificación alguna para el pago de agencias en derecho y costas.

Consideraciones del Tribunal.

Conformada así la controversia, por voluntad de las mismas partes el debate se desplazó al estudio de las dos demandas acumuladas (la principal y la reconvención), porque tanto la demandante como la entidad demandada ejercieron dentro de este proceso pura y simplemente su derecho de oposición.

Se entiende, así, que las partes al asumir esta conducta reforzaron sus posiciones iniciales, las que fueron ya objeto de decisión dentro de este Laudo con base en las pruebas aportadas y con la aplicación del principio de la carga probatoria, pero sin que haya lugar, formalmente, a la prosperidad de las excepciones formuladas por las partes. En otros términos, la decisión girará en torno al incumplimiento del contrato 444 y a las defensas esgrimidas por las partes y las pruebas de soporte aducidas para las distintas pretensiones.

En otras palabras, para evitar cualquier equívoco, la decisión sobre lo que en este proceso se denominan “*las excepciones*” quedará subsumida en el estudio central y de fondo de esta controversia. Es por esto que el Tribunal se remite, al decidir la reconvención y sus excepciones, a lo expuesto en este mismo Laudo sobre los distintos extremos de la controversia, tanto de ataque como de defensa. No obstante, en la parte resolutive se hará declaración formal sobre las excepciones propuestas.

Finalmente, el Tribunal quiere ocuparse del Acta No. 14, puesto que el Instituto dentro de las pretensiones formuladas en su demanda de reconvención, enlistó la de nulidad del Acta 14 de 6 de julio de 1999 y la devolución de la suma pagada con motivo del acuerdo allí logrado.

Evidentemente, en el numeral 1,14 de las pretensiones de la contrademandante se solicita expresamente: “*Que se declare la nulidad absoluta del acta No. 14 de 6 de julio de 1999, en razón a que para su adopción se inobservaron y violaron normas constitucionales y legales, **por lo tanto se celebró contra expresa prohibición de las mismas**” (Resaltado fuera de texto).*

Pero el Instituto no se redujo a su simple enunciado, sino que en el numeral 1.12 del mismo capítulo alega que el pago efectuado en relación con el acta impugnada *“constituyó pago de lo no debido y por ende un enriquecimiento sin causa”*. Arguye, para formular su pretensión, que la realización de los estudios y diseños definitivos estaba a cargo del Concesionario, cuyos *“costos se le reconocieron y pagaron, de acuerdo con lo propuesto y la modificación aceptada en el acta de 28 de mayo de 1996.”*

A este respecto, se anota:

Aunque la tendencia jurisprudencial se orienta a desplazar del conocimiento de los Tribunales de arbitramento los asuntos que toquen con los actos administrativos que desarrollen poderes exorbitantes de la administración contratante (aspecto que aquí no se da, ni se discute), no es menos cierto que cuando la acción gira en torno a la validez del contrato o del convenio del cual se deriva el conflicto, el debate encaja en la competencia arbitral. Hoy en día no existe duda alguna de dicha competencia, dado lo consignado en el Parágrafo del artículo 118 del decreto 1818 de 1998. De otro lado, no se concibe una controversia derivada de un contrato estatal que se ventile ante los jueces, sean éstos los ordinarios o naturales o los árbitros, en la cual no se pueda controvertir por las partes la validez o nulidad del contrato que se quiere hacer cumplir o en la que los jueces no la puedan declarar de oficio, cuando sus supuestos estén acreditados dentro del proceso y en la controversia intervengan todas las partes.

Aunque la tesis es aún objeto de debate, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional avalan esta orientación y el Tribunal la reitera.

En este orden de ideas, se observa que la pretensión anulatoria de la mencionada Acta 14 no podrá prosperar, por dos razones fundamentales: la primera, en orden a que cuando se impugna un acto administrativo o un acuerdo de voluntades, quien acciona tendrá la carga de alegación de la normatividad que considera infringida por el mismo y de explicar las razones de la infracción. Por eso no basta afirmar que el acto desconoce o infringe normas constitucionales o legales para que el juzgador, sometido en este campo todavía a lo que

se conoce como la justicia rogada, tenga que identificar cuál fue la normatividad vulnerada y por qué razón.

Y en segundo lugar, porque el **INVIAS** incurre en un error bastante común, al confundir la causal específica de nulidad absoluta que contempla el ordinal 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, con la causal genérica, también de nulidad absoluta, que regulan el artículo 1519 del Código Civil y otras normas del mismo código, tales como los artículos 1740 y 1741.

Se habla de error en la formulación de la pretensión, porque aquella causal, al disponer que serán nulos los contratos “*que se celebren contra expresa constitucional o legal*”, hace referencia exclusiva a la competencia que la entidad tenía para celebrarlo (aspecto que ni siquiera se discute) y no a que todo contrato que contravenga el orden público de la Nación sea nulo por objeto ilícito.

Para corroborar esto basta observar que el mismo Código Civil admite esa diferencia, porque mientras en su artículo 1519 sienta la regla de ser nulo todo acto o contrato que contravenga el orden público, en el 1523 dispone específicamente que también será nulo todo contrato prohibido por las leyes. Si esas normas pudieran manejarse indistintamente, como lo hace el **INVIAS** y como si estuvieran referidas a un mismo fenómeno, una de las dos sobraría.

Así mismo, tampoco puede olvidarse que las causales de nulidad absoluta que contempla el artículo 44 de la ley 80 no son taxativas, porque el mismo artículo, en su enunciado, deja vigentes las otras causales del derecho privado, dentro de las cuales incuestionablemente están comprendidas las de los artículos 1519 y 1523.

Se anota, finalmente, que no es técnico alegar enriquecimiento sin causa, cuando existe una acción adecuada para el reclamo de la indemnización. Esto, por el carácter subsidiario que tiene la pretensión por enriquecimiento sin causa.

VII. DE LA SUCESION PROCESAL

Pese a que nadie lo ha solicitado expresamente, el Tribunal estima que en el presente caso se produjo el fenómeno regulado en el artículo 60 del C. de P. C.

Aunque inicialmente el presente proceso se instauró contra el Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, lo cierto es que en desarrollo del mandato contenido en los Decretos 1800 y 2056 del 2003, en su orden de junio 26 y julio 24, al cumplirse el proceso de transferencia de la infraestructura concesionada del **INVIAS** al Instituto Nacional de Concesiones **-INCO-**, mediante la Resolución 003187 de 2003 se efectuó “*la cesión y subrogación*” del contrato 444 de aquél hacia éste, habiéndose hecho la entrega material del mismo el 13 de noviembre de aquel año, tal como consta en el acta 001 de esta fecha.

En estas condiciones, al producirse en fenómeno aludido, el **INCO**, como sucesor de los derechos del **INVIAS** derivados del mencionado contrato, bien pudo constituirse o no en parte dentro del proceso, porque si no lo hizo, no por eso la sentencia dejará de tener efecto contra él (inciso. 2º del artículo 60 del C. de P. C.).

En estas condiciones, se repite, considera el Tribunal que la decisión deberá tomarse contra el demandado inicial, sin que por eso deje de producir sus efectos contra el Instituto Nacional de Concesiones **-INCO-**.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo anteriormente expuesto en el presente Laudo arbitral, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada al dictamen pericial financiero rendido en el proceso.

SEGUNDO: Declaránse infundadas las tachas de los testigos **JUAN CARLOS BARRETO TELLEZ** y **FERNANDO CARO RIVERA**.

TERCERO: Denegar las excepciones formuladas por la parte convocada a la demanda principal.

CUARTO: Declarar que la etapa de operación del Tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994, empezó el día 26 de septiembre de 1999.

QUINTO: Declarar que el Concesionario tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Túnel del Boquerón, desde el 26 de septiembre de 1999.

SEXTO: Declarar que la etapa de construcción del Tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994 terminó el 25 de septiembre de 1999.

SEPTIMO: Declarar que la obligación nacida para el Concesionario en relación con el contrato 444 de 1994, se circunscribe a la de minimizar, controlar y manejar las inestabilidades presentadas en los Tramos 2 y 3 y no la de garantizar a su costa y de manera ilimitada una solución definitiva para dichas inestabilidades.

OCTAVO: Reconocer que la obligación de elaborar el diseño para el manejo de las inestabilidades del Tramo 2, se cumplía con fundamento en la información suministrada por el **INVIAS**.

NOVENO: Declarar que el diseño para el Tramo 3 elaborado por el Concesionario y aprobado por la entidad, no involucró soluciones definitivas a las inestabilidades ni incluyó soluciones a las causas regionales de tales inestabilidades.

DECIMO: Declarar que los costos causados y los que demande el manejo, control y mitigación de las inestabilidades en el Tramo 2, incluyendo el sector de las Cumbas Alta y Baja y, las del Tramo 3 serán asumidos por las partes. Para el Tramo 2 en un sesenta por ciento (60%) por el Concesionario y en un cuarenta por ciento (40%) la entidad concedente y para el Tramo 3 por partes iguales, es decir, en un cincuenta por ciento (50%) cada parte contratante.

UNDECIMO: Reconocer que el Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, adeuda al Concesionario hasta diciembre de 2003 la suma de **CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS** pesos moneda corriente (\$ 47.178.491.600.00), resultante de la aplicación de la estipulación contractual sobre los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje correspondiente al Túnel del Boquerón, desde el 26 de septiembre de 1999.

DUODECIMO: Ordenar que el Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, reembolse al Concesionario los costos en que éste incurrió en un porcentaje equivalente al cuarenta por ciento (40%), por concepto de manejo y control de inestabilidades en el Tramo 2, en una suma equivalente a **SETECIENTOS DIEZ Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES** (\$ 717.908.593.00) pesos moneda corriente.

DECIMO TERCERO: Ordenar que el Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, reembolse al Concesionario los costos en que éste incurrió en un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%), por concepto de manejo y control de inestabilidades en el Tramo 3, en una suma equivalente a **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO** (\$ 451.305.558.00) pesos moneda corriente.

DECIMO CUARTO: Reconocer que el Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, adeuda al concesionario por concepto de actualización con base en los índices del **DANE** de la suma señalada en el punto undécimo de esta parte resolutive, la suma de **NUEVE MIL QUINCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE** (\$ 9.015.973.547.00) pesos moneda corriente.

DECIMO QUINTO: Condenar al Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, a pagar al Concesionario la suma de **MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO** (\$ 1.465.426.465.00), por concepto de actualización con base en los índices del **DANE**, de la condena incluida en el punto duodécimo de la parte Resolutiva de este Laudo.

DECIMO SEXTO: Condenar al Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, a pagar al Concesionario la suma de **NOVECIENTOS VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UNO** (\$ 921.224.671.00) pesos, por concepto de actualización con base en los índices del **DANE**, de la condena incluida en el punto décimo tercero de la parte Resolutiva de este Laudo.

DECIMO SEPTIMO: Condenar al Instituto Nacional de Vías, **INVIAS**, a pagar al Concesionario la suma de **OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO CUARENTA Y DOS** (\$ 872.522.142.00) pesos moneda corriente, por concepto de intereses moratorios de los ingresos mínimos garantizados, a una tasa equivalente al 12 % anual o fracción de año, desde abril de 2003 y hasta junio de 2004.

DECIMO OCTAVO: Denegar todas las demás pretensiones de la demanda principal formuladas por el convocante.

DECIMO NOVENO: Denegar las excepciones propuestas por la parte convocante a la demanda de reconvención.

VIGESIMO: En cuanto a las pretensiones enunciadas en los numerales 1.1 y 1.4 de la demanda de reconvención, no tienen el carácter de tal, pues son transcripciones de

obligaciones que nadie discute, el Tribunal declara que esas obligaciones están pactadas en el contrato y no ameritan ningún pronunciamiento.

VIGESIMO PRIMERO: Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda de reconvención.

VIGESIMO SEGUNDO: Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

VIGESIMO TERCERO: Ordenar al Instituto Nacional de Vías dar cumplimiento a este Laudo en un término máximo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. En caso de presentarse mora en el pago de las sumas reconocidas en este Laudo, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

VIGESIMO CUARTO: Protocolizar el presente Laudo junto con el expediente en una Notaría de esta ciudad, con cargo al rubro de protocolizaciones, de conformidad con el artículo 159 del decreto 1818 de 1998, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

VIGESIMO QUINTO: Entregar a cada una de las partes lo mismo que al señor representante del Ministerio Público, copia auténtica del presente Laudo Arbitral.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA
Presidente

JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Arbitro

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Arbitro

GERMAN ALONSO GOMEZ BURGOS
Secretario

