

Laudo Arbitral

Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías

v.

Consortio Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Conciviles S.A

Octubre 30 de 1997

Audiencia de laudo

En la ciudad de Santafé de Bogotá, el día treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), siendo las 3:00 p.m., en el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la carrera 9ª N° 16-21 piso 4º, se reunió el tribunal de arbitramento integrado por los árbitros doctores Carlos E. Marín Vélez, Rafael Baquero H. y Carlos E. Campillo, y la secretaria doctora Carmenza Mejía M. Asistieron los apoderados de las partes doctores Óscar Jiménez Leal y Fernando Silva. Asistió el doctor Luis Enrique Barragán, delegado de la procuraduría.

Encontrándose surtido en su totalidad el trámite procesal, oídas las alegaciones de las partes y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede dentro del término legal a proferir, en derecho, el siguiente.

Laudo

Antecedentes

1. Pacto arbitral

En la cláusula cuadragésima del contrato de obra pública 01-0060-0-95 suscrito por la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías, en adelante Ferrovías, de una parte, y el consorcio conformado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht y Conciviles S.A., en adelante el consorcio, se encuentra estipulada la cláusula compromisoria la cual es del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de las facultades consagradas para Ferrovías en el Decreto 222 de 1983 y las estipuladas en las cláusulas quinta, trigésimosexta y cuadragésimoquinta, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta la liquidación definitiva, sobre materias distintas a las contempladas en las cláusulas antes mencionadas y en las cuales Ferrovías y el contratista no se pongan de acuerdo, se someterán a un tribunal de arbitramento. Ferrovías y el contratista, de acuerdo con la ley colombiana determinarán los asuntos en disputa que serán sometidos a la decisión de los árbitros. El tribunal de arbitramento estará constituido por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo entre Ferrovías y el contratista y en caso de no llegarse a un acuerdo dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el tribunal sea solicitado por cualquiera de las partes, cada una designará un árbitro y el tercero será designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El tribunal de arbitramento funcionará de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, se someterá en un todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. El tribunal de arbitramento tendrá como sede y funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, República de Colombia. Mientras el tribunal esté integrado, los plazos correrán normalmente hasta producirse el fallo. Los efectos de la cláusula de caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación, no serán susceptibles de decisión arbitral”.

De igual manera, tal como consta en el acta de 13 de mayo de 1996, las partes acordaron convocar el tribunal de arbitramento con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, y precisaron los puntos de los que debía ocuparse el tribunal. Así mismo precisaron el alcance de la decisión del tribunal según consta en el acta de 14 de mayo de 1996 y la de octubre 1º de 1996, que aclaró y complementó las anteriores, en el sentido de que el estudio del reclamo por desequilibrio económico y revisión de las fórmulas de reajuste de la componente en dólares americanos, se presentaría por parte de Ferrovías y que el estudio del reclamo por desequilibrio económico

y revisión de los mecanismos de reajuste de la componente en dólares americanos del anticipo, sería planteada por el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht - Conciviles S.A.

2. Competencia del tribunal

Se impone subrayar qué fue entonces voluntad de los contratantes someter a este tribunal los siguientes puntos:

1. El estudio del reclamo por desequilibrio económico y revisión de las fórmulas y mecanismos de reajuste de la componente en pesos colombianos.
2. El estudio del reclamo por desequilibrio económico y revisión de las fórmulas de reajuste de la componente en dólares americanos por parte de Ferrovías y el estudio del reclamo por desequilibrio económico y revisión de los mecanismos de reajuste de la componente en dólares americanos del anticipo por parte del Consorcio Constructora Norberto Odebrecht, Conciviles S.A.
3. El estudio del reclamo, por parte del contratista, del desequilibrio económico por los mayores costos de la demora de la suscripción del contrato.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 17 de junio de 1997, expediente 4781, dijo sobre la cláusula compromisoria lo siguiente:

Sobre la base del llamado “negocio jurídico compromisorio” y en procura de diferenciar el “compromiso” propiamente dicho de la “cláusula compromisoria”, partiendo del momento en que se presente la desavenencia entre las partes contratantes, tiene dicho esta corporación que en el caso de esta última modalidad” lo que acontece que, habiendo celebrado determinado contrato las partes convienen por anticipado en que, de llegarse a presentar diferencias futuras acerca de la inteligencia o la aplicación de dicho contrato, ellas serán conocidas y resueltas por árbitros” y que, por virtud de tal estipulación, “las partes no tienen absoluta libertad para acudir a los tribunales del Estado en demanda de justicia, sino que por principio y en virtud de la cláusula en cuestión, quedan bajo imposición de recurrir al arbitraje. Es en consecuencia un convenio accesorio con función preparatoria que, además de individualizar algunos de los elementos indispensables para que pueda operar el mecanismo de solución alternativa de conflictos en que el arbitraje consiste, entraña la adhesión de aquellas mismas partes al régimen procesal previsto en la ley para el arbitramento y la renuncia a la jurisdicción judicial, todo ello bajo el supuesto de que los efectos que a la cláusula compromisoria le son inherentes, lejos de agotarse en un juicio arbitral único, deben proseguir hasta que desaparezca la posibilidad de hipotéticas controversias surgidas del negocio jurídico principal”.

Por último, mediante memoriales conjuntos de los apoderados de las partes, de fechas diciembre 13 de 1996 y enero 23 de 1997, estos solicitaron que las demandas que cada una de ellas había formulado en contra de la otra, se tramitaran en un solo proceso, con el fin de que fuera un único tribunal de arbitramento el que resolviera las pretensiones de ambas partes.

3. Trámite prearbitral

Con base en el pacto arbitral que se menciona, Ferrovías y el consorcio, cada una por conducto de apoderado judicial, solicitaron al centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un tribunal de arbitramento encargado de dirimir en derecho las controversias suscitadas entre ellos, en diciembre 17 de 1996.

Admitida la solicitud de convocatoria de ambas partes en enero 24 de 1997, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles procedió en esa misma fecha a correr traslado, habiendo sido contestadas las demandas en su oportunidad.

Posteriormente la demanda de Ferrovías fue reformada y contestada por el consorcio en la primera audiencia de trámite.

Contra la demanda del consorcio el apoderado de Ferrovías propuso excepción previa de “falta de competencia”,

de lo cual se corrió traslado a la parte contraria y fue finalmente resuelta por el tribunal, una vez instalado. El director del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el numeral 3° del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, culminada el 11 de marzo de 1997, convocada mediante notificación previa a las partes y a sus apoderados quienes se hicieron presentes sin que se hubiese logrado acuerdo entre ellos sobre las controversias planteadas.

Habiendo fracasado la conciliación las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores Carlos Enrique Marín Vélez, Rafael Baquero Herrera, y Carlos Enrique Campillo, quienes previa aceptación de sus cargos tomaron posesión de los mismos.

Cumplido el trámite inicial, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles citó a las partes para la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, la cual se llevó a cabo el día 11 de abril de 1997. En esta fue nombrado como presidente el doctor Carlos Enrique Marín Vélez y como secretaria la doctora Carmenza Mejía Martínez y fueron fijados los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal.

4. Trámite arbitral

Instalado el tribunal, previa consignación hecha por las partes de lo que a cada una de ellas correspondía, se inició la primera audiencia de trámite el día veintiocho (28) de mayo de 1997.

En la primera audiencia de trámite el tribunal examinó el pacto arbitral así como las pretensiones y las excepciones formuladas, declaró su propia competencia para conocer de las diferencias sometidas a su decisión, y declaró no fundada la excepción previa formulada por Ferrovías en la contestación de la demanda.

Procedió así mismo el tribunal, dentro de esa misma audiencia, a decretar las pruebas solicitadas por las partes.

5. Duración del proceso

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se efectuó el 28 de mayo de 1997, el término de seis meses fijado por la Ley 23 de 1991 corre a partir de ese día y por consiguiente el término de competencia del tribunal vencería el día 28 de noviembre de 1997. Adicionalmente, por solicitud conjunta de las partes el proceso se suspendió desde el 16 de septiembre de 1997 hasta el 5 de octubre de este mismo año, por lo cual al término inicial han de sumarse veinte días y en consecuencia el término de competencia del tribunal expira el 18 de diciembre de 1997. Se encuentra pues el tribunal en tiempo para producir su decisión.

6. Hechos en que se fundan las pretensiones y excepciones

El tribunal hará referencia a los hechos en que estas se fundan y a las excepciones propuestas, en un capítulo posterior.

7. Pruebas

Fueron decretadas, practicadas y tenidas como pruebas las siguientes:

Pedidas por Ferrovías con su demanda inicial:

1. Documentales

Los documentos acompañados con la demanda de Ferrovías y los relacionados en los numerales 1.2, 1.2.1. a 1.2.10 del acápite de pruebas del mismo libelo.

Oficios

Se libraron los siguientes oficios:

A. Al secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que remitiera con destino al proceso copias auténticas de:

- Antecedentes, informes, memorandos y correspondencia, relacionados exclusivamente con los fallidos procedimientos para lograr el cierre financiero del crédito ofrecido por el Banco do Brasil, relacionado en la propuesta del consorcio.

- Fotocopia auténtica de la Resolución 4876 de 22 de noviembre de 1991, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

B. Al representante legal del consorcio, para que allegara copia auténtica de las declaraciones de importación, de los bienes o ítems respecto de los cuales es aplicable la fórmula de reajuste en moneda de los Estados Unidos de América con índices brasileños.

C. A la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante exhorto al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que remita con destino a este proceso fotocopias de los documentos “economic indicators” y “producers price indexes”, documentos que señalan los índices de inflación sectorial en la economía de los Estados Unidos de América.

D. Respecto al oficio que Ferrovías solicitó remitir al secretario general de Ferrovías, el tribunal encontró que por cuanto la solicitud procedía de la misma parte que pide la prueba, no era necesario librar el oficio requerido y en su lugar ordenó que Ferrovías remitiera, en el término de diez (10) días, los documentos no acompañados con la demanda y que reposaran en esa empresa y los siguientes:

- Copias auténticas de los antecedentes, informes, memorandos y correspondencia relacionados exclusivamente con los fallidos procedimientos para lograr el cierre financiero del crédito ofrecido por el Banco do Brasil, relacionados en la propuesta del consorcio.

- Copias auténticas de los antecedentes, informes, memorandos y correspondencia, relacionados con la negociación, de la fórmula de reajuste en moneda americana relativas a la cláusula decimoctava del contrato de obra pública 01-0060-0-95.

2. Dictamen pericial

El tribunal no encontró procedente la solicitud de Ferrovías de la práctica de inspección judicial sobre documentos que estaban en poder de esa misma empresa y en su lugar ordenó aportarlos al proceso. Además, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal denegó la inspección judicial solicitada por considerar que la prueba pericial era suficiente para la verificación de los hechos que interesaban al proceso.

El tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial a cargo de dos peritos economistas, con especialidad en matemáticas financieras, para que dictaminaran sobre los siguientes puntos:

2.1. Por solicitud de Ferrovías

Que estudiadas las pretensiones de la demanda, las pruebas que obran en el proceso, y los documentos relativos a la fórmula de reajuste en moneda americana, emitieran concepto o dictamen sustentado, especificando la metodología, las razones matemáticas y científicas de su estudio y conclusiones, adjuntando las memorias de los cálculos financieros, para que establecieran:

- Las diferencias entre el reajuste aplicando índices brasileños e índices de los Estados Unidos de América.
- Verifiquen los índices sectoriales de los Estados Unidos, con los cuales se trabaja el petitorio de la demanda.
- Revisen y verifiquen los anexos 1º y 2º, que se acompañan a la demanda de Ferrovías, y que en consecuencia analicen las pretensiones económicas respecto del conjunto de bienes y servicios sujetos a la cláusula de reajuste en moneda de los Estados Unidos de América.
- Que en consecuencia determinen el valor de los intereses, y costos financieros, en que ha incurrido Ferrovías, respecto de la diferencia entre el reajuste aplicando índices brasileños y el reajuste aplicando índices de los Estados

Unidos de América.

• Que analicen y establezcan la diferencia del precio CIF US\$ 530, precio real de transacción del ítem rieles frente al precio contenido en la oferta de CID US\$ 830 por tonelada, determinando los costos financieros e intereses sobre el valor de la diferencia en que haya incurrido Ferrovías.

2.2. Por solicitud del consorcio

- a) Cuáles fueron los servicios, mano de obra, equipos, bienes y materiales que en desarrollo del contrato 01-0060-0-95 han sido utilizados por el consorcio y que provienen de los Estados Unidos de Norteamérica;
- b) Qué valor representa, dentro de los ítems y precios del contrato 01-0060-0-95 y de los actos de obras liquidados en desarrollo del mismo, los servicios, mano de obra, equipos, bienes y materiales a que se refiere el literal precedente, y
- c) Establecer la diferencia entre el precio de los ítem rieles ofrecidos por el consorcio y el ofertado por los demás proponentes de la licitación pública internacional LPI-001-92.

2.3. Confrontar su dictamen con el experticio rendido por los ingenieros Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz, que se acompañó a la demanda del consorcio y a la contestación de la demanda de Ferrovías y de su reforma.

2.4. Prueba de oficio

El tribunal dispuso, de oficio, que los peritos se pronunciaran adicionalmente en su dictamen sobre los siguientes puntos:

- a) La idoneidad y veracidad de las conclusiones consignadas por los señores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz, en el documento técnico aportado bajo el nombre de “prueba pericial anticipada” por el Consorcio Constructora, y
- b) Cuáles métodos se utilizaron para responder el cuestionario contenido en el documento anterior y su validez respecto a los asuntos sometidos a este tribunal.

Se designaron como peritos a los doctores Diego Salazar Valencia y Guillermo Castro, quienes rindieron en forma conjunta su dictamen sobre nueve de los once puntos sometidos a su experticio. Para rendir dictamen sobre los puntos en que discreparon los anteriores, se designó como perito al doctor Bladimiro Hernando Zea, quien lo presentó oportunamente. De este último dictamen el apoderado de Ferrovías solicitó aclaración y complementación, las cuales fueron surtidas en su momento.

II. Pruebas pedidas por las sociedades en consorcio en la contestación de la demanda inicial de Ferrovías:

1. Documentales

Los documentos aportados por el consorcio en la contestación de la demanda y relacionados en el acápite de pruebas.

1.1. Oficios

Se libraron oficios a la secretaría general de Ferrovías para que enviara copia auténtica de:

- a) Documentos de evaluación de la licitación pública internacional LPI-001-92, y
- b) Carta del presidente de Ferrovías, doctor Julián Palacios Luján, dirigida a la Revista Cambio 16 en el mes de enero de 1997, en relación con aspectos atinentes al contrato 01-0060-0-95.

2. Experticio

De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 se tuvo como prueba la segunda parte del experticio de los señores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz, profesionales especializados, presentado por el consorcio.

2.1. Dictamen pericial

El dictamen pericial decretado por solicitud de Ferrovías, se complementó con el cuestionado propuesto por el consorcio.

III. Pedidas por Ferrovías con la reforma de la demanda

Por tratarse de las mismas pruebas solicitadas con la demanda inicial, se prescindió de decretarlas nuevamente.

IV. Pedidas por el consorcio en la contestación de la reforma de la demanda

1. Documentales

Además de las presentadas inicialmente con la contestación de la demanda y sus anexos, se decretaron las siguientes:

1.1. Los documentos enunciados como pruebas anexas números 12 y 13 literal a) del capítulo VII, pruebas, del escrito de contestación de la reforma de la demanda.

1.2. Documento denominado anexo 1 acompañado a contestación de la reforma de la demanda, en el cual se describe el comportamiento de las fórmulas de reajuste de la componente en moneda extranjera, durante la ejecución del contrato.

1.3. La que bajo la denominación de pruebas anexa 14 se acompañó a la inicial contestación de la demanda de Ferrovías.

2. Oficios

2.1. Se libró oficio a la secretaria general de Ferrovías para que enviara copia auténtica de:

- Concepto jurídico rendido por el doctor Hernán Guillermo Aldana, después de la adjudicación de la licitación pública internacional LPI-001-92 y antes de la celebración del contrato de obra pública 01-0060-0-95 en relación con el proceso de adjudicación.
- Concepto jurídico dado a Ferrovías por la abogada Ana María Ruan antes de la celebración del contrato de obra pública 01-0060-0-95.
- Los que reposen en la o las carpetas abiertas por la oficina jurídica de Ferrovías que correspondan al contrato de obra pública 01-0060-0-95 relativos a la viabilidad de la adjudicación de la licitación LPI-001-92 y a la viabilidad de la celebración del mencionado contrato.
- Todas las comunicaciones dirigidas por el Banco do Brasil a Ferrovías y relacionadas con la oferta de financiación presentada a esta última entidad, para el financiamiento de la reconstrucción de la vía férrea en el tramo La Loma - Santa Marta.
- Oficio 001172 del 5 de agosto de 1993, dirigido por Ferrovías al jefe del Departamento Nacional de Planeación, doctor Armando Montenegro.
- Oficio 001173 de 6 de agosto de 1993, dirigido por Ferrovías al Director General de Crédito Público, doctor Jorge Castellanos Rueda.
- Oficio 00377 de 6 de agosto de 1994, dirigido por Ferrovías a los representantes legales del consorcio Salgado Meléndez C.E.I., doctores Miguel Meléndez M., Ramiro de la Vega y Enrique Mariño.

- Oficio 000136 de 18 de febrero de 1995, dirigido por Ferrovías al Banco do Brasil S.A. a la señora María Ángela Cruz Auler.

- Oficio GECEX/ADFEX/CEFEX/61 del 08-03-95 que le dirigió Ferrovías al Banco do Brasil suscrito por María Ángela Cruz Auler, gerente de operaciones, y por Aldemar Mattos Filho, gerente adjunto de operaciones del Banco do Brasil.

1.3. Al secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que enviara copia auténtica de los siguientes documentos:

- Carta de 1º de diciembre de 1994 dirigida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Guillermo Perry Rubio, al Ministerio de Hacienda de la República Federativa de Brasil, doctor Ciro Gómez,

- Resolución 2985 de 16 de septiembre de 1992, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3. Experticios

De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, se tuvieron como pruebas los experticios rendidos por la institución Price Water House, y por los profesionales especializados señores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz (primera y segunda parte).

4. Dictamen pericial

El dictamen pericial decretado por solicitud de Ferrovías, se complementó con el cuestionario propuesto por el consorcio.

V. Pruebas pedidas por el consorcio en su demanda contra Ferrovías

1. Documentales

Se tuvieron como pruebas documentales las aportadas por el consorcio con su demanda contra Ferrovías, relacionadas en los numerales 1 a 11.1 del acápite de pruebas (fls. 112 a 116), más las enunciadas como anexos de la demanda.

1.1. Oficios

Se libró oficio Ferrovías para que, con destino a este proceso, enviara copia de la totalidad de las actas de obra y de las actas de reajuste, debidamente rubricadas por ambas partes, que existieran en la fecha en que se diera respuesta a este requerimiento.

2. Experticios

2.1. De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, se tuvo como prueba el experticio de la institución Price Water House de 30 de junio de 1995, aportado por el consorcio en la demanda contra Ferrovías.

2.2. Se tuvo como prueba el experticio de los señores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales, presentado por el consorcio en su demanda.

VI. Pedidas por Ferrovías en la contestación de la demanda del consorcio

1. Documentales

En su valor legal se tuvieron como pruebas las documentales que se anexaron a las demandas principales y las que se anexaron a la contestación de la demanda y las relacionadas en el capítulo de anexos de la contestación de la demanda de Ferrovías numerales 3.4.1, 3.4.2 y 3.4.2. (sic) (cdno. ppal., fl. 232)

1.2. Oficios

a) Se libró oficio a la dirección general de crédito público con el fin de que remitieran los oficios 4343 del 8 de

octubre de 1993 y 3195 del 2 de agosto de 1993, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así mismo, todos los documentos relativos a la negociación de los créditos ofrecidos por el consorcio para financiar las obras del proyecto La Loma - Santa Marta, que reposaran en los archivos de la dirección de crédito público de ese ministerio.

1.3. No se accedió a la solicitud de Ferrovías de librarse oficio a sí misma, para que enviara todos los documentos relacionados con la negociación de la financiación ofrecida por el consorcio. En su lugar se ordenó a Ferrovías aportarlos al proceso en el término de diez (10) días a partir de la fecha de ese proveído.

2. Testimoniales

Se aceptó la renuncia del apoderado de Ferrovías a la práctica de las pruebas testimoniales de los señores Clemente del Valle, Viviana Lara, Gloria Piedad Cadena y Camilo Gómez, funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quienes debían deponer sobre el proceso de negociación del crédito descrito por Ferrovías en el numeral 1.1. de la contestación de la demanda (cdno. ppal., fl.132 y ss.).

Se recibió el testimonio del señor Gerardo Hernández, secretario general del Banco de la República, acerca de las dificultades legales y constitucionales de operar mediante el mecanismo CCR, propuesto por el Banco do Brasil, en referencia al crédito ofertado por este mismo banco y por el consorcio.

También fue renunciada por el apoderado de Ferrovías y aceptada por el apoderado de la parte contraria, la práctica de la prueba testimonial de Jorge Martínez Luna, director del proyecto, Ingetec, y Jorge Eduardo Chemas, asesor jurídico de Ingetec, quienes debían deponer sobre el proceso de negociación directa al que se refieren los acápite de prueba 25 y 26 de la demanda presentada por el consorcio.

3. Prueba pericial

Los mismos peritos designados para la prueba pericial decretada por solicitud del consorcio efectuaron, por solicitud de Ferrovías, los siguientes peritajes:

- a) Un peritaje económico y financiero sobre las cláusulas 18 y 19 del contrato de obra pública 01-0060-0-95 con el objeto de establecer la diferencia conceptual entre las mencionadas cláusulas, y
- b) Un peritaje sobre las diferentes cuentas presentadas por el consorcio y un peritaje sobre el valor de los reajustes pagados al consorcio.

No se accedió a la petición de la prueba pericial de Ferrovías, tendiente a establecer la filosofía del anticipo en los contratos de obra pública, por parte de la Contraloría General de la República, por ser este un punto de derecho y no uno de carácter técnico.

8. Alegaciones

Las partes presentaron sus alegaciones de conclusión con los cuales reiteraron sus pretensiones y excepciones.

9. Pretensiones de las partes

En la demanda se narra, cómo el ocho (8) de junio de 1992 se abrió la licitación pública LPI-001, para la ejecución de un contrato de obra pública por el sistema de precios unitarios fijos y para la financiación total de los trabajos necesarios para la reconstrucción de un tramo de la red férrea nacional, el comprendido entre La Loma y Santa Marta, incluyendo el diseño, fabricación, montaje y puesta en marcha de la obra, contrato de empréstito, operación de los sistemas de señalización y comunicaciones de la red férrea nacional, línea del Atlántico, que permitieran efectuar el control operativo del tráfico de trenes con el centro de control y comunicaciones desde cualquier punto de la vía férrea por medio de radio y una vez evaluadas aquellas, suscribir los contratos correspondientes de ejecución de obra y de empréstitos con el proponente que presentara la oferta más favorable a los intereses de Ferrovías

2. En el pliego de condiciones, efectivamente, se incorporaron como parte del mismo que “la oferta de financiación

que presente el licitante deberá cubrir totalmente los costos resultantes del proyecto tal como se señala en la parte 5 del pliego” y que “el contrato se sometía a la suscripción de los contratos de empréstito y a la aprobación de autoridades superiores, sin que pueda deducirse responsabilidad alguna para Ferrovías, por la demora o rechazo de esas autoridades, en el estudio y tramitación de los convenios”.

En otras palabras el contrato de obra pública o contrato matriz estaba subordinado a la suscripción de los contratos de empréstito y a la aprobación de autoridades superiores.

De Ferrovías

“1. Que la fórmula de reajuste en moneda extranjera prevista en el contrato 01-0060-0-95 para reconstrucción de la línea férrea entre La Loma y Santa Marta, en su cláusula decimoctava (18) rompió la igualdad o equivalencia económica de las contraprestaciones a las cuales están obligadas las partes desde el momento de proponer. Como se probará más adelante, la aplicación de la fórmula inicialmente prevista en el proceso de licitación generó un desequilibrio económico manifiesto, al conducir a resultados erráticos o perversos en detrimento de los intereses de la entidad pública.

Las fórmulas de reajuste previstas en un contrato de obra pública, tienen como finalidad la de mantener actualizada la ecuación financiera establecida al momento de proponer. Es evidente entonces que la aplicación de una fórmula de reajuste, no puede traducir sobrecostos que alteren la equivalencia de prestaciones inicialmente establecidas. En otras palabras, el objeto teológico de la cláusula de reajuste de precios no es otro que el de compensar las variaciones de los costos del contratista, en razón del tiempo, pero no el de compensarlo de manera tal, que resulte para Ferrovías, exorbitantemente oneroso, más allá de lo buscado por el contrato en aplicación de la cláusula pactada.

Que en consecuencia se debe revisar la fórmula pactada de tal manera que se elimine el desequilibrio económico que surge de su aplicación y se proceda a reemplazarla de la siguiente manera:

$$Q_m = Q_o (A + (1 - A) (0.20 H_m/H_o \times B_o/B_m + 0.80 U_m/U_o \times B_o/B_m))$$

Por

$$A - Q_m = Q_o (A + (1 - A) (0.20 H_m/H_o + 0.80 U_m/U_o))$$

y

$$K_m = K_o (A + (1 - A) (0.15 H_m/H_o \times B_o/B_m + 0.75 F_m/F_o \times B_o/B_m + 0.1 U_m/U_o \times B_o/B_m))$$

por

$$B - K_m = K_o (A + (1 - A) (0.15 H_m/H_o + 0.75 F_m/F_o + 0.1 U_m/U_o))$$

Donde A y B emplean índices sectoriales de los Estados Unidos tal y como estaban contemplados en los pliegos pero sin incluir el valor de un dólar en moneda brasileña; ya que el reajuste establecido por A y B, será suficiente para compensar la variación en los precios a través del tiempo dada la estabilidad de la economía de los Estados Unidos. (intención intrínseca de la fórmula de reajuste en los mercados internacionales).

2. Que de igual manera se elimine toda referencia de la mencionada fórmula al valor de la moneda brasileña con respecto al dólar así como los índices de costos relacionados con Brasil, en particular los publicados por la Fundación Getulio Vargas.

Que en consecuencia se elimine toda referencia en la mencionada fórmula al valor de la moneda brasileña con respecto al dólar así como a los índices de costos relacionados con Brasil.

3. Que en consecuencia, se condene al consorcio, a pagar y restituir en favor de Ferrovías, las sumas percibidas en exceso, por concepto de aplicación de la fórmula de reajuste contenida en la cláusula decimoctava del contrato 01-0060-0-95, que sin limitaciones insulten probadas dentro del proceso y las que determine la ley, la

jurisprudencia y este tribunal.

Que de igual forma se condene al contratista antes mencionado a pagar a Ferrovías el valor de los intereses y costos financieros en que haya incurrido correspondientes al valor total que resultare al establecer la diferencia entre lo pagado por Ferrovías, en virtud de la fórmula pactada, y en virtud de la fórmula corregida propuesta ante este tribunal.

4. Que el laudo arbitral se cumpla por el consorcio, dentro del término de treinta días siguientes a su comunicación, y las sumas de condena (restituciones) se paguen con sus respectivos intereses y costos financieros, de acuerdo con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

5. Que el laudo arbitral autorice a Ferrovías a realizar las comparaciones a que hubiere lugar una vez establecidos los montos de las sumas a restituir o a las que se infieran los numerales 1 a 3 del acápite “declaraciones y condenas”.

Del consorcio:

“1. Que se declare que entre la fecha de adjudicación de la licitación pública LPI-001-92 y la fecha de celebración del contrato 01-0060-0-95, el consorcio incurrió en mayores costos, no imputables al contratista, para la ejecución de las actividades a las que estaba obligado en orden a cumplir con las prestaciones a su cargo, las cuales quedaran definidas en el pliego de condiciones y en el acto de adjudicación de la licitación pública LPI-001-92 y que posteriormente se recogieren en el contrato de obra pública 01-0060-0-95, celebrado entre Ferrovías y el consorcio, teniendo en cuenta para efectos de dicha declaración que los mencionados sobrecostos, los cuales deben ser reconocidos y pagados por Ferrovías, se originaron en la demora en la celebración del contrato 01-0060-0-95, luego de adjudicado este, lo cual se tradujo en el rompimiento del equilibrio económico del mismo.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer el equilibrio financiero del contrato:

a) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio la suma de mil cuatrocientos veinte millones setecientos sesenta mil pesos (\$ 1.420.760.000) correspondiente al valor histórico de los sobrecostos en que incurrió el contratista, o la cantidad o cantidades que se establezcan en el proceso;

b) Se condene a Ferrovías a reconocer y pagar al consorcio el valor actualizado de la suma indicada en la letra numeral precedente, efectuada dicha actualización desde la fecha en que los sobrecostos se causaron y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, tomando en cuenta para ese efecto la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, y

c) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio intereses sobre el valor actualizado conforme a lo establecido en la letra numeral precedente, con base en la tasa de interés moratoria correspondiente al doble del interés bancario corriente certificado por la (*) Superintendencia Bancaria; en subsidio de la petición contenida en esta letra numeral, como primera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria; en subsidio de la primera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como segunda petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el doble del interés legal, esto es, el 12% anual; en subsidio de la segunda petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como tercera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el interés legal del 6% anual; en subsidio de la tercera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral como cuarta petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés que se establezca en el proceso. Cualquiera que sea la tasa de interés con base en la cual se deba efectuar la liquidación, se solicita que dichos intereses sean reconocidos desde la fecha en que se causaron los sobrecostos a que se refiere la pretensión primera y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

3. Que se declare que la clasificación de los ítems a los que se alude en el hecho 7 del capítulo VIII de esta demanda, los cuales están ubicados en el grupo de ajuste de “movimiento de tierra, balasto y sub balasto” en vez de en el grupo de ajuste de “superestructura, puentes y obras de arte” no permite que al aplicar las fórmulas de reajuste de la componente en pesos se actualicen integralmente los precios reconocidos y por reconocer al contratista, situación no imputable a este, que genera un desequilibrio económico, el cual ha afectado

patrimonialmente. al consorcio y que deben ser corregidos por Ferrovías.

4. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a Ferrovías efectuar los cambios pertinentes en la forma de aplicación de las fórmulas de reajuste, de manera tal que los ítems a los que se hizo referencia en el numeral anterior sean clasificados en el grupo de ajustes de “superestructura, puentes y obras de arte”.

5. Que se declare que el grado de incidencia de los combustibles en la fórmula de reajuste para los ítems correspondientes al grupo de ajuste de “movimiento de tierra, balasto y sub balasto” no permite actualizar integralmente los precios reconocidos y por reconocer al contratista, situación no imputable a este, que genera un desequilibrio económico, el cual ha afectado patrimonialmente al consorcio y debe ser corregido por Ferrovías.

6. Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la revisión de la fórmula de reajuste de la componente en pesos correspondientes al grupo de ajuste de “movimiento de tierra, balasto y sub balasto” en la siguiente forma o en la que se determine en el proceso:

$$P_m = P_o(A + (1 - A)(0.43 S_m/S_o + 0.43 E_m/E_o + 0.14 C_m/C_o))$$

7. Que como consecuencia de las declaraciones a que se refieren las pretensiones tercera a sexta y para restablecer el equilibrio financiero del contrato:

a) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio la suma de mil ciento noventa y cinco millones ochocientos setenta y cinco mil quinientos treinta y siete pesos con 5/100 (\$ 1.195.875.537.05) por concepto de la diferencia entre los valores pagados por Ferrovías, por concepto de los reajustes de la componente en pesos colombianos de los ítems correspondientes a los dos grupos de ajuste previstos en el contrato, y los que en realidad permiten actualizar los precios, de acuerdo con los ajustes a la clasificación que se incluyen en el numeral 16 del capítulo VIII de esta demanda y de acuerdo con la fórmula definida en el numeral 18, en armonía con el 17, del capítulo VIII de esta demanda y bajo el entendido de que la suma antedicha insulta de la liquidación malizada hasta el acta de reajuste correspondiente al mes de noviembre de 1996, o, en defecto de lo anterior que la aludida condena se imponga por la cantidad o cantidades que se establezcan en el proceso;

b) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio las sumas que resulten de reliquidar las actas de reajuste de los meses posteriores al mes de noviembre de 1996 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme a los mismos parámetros a que se alude en la letra numeral precedente, o en defecto de lo anterior que la aludida reliquidación y pago se hagan con base en lo que se establezca en el proceso;

c) Se condene a Ferrovías a reconocer y pagar al consorcio el valor actualizado de las sumas indicadas en las dos letras numerales precedentes, efectuada dicha actualización desde la fecha en que se presentaron o presenten las actas de reajuste y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, tomando en cuenta para ese efecto la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, y

d) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio intereses sobre los valores actualizados conforme a lo establecido en la letra numeral precedente, con base en la tasa de interés moratoria correspondiente al doble del interés bancario corriente certificado por la (*) Superintendencia Bancaria; en subsidio de la petición contenida en esa letra numeral, como primera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria; en subsidio de la primera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como segunda petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el doble de interés legal, esto es, el 12% anual; en subsidio de la segunda petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como tercera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el interés legal del 6% anual; en subsidio de la tercera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como cuarta petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés que se establezca en el proceso. Cualquiera que sea la tasa de interés con base en la cual se deba efectuar la liquidación, se solicita que dichos intereses sean reconocidos desde la fecha en que se presentaron las actas de reajuste y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

8. Que se declare que el mecanismo de reajuste del anticipo y el mecanismo de reajuste del pago anticipado, tanto de la porción cubierta en moneda nacional como de la porción cubierta en moneda extranjera, y que fueron

contemplados en el contrato 01-0060-0-95, en su cláusula decimonovena, y en el contrato adicional 01-0060-3-96, en su cláusula sexta, no permiten actualizar integralmente los precios reconocidos o por reconocer al contratista y pagados o por pagar con cargo a dicho anticipo o pago anticipado, situación no imputable a aquel que genera un desequilibrio económico, el cual ha afectado patrimonialmente al consorcio y que debe ser corregido por Ferrovías.

9. Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer el desequilibrio financiero del contrato, en lo concerniente con el reajuste del anticipo contemplado en la cláusula decimonovena del contrato 01-0060-0-95:

a) Se condene a Ferrovías a pagar al consorcio la suma de mil doscientos cincuenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y dos mil seiscientos treinta y tres pesos (\$ 1.254.652.633) y la suma de tres millones trescientos setenta y un mil novecientos sesenta y un dólares de los Estados Unidos de América con 38/100 (US\$ 3.371.961.38), o la cantidad o cantidades que se establezcan en el proceso;

b) Se condene a Ferrovías a reconocer y pagar al consorcio el valor actualizado de la suma en moneda legal indicada en la letra numeral precedente, efectuada dicha actualización desde el 11 de mayo de 1995, fecha de suscripción del acta de iniciación de obra, y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, tomando en cuenta para ese efecto la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, y

c) Tratándose de la suma en moneda legal debidamente actualizada, se condene a Ferrovías a pagar al consorcio intereses, a la tasa de interés moratoria correspondiente al doble del interés bancario corriente codificado por la (*) Superintendencia Bancaria; en subsidio de la petición contenida en esa letra numeral, como primera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria; en subsidio de la primera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como segunda petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el doble del interés legal, esto es, el 12% anual; en subsidio de la segunda petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como tercera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el interés legal del 6% anual; en subsidio de la tercera petición subsidiaria contenida en la presente letra numeral, como cuarta petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés que se establezca en el proceso.

Tratándose de la suma en moneda extranjera, se condene a Ferrovías a pagar a la constructora intereses a la tasa libor más un punto o a la tasa que se establezca en el proceso. Cualquiera que sea la tasa de interés con base en la que se deba efectuar la liquidación, se solicita que dichos intereses sean reconocidos desde el 11 de mayo de 1995, fecha de suscripción del acta de iniciación de obra, y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

10. Como petición subsidiaria a la contenida en la letra c) del numeral precedente, se condene a Ferrovías a pagar al consorcio intereses sobre el valor actualizado de la suma en moneda legal y sobre el valor equivalente en pesos colombianos de la suma determinada en dólares de los Estados Unidos de América, aplicando la tasa de cambio del día anterior a la fecha del pago, intereses estos que se liquidarán a la tasa de interés moratoria correspondientes al doble del interés bancario corriente certificado por la (*) Superintendencia Bancaria; en subsidio de la petición contenida en este numeral, como primera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés bancario comente certificada por la Superintendencia Bancaria; en subsidio de la primera petición subsidiaria contenida en este numeral, como segunda petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el doble de interés legal, esto es, el 12% anual; en subsidio de la segunda petición subsidiaria contenida en el presente numeral, como tercera petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en el interés legal del 6% anual; en subsidio de la tercera petición subsidiaria contenida en este numeral, como cuarta petición subsidiaria, que la condena de intereses solicitada se decrete con base en la tasa de interés que se establezca en el proceso. Cualquiera que sea la tasa de interés con base en la cual se deba efectuar la liquidación, se solicita que dichos intereses sean reconocidos desde el 11 de mayo de 1995, fecha de suscripción del acta de iniciación de obra y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

11. Que como consecuencia de la declaración a que se refiere el numeral 8° de esta demanda y para restablecer el equilibrio financiero del contrato, en lo concerniente con el reajuste del pago anticipado, contemplado en la cláusula sexta del contrato adicional 01-0060-3-96, se ordene a Ferrovías efectuar los ajustes, realizar las

liquidaciones y producir los pagos a que haya lugar en virtud de la mencionada declaración, teniendo en cuenta para el efecto que sobre los valores adecuados se debe producir su actualización, en la forma señalada en la letra b) del numeral 9° de las pretensiones de esta demanda y que sobre tales valores actualizados se deben reconocer intereses, en la forma solicitada en la letra c) del mismo numeral 9° o en la forma subsidiaria planteada en el numeral 10 del capítulo de pretensiones de esta demanda.

12. Que sobre la cantidad líquida reconocida a favor del consorcio y a cargo de Ferrovías, como insultado del laudo arbitral que se dicte en el curso del presente proceso, se ordene a esta última entidad el reconocimiento y pago de intereses comerciales, tomando en cuenta la tasa de interés bancario corriente codificada por la (*) Superintendencia Bancaria para las condenas en moneda legal y la tasa libor más un punto o a la tasa que se establezca en el proceso para las condenas en moneda extranjera, desde la fecha de ejecutoria del laudo y durante los seis meses subsiguientes a la ejecutoria del mismo, así como el reconocimiento y pago de intereses moratorios, a una tasa equivalente al doble del interés bancario corriente que certifica la Superintendencia Bancaria para las condenas en moneda legal y equivalente a la tasa libor más dos puntos o a la tasa que se establezca en el proceso para las obligaciones en moneda extranjera, desde la fecha en que se cumpla el plazo antes indicado y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

13. Como petición subsidiaria a lo anterior que sobre la cantidad líquida reconocida a favor del consorcio y a cargo de Ferrovías, como resultado del laudo arbitral que se dicte en el curso del presente proceso, previa conversión a moneda legal de las obligaciones determinadas en dólares de los Estados Unidos de América, tomando para el efecto la tasa de cambio de la fecha de ejecutoria del fallo, se ordene a Ferrovías el reconocimiento y pago de intereses comerciales, desde la fecha de ejecutoria del laudo y durante los seis meses subsiguientes a la ejecutoria del mismo, así como el reconocimiento y pago de intereses moratorios, desde la fecha en que se cumpla el plazo antes indicado y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

10. Contestación de las demandas y relación de las excepciones propuestas.

Trabada la relación procesal, el tribunal en los términos previstos en el artículo 16 ordinal 4° del Decreto 2651 de 1991, resolvió las excepciones previas propuestas por Ferrovías en la primera audiencia de trámite, declarando su competencia para dirimir los puntos o temas sometidos a su imperio.

El consorcio, en la contestación a la demanda planteó como excepciones la inexistencia del desequilibrio económico, la inexistencia de exceso en las sumas pagadas al consorcio y una transacción parcial, las que se decidirán en este laudo por ser excepciones de mérito.

La excepción de transacción parcial, no la recoge el tribunal como la transacción descrita en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil que es la judicial y que versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas y que se puede proponer como excepción previa, sino como un acuerdo o protocolo entre las partes, para aceptar pagos parciales de las sumas resultantes de la aplicación de las fórmulas de reajuste de la componente en moneda extranjera del contrato, mientras se resolvían las diferencias surgidas por la aplicación de dichas fórmulas. En otras palabras, para ninguna de las partes habría lugar al cobro de intereses, por razón de las sumas que por acuerdo de las partes o por decisión del tribunal, debieran cancelar.

En efecto reposan en el expediente las actas de acuerdo que reflejan el pago de las facturas de reajuste de la componente en moneda extranjera

Consideraciones del Tribunal

1. De los sobrecostos por la mayor permanencia ante la demora en la suscripción del contrato. Legislación aplicable

Una de las primeras cuestiones que debe resolver el tribunal de arbitramento es la legislación que debe aplicar al caso controvertido, toda vez que el contrato fue adjudicado mediante Resolución 470 de 19 de marzo de 1993, cuando no había entrado en vigencia la Ley 80 de 1993, y, por tanto, continuaban rigiendo las disposiciones del Decreto 222 de 1983, la mayoría de las cuales fueron derogadas a partir del 1° de enero de 1994. El contrato 01-0060-0-95 se suscribió el 29 de marzo de 1995.

Como el punto en cuestión en esta parte es si el contratista tiene derecho o no al reconocimiento de sumas de dinero por la mayor permanencia presentada en el momento de la adjudicación del contrato y el perfeccionamiento y ejecución del mismo con el pleno de las formalidades legales, es importante precisar si el concepto de equilibrio financiero del contrato es figura nueva en la actividad contractual del Estado o fue tomada de la experiencia de los ordenamientos jurídicos, de los principios generales del derecho y de los propios textos constitucionales vigentes.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991, cuando Colombia se inscribe en el marco de un Estado social de derecho, se obliga a garantizar un “orden político, económico y social justo, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”.

Desde hace muchos años la doctrina y la jurisprudencia vienen elaborando diversas tesis sobre los conceptos de justicia y equidad, conocida esta última por el antiguo derecho romano como una forma de adaptar la ley a la regulación de los intereses sociales, defendida en cada momento por los sistemas jurídicos. La equidad es guiada por el sentimiento del deber o de la conciencia más bien que por prescripciones legales.

Y sobre la base de la equidad, el constituyente construyó el principio de la buena fe, incorporándolo al texto de la Carta Política, que debe presumirse en las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades. Dicha presunción no puede desvirtuarse simplemente afirmando que el particular no probó el sustento de sus peticiones o que un tránsito de legislación pone en duda el fundamento de sus solicitudes, cuando hay otras formas de apoyarlas.

Si leemos la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso para afirmar la intención del gobierno de introducir modificaciones sustanciales a la contratación estatal, encontramos que una de sus finalidades es “cumplir los cometidos estatales y obtener la eficiente prestación de los servicios a cargo de las entidades estatales”, ... todo ello buscando recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales, a la vez que permite la aplicación de las normas civiles y comerciales en materia contractual, tanto de las normas imperativas como de las supletivas, cuando los contratantes no han determinado las reglas “a las que se someterán o lo han realizado de manera defectuosa o deficiente”.

Al hablar sobre el tema de la ecuación contractual, consagrada expresamente en uno de los artículos del proyecto en la exposición de motivos leemos:

“La doctrina no es uniforme cuando se trata de fundamentar la razón de la salvaguardia de la ecuación económica. Unos la fundamentan en la inviolabilidad de la propiedad, otros en el bien común; para algunos la causa se encuentra en la igualdad ante las cargas públicas; en el equilibrio del patrimonio dañado por otros y en la equidad algunos más. Sin importar la tesis que se adopte, lo que resulta innegable es la uniformidad de la doctrina y también de la jurisprudencia en cuanto al equilibrio financiero. Entonces, constituye un gran avance la consagración legal expresa de este derecho”.

Como podemos ver el problema del equilibrio financiero del contrato no es la falta de su consagración legal, pues aun sin norma podía ser reconocido, si no la decisión del legislador de regular el tema, precisando los elementos que constituyen la ecuación contractual propiamente dicha.

Dice el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 sobre el tema de la ecuación contractual lo siguiente:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para el restablecimiento”.

Cuando la ley habla de derechos y obligaciones al momento de proponer está amparando al posible contratista desde antes de iniciar su relación contractual, con tal que su propuesta sea escogida como la mejor, con base en los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos de condiciones.

No podemos decir, entonces, que los contratos de derecho público, conocidos hoy como contratos estatales, se

regían exclusivamente por normas de derecho público bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983. Véase la sentencia de mayo 13 de 1988, expediente 4303, de la cual fue ponente el doctor Carlos Betancur Jaramillo, quien discurre:

“En todo contrato existen ciertos requisitos: los de su esencia, que no pueden faltar so pena de que no exista o que se dé otro convenio no querido; los de la naturaleza, que se entienden pertenecerle sin necesidad de un cláusula especial, pero que no son de su esencia; y los accidentales que se convienen mediante cláusulas especiales, pero que ni esencial ni naturalmente le pertenecen.

“Ahora bien, en los contratos administrativos (hoy contratos estatales) igualmente concurren esos requisitos (L. 80/93, art. 40, inc. 1º). El hecho de que estén regulados, en principio, por normas de derecho público, no desvirtúa este aserto, porque las que contemplan el efecto de las obligaciones en general demandas de estos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se regirán por las normas del derecho privado (civil o comercial).

“Lo precedente le ha permitido a la doctrina afirmar que en el campo de la contratación pública no existen contratos exclusivamente regulados por el derecho público ...

“Y si la administración contrata con una persona particular que al hacerlo está ejecutando un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

“Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc.

“En este orden de ideas, se destacan los siguientes aspectos jurídicos de carácter general:

“1. Que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro (C. Co., art. 831) ...

2. Que la indemnización de perjuicios, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se debe por no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento (C.C., art. 1613).

3. Que los contratos, que deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligarán no solo a lo pactado, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (C. Co., art. 871)” (sent. citada arriba).

De otra parte como si fuera poco el estudio ya citado, la jurisprudencia nacional ha venido evolucionando en este punto para deducir que la responsabilidad debe unificarse, sin hablar de responsabilidad extracontractual o contractual, cuando se interpreta la voluntad de las partes, lo que querían o buscaban con la celebración del contrato” (sent. oct. 10/94, exp. 833, C.P. Carlos Betancur Jaramillo).

Podemos decir, entonces, ¿que el tránsito de legislación que se dio en el caso presente obstaculiza la reclamación por mayor permanencia, en las condiciones propuestas en la demanda, o con las precisiones dadas en la contestación de la misma sobre el tema? No lo cree así el tribunal y por ello deberá proferir en el laudo decisión de fondo al respecto.

Así, al exigir el artículo 863 del Código de Comercio que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen, estamos reafirmando lo expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que explicó el alcance de la norma mencionada, al decir:

“A propósito de la responsabilidad precontractual la doctrina ha concluido que los actos tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato” (sent. jun. 28/89).

El apoderado de Ferrovías S.A. argumenta, empero, que la no suscripción del contrato de empréstito debe

endilgarse al contratista y no a su mandante, lo que debe ser descartado por el tribunal atendiendo a los siguientes razonamientos:

El contrato de empréstito, al decir del Decreto 222 de 1983 “es aquel que tiene por objeto proveer a la entidad contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para el pago”. Similar definición trae la Ley 80 de 1993 en el artículo 41 parágrafo 2º, pero con la denominación genérica de operaciones de crédito público. En tales relaciones contractuales las partes son una entidad pública y un particular u otro Estado, pero no puede decirse que el contratista de una obra pública deba necesariamente intervenir en la actividad contractual para la celebración del contrato de empréstito, sin otorgarle a ese particular una categoría y preeminencia que ni la situación de hecho ni la ley le dan.

Los contratos de empréstito tienen una limitante y es que sus recursos no pueden comprometerse mientras no estén perfeccionados y desembolsados los dineros del empréstito respectivo, sin que pueda decirse que la falta de disponibilidad de los mismos impidan el reconocimiento de las indemnizaciones que se deban a un contratista por las dificultades que se presentan en la etapa precontractual de un contrato de obra pública o de prestación de servicios o cualquiera otro de los autorizados por la ley.

Pero ¿puede la administración en el pliego de condiciones afirmar que no se le debe derivar responsabilidad alguna si el contrato de empréstito no se perfecciona por cualquier causa y tal cláusula es válida?

No lo considera así el tribunal porque cuando se suscribió el contrato ya estaba vigente la Ley 80 de 1994 y en ella el legislador dispuso en el artículo 24, numeral 5º, literal d) al referirse al contenido de los pliegos de condiciones que “no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”, norma aplicable tanto a la entidad estatal como al particular contratista, e igualmente consagró en el artículo 26, numeral primero, que “los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

La responsabilidad, entonces, no puede excluirse de la actividad contractual del Estado, por la simple inclusión de cláusulas de no responsabilidad pues ello atentaría contra la equidad, los principios generales del derecho y el principio de la buena fe elevado a canon constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Es decir, que los fundamentos expuestos permiten al tribunal concluir que existen razones jurídicas, tanto del derecho positivo como doctrinales y jurisprudenciales, para reconocer que la mayor permanencia del contratista al causar unos costos adicionales, rompieron el equilibrio contractual y, por tanto, dicho equilibrio debe ser restablecido por la entidad estatal en favor del contratista.

Dicha compensación debe ser “integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato”.

No obstante las reflexiones de orden doctrinario y jurisprudencial que resultan ilustrativos, lo mismo que el antecedente contenido en el Decreto Ley 222 de 1983 sobre equilibrio financiero, este Tribunal de Arbitramento sostiene que el asunto *sub lite* está regido por la Ley 80 de 1993 que también disciplina con precisión y claridad las relaciones jurídicas entre los contratantes porque si bien es cierto que el contrato de obra pública que ató a los contendientes fue adjudicado mediante la Resolución Administrativa 470 expedida el 19 de marzo de 1993, también lo es de manera evidente que aquel se celebró el 29 de marzo de 1995, e inició el 11 de mayo del mismo año cuando estaba vigente el estatuto contractual de la administración pública adoptado por la mencionada ley.

En efecto, el artículo 78 de la ley de contratación, dispone: “De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso en la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”.

Como se observa del ordenamiento sustancial transcrito, resulta inaplicable en este ámbito jurídico el parágrafo único del Decreto 679 de 1994 (mar./28) reglamentario de la Ley 80 de 1993, que estatuye que “los contratos que se celebren como consecuencia de concursos o licitaciones abiertas bajo la vigencia de legislación anterior a la Ley

80 de 1993 se sujetarán a las disposiciones de la ley bajo la cual se inició el proceso de selección”, por haber excedido el Presidente de la República la potestad reglamentaria contraria a la Constitución, lo que equivale a que este funcionario de calificada jerarquía se constituyó en legislador, razón por la cual ha de acudirse a la regla de oro de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta Política que expresa: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán a las disposiciones constitucionales”.

De otra parte, esta providencia se fundamenta además, objetiva y razonablemente, en el artículo 90 de la Carta sobre la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputados, aplicable no solo a lo extracontractual sino a la contractual, pues el precepto no establece excepciones, todo en armonía con el canon 83 de la misma Constitución que consagró la regla universal de que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

Es decir, que si en el caso materia de examen se comprueba que entre el momento en que se hizo la oferta pública, se ordenó la adjudicación y se celebró el contrato surge un desequilibrio de las bases del negocio debe (sic) equilibrarse la relación negocial.

Historian los hechos que el once (11) de junio de 1992 Ferrovías abrió la licitación LP-001, cuyo alcance fue precisado en el pliego de condiciones⁽¹⁾. La licitación se cerró el ocho (8) de octubre del mismo año y fue adjudicada, mediante la Resolución 470 del 19 de marzo de 1993, al Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A., Conciviles, bajo las siguientes modalidades:

1. ”Ejecución de las obras por el sistema de precios unitarios fijos con fórmula de ajuste y de empréstito para la financiación total de los trabajos necesarios para la reconstrucción del tramo de la red férrea nacional comprendido entre la Loma y Santa Marta, incluyendo el diseño, fabricación montaje y comunicaciones de la red férrea nacional, línea del Atlántico que permitan efectuar el control operativo del tráfico de trenes con el centro de control y comunicaciones desde cualquier punto de la vía férrea por medio de radio.
2. El valor inicial del contrato fue de US\$ 91.527.663 dólares y un plazo de ejecución de 546 días”.

En el artículo segundo (2º) del pliego de condiciones⁽²⁾, se convino negociar con el adjudicatario lo relativo a las cantidades de obra del contrato y los programas de ejecución, para que en un término de sesenta (60) días contados a partir de la notificación de adjudicación, el consorcio realizara los ajustes convenidos con Ferrovías.

En efecto, consta que el 17 de junio de 1993 se arribó al primer acuerdo sobre los términos del contrato, del cual surgió un documento que precisó, obras civiles, sistema de señalización, sistema de radio comunicaciones y generales, en el plazo y de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones.

El 13 de marzo de 1995 se celebró el contrato de préstamo con recursos del presupuesto nacional, entre Ferrovías y la Nación, hasta por el equivalente en dólares de \$ 66.095.137.657 moneda legal colombiana y el contrato de obra pública se firmó el 29 de marzo de 1995.

Como entre la fecha de cierre de la licitación (oct. 8/92) y la fecha del acta iniciación (mayo 11/95) transcurrieron 31 meses y 3 días, el consorcio consideró que esa demora lo obligó a incurrir en mayores costos para la ejecución de las actividades a las que estaba obligado en orden a cumplir con las prestaciones a su cargo, definidas en el pliego de condiciones, en el acto de adjudicación y en el primer acuerdo de negociaciones, que se recogieron en el contrato de obra pública 01-0060-0-95, sobrecostos que pretende le sean reconocidos y pagados por Ferrovías, por rompimiento del equilibrio económico del contrato (la negrilla es nuestra).

El tribunal debe desentrañar si, la que denominaremos etapa precontractual, alteró el equilibrio económico del contrato o la ecuación contractual. Si, en efecto como lo aduce el consorcio, el hecho de no haberse celebrado oportunamente el contrato y por consiguiente la iniciación de la obras, resintió sus análisis de precios unitarios, desbordó sus costos fijos que le generaron sobrecostos o costos no previstos, en personal, viajes, arriendos, servicios públicos, etc.

Para un mayor entendimiento sobre las consecuencias de la adjudicación, como punto de arranque de las diferentes etapas de desarrollo de la relación contractual, es pertinente transcribir lo que al respecto expuso el consejero, Gabriel Rojas Arbeláez⁽³⁾.

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

Sea lo primero indagar si el plazo corrido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo cabe dentro de un rango que puede calificarse de normal, o si por el contrario esa demora en el perfeccionamiento del contrato, no solo alteró su equilibrio financiero sino que arrastró el principio de economía, que le impone al contratante que todos los trámites se adelanten con austeridad de tiempo, gastos y medios, a fin de evitar dilaciones y retardos en la ejecución de la relación contractual.

Para resolver este interrogante, es inevitable invocar lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina han desarrollado, en el sentido de que la adjudicación es el acto gestor de la relación contractual.

Ese principio lo reiteraba el Decreto 222 en su artículo 35, de la siguiente manera:

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

La práctica ha enseñado que la profusión de pasos previos al perfeccionamiento de un contrato dilata su ejecución y que esa demora desfasa los precios de las obras y los servicios ofrecidos. Ya es frecuente observar cómo los contratistas reclaman la revisión de los precios ofrecidos en la oferta, por la diferencia entre ella y el perfeccionamiento del contrato.

Lo que ha querido nuestro legislador, apunta a buscar una justa solución a aquellos conflictos en los que por causas ajenas al contratista y no previstas por las partes, se quiebra la ecuación financiera del contrato, negándole al colaborador de la administración su beneficio económico, el que debería recibir, si el contrato lo hubiera podido desarrollar en las condiciones y en los términos previstos inicialmente.

Son pruebas irrefragables que demuestran la demora en la suscripción del contrato las siguientes:

- a) La licitación se adjudicó mediante la Resolución 470 del 19 de marzo de 1993, hecho probado documentalmente, expresado por el consorcio y aceptado por Ferrovías, y
- b) El contrato se firmó el 29 de marzo de 1995, después de un prolongado y dispendioso proceso de negociaciones con prestamistas internacionales y con el Gobierno Nacional, hecho abultadamente probado y admitido por las partes.

Para Ferrovías los sobrecostos en los que manifiesta el consorcio haber incurrido desde el momento de la adjudicación al momento de la suscripción de contrato, ocurrieron por **causas imputables a él mismo**⁽⁴⁾ (la negrilla es nuestra). Agrega Ferrovías, que el trámite para la obtención de líneas de crédito no era solo responsabilidad de la entidad contratante y del Gobierno Nacional, sino igualmente del consorcio y las instituciones financieras de las cartas de intención.

Y se detiene el tribunal en el punto anterior, por cuanto ese derecho —el de que Ferrovías le devuelva y le retorne el equilibrio de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida— era para Ferrovías una situación previsible, imputable únicamente al contratista, que de probarse haría inatendible la súplica de su demanda.

Consta que la propuesta financiera del consorcio incluía tres (3) ofertas de financiación: oferta del Banco do Brasil S.A., en su condición de agente del gobierno brasileño por un monto de US\$ 88.140.000; oferta de financiación del

Bankers Trust por un monto de US\$ 61.000.000 y una oferta de financiación de la CAF, Corporación Andina de Fomento, que podía ser utilizada, a criterio de Ferrovías, para sustituir total o parcialmente la oferta del Bankers Trust.

Está igualmente probado que se presentaron las cartas de intención de las entidades financieras anotadas, con preciso detalle del monto, del plazo, de las garantías pedidas y de los intereses.

1.2. Lo previsto en el pliego de condiciones

Ferrovías, en el pliego de condiciones, previó la posibilidad de una financiación abierta para cancelar el contrato de obra pública, a condición de que se anexara a una oferta técnica específica y que sus condiciones no excedieran las autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ferrovías se reservó el derecho de considerar la oferta de financiación abierta en comparación con la que presentara el correspondiente proponente, si le resultare más favorable la alternativa del otro financiador.

De la misma manera, en el pliego no se permitía que ningún proponente casara su oferta técnica a la propuesta de financiación que estaba obligado a presentar, porque Ferrovías se reservó el privilegio de escoger una oferta de financiación abierta y rechazar la que el proponente favorecido le hubiera presentado.

En el adendo 12 del pliego de condiciones de la licitación pública internacional se decía:

“Una vez adjudicada la licitación y si Ferrovías obtiene recursos propios o créditos en condiciones más favorables que las ofrecidas por el proponente favorecido con la adjudicación, la obra se financiará con estos últimos y el mencionado proponente deberá acogerse a sus términos ...

Y apoyado en la disposición anterior, Ferrovías decidió utilizar un crédito de tesorería con recursos provenientes del presupuesto general de la Nación.

En el hecho 14 de la demanda de la entidad contratante, se dijo textualmente lo siguiente:

“14. Por no lograrse un acuerdo, entre el Ministerio de Hacienda y los organismos de crédito, sobre las condiciones financieras ofrecidas cual Ferrovías solicitó al Gobierno Nacional un crédito de presupuesto, el cual luego de su análisis financiero fue considerado más favorable. La oferta de financiación del Banco do Brasil presentada en la propuesta del contratista, exigía la garantía de la Nación o la garantía CCR (Brasil-Colombia). No obstante, el Banco do Brasil, exigió ambas garantías lo que resultaba inaceptable para el Ministerio de Hacienda.

El hecho de ser más favorable, habilitó la financiación del proyecto, con fundamento en la Resolución 4876 del 22 de noviembre de 1991, que permitía que una vez adjudicada la licitación, y si Ferrovías obtenía recursos propios o créditos en condiciones más favorables que las ofrecidas por el proponente favorecido con la adjudicación, la obra se financiará en estos últimos y el mencionado proponente deberá acogerse a sus términos; por ello, la obra se financió con otro crédito proveniente de una financiación distinta a las presentadas originalmente por el proponente, con recursos provenientes del presupuesto nacional” (cdno. ppal. 1, fls. 15 y 16).

Sencillamente, Ferrovías hizo uso de una de las opciones que había incorporado al pliego de condiciones, porque las condiciones financieras ofrecidas en su propuesta por el consorcio no la colmaron o simplemente porque las condiciones dadas por un crédito del presupuesto nacional las encontró más favorables, comparadas con las que le extendieron el Banco do Brasil, la CAF y el Bankers Trust International.

Lo que rescata el tribunal para enderezar una supuesta responsabilidad del consorcio en la firma del contrato, es que el crédito del Banco do Brasil S.A., no fue la única opción de financiación ofrecida por el consorcio; que las garantías pedidas no iban más allá de contar con la República de Colombia o de banco autorizado para operar CCR (Brasil-Colombia), lo que no constituye doble garantía y que en ninguna de las alternativas de financiación ofrecidas, la adquisición de bienes del país de origen del contratista, era un imperativo para la formalización del contrato de empréstito.

Pues bien, para el tribunal desde el punto de vista probatorio, los hechos contados por Ferrovías carecen de la

suficiente fuerza de convicción para con base en ellos concluir que la demora en la firma o en la suscripción del contrato obedeció a culpa del consorcio. No puede pasarse por alto que Ferrovías admite que las condiciones financieras ofrecidas por el consorcio no permitieron un acuerdo con el Ministerio de Hacienda, sin esforzarse por explicar los motivos y las razones que tuvo esa alta oficina del Estado, para desechar, no una, sino tres soluciones de financiación y para ubicar en la cabeza del adjudicatario responsabilidad en la demora en la firma del contrato, por el hecho de encontrar más favorable, para financiar el proyecto, un crédito del presupuesto nacional.

¿Por qué Ferrovías no exploró esa posibilidad, una vez adjudicado el contrato? ¿Por qué tardó más de dos (2) años para enterarse de que las condiciones de los créditos ofrecidos por el consorcio eran menos ventajosas y más onerosas, que las ofrecidas por el Gobierno Nacional? ¿Por qué no hizo uso de la alternativa de financiación abierta desde un principio?

Se trata ahora de establecer si entre la fecha de adjudicación de la licitación pública LP1-001-92 y la fecha de celebración del contrato 01-0060-0-95, el consorcio incurrió en mayores costos, no imputables a este; si en ese período contentivo de recíprocos derechos y obligaciones entre Ferrovías y el consorcio, por los gastos que efectuó el contratista, se rompió el equilibrio económico del contrato y si los mismos deben ser pagados por el contratante.

El tribunal estima, dadas las particulares condiciones del Estado colombiano en donde impera una excesiva e innecesaria tramitomanía, que un tiempo de seis meses a lo sumo entre la fecha de adjudicación de un contrato y su firma, se puede calificar de normal y por lo mismo cree que uno que exceda ese tiempo, en una obra de gran envergadura y de innegable interés nacional como la reconstrucción de la vía férrea en el tramo La Loma – Santa Marta, desajusta la economía del contrato. Dicho de otra manera el factor tiempo incide en los términos económicos del convenio.

El equilibrio económico financiero del contrato se alteró en el caso *sub lite* porque esa mayor onerosidad fue la resultante de una variación a las condiciones de la relación que nació con la adjudicación de la licitación, originada al margen de la conducta de la administración y pese a la buena disposición del contratista.

En el pliego de condiciones, es cierto, se previó que los costos en que incurriera el consorcio por movilización, instalaciones provisionales y desalojo de las zonas, así como las referentes a vías industriales, campamentos, oficinas, bodegas, talleres y demás edificaciones provisionales y las instalaciones necesarias para los servicios de agua, luz, energía y comunicaciones donde se requieran, no serían reconocidos por Ferrovías como pago por separado. Pero no es menos cierto que, como la firma del contrato era inminente, que como la firma del contrato era una consecuencia inmanente e inseparable al proceso de selección del contratista, que como la firma del contrato seguía al cumplimiento del trámite previsto en el numeral 27 de la primera parte del pliego (adjudicación, perfeccionamiento y legalización del contrato), que el consorcio sí incurrió en mayores costos o sobre costos, no imputables al contratista.

Para una mejor comprensión y previa la advertencia de la dificultad en el manejo de un expediente tan abultado y en torno a los puntos examinados, en el cuadro siguiente, se cotejan las posiciones que sobre los hechos generales de la demanda se cruzaron las partes.

De la lectura y confrontación de esas posiciones, es fácil inferir: Primero, ¿cómo Ferrovías admite en la respuesta al hecho quince (15) que la oferta de la CAF se ajustaba al pliego de la licitación?; segundo, ¿cómo en la respuesta al hecho siete (7), acepta que se inició un largo período tendiente al cumplimiento de los trámites legales para la celebración del contrato? y ¿cómo en la respuesta al hecho catorce (14), Ferrovías vuelve a reconocer que las únicas ofertas que no se ajustaban a las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (las 04876 y 02985/92) eran las del Banco do Brasil y las del Bankers Trust?

Estos hechos admitidos por Ferrovías no solo se tendrán en cuenta probatoriamente, sino que se consideran suficientemente probados. Huelga, entonces, deducir que el consorcio sí cumplió con las condiciones de financiación requeridas por Ferrovías.

1.3. ¿Cómo contestó Ferrovías los hechos generales de la demanda presentada por el consorcio?

Lo que dijo el consorcio	Lo que replicó Ferrovías
1. “Ferrovías convocó públicamente a empresas nacionales y/o extranjeras de ingeniería a participar en la licitación pública internacional LP-001-92”.	Sí es cierto
2. “El objeto de la licitación era obtener propuestas para la reconstrucción del tramo de la red férrea nacional, comprendido entre la Loma y Santa Marta, por el sistema de precios unitarios fijos, incluyendo ofertas para la financiación total de los trabajos”.	Sí es cierto
3. “La licitación pública internacional LP-001-92 se cerró el día 8 de octubre de 1992”.	Sí es cierto
4. “En la licitación pública se presentaron varias propuestas (...)”.	Sí es cierto
5. “Para la evaluación de las propuestas, Ferrovías y el Departamento Nacional de Planeación contrataron firmas consultoras nacionales e internacionales, las cuales elaboraron estudios detallados que sirvieron de base para la adjudicación”.	Sí es cierto
6. “Atendiendo la recomendación del consejo directivo de Ferrovías, la licitación se adjudicó, mediante Resolución 470 del 19 de marzo de 1993, al Consorcio Constructora Norberto Odebrecht, Conciviles S.A., por ser la propuesta que, reuniendo los requerimientos del pliego de condiciones, resultaba ser la más favorable para Ferrovías”.	La afirmación anterior es parcialmente cierta. La licitación se adjudicó a la oferta ganadora, por ofrecer el mejor precio a la entidad (más bajo), de conformidad con la evaluación realizada por las firmas consultoras nacionales e internacionales; sin embargo, y como se observará en esta contestación y en las pruebas que para ello solicitaremos, la oferta presentada por el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht, Conciviles, se apartó de los requerimientos de pliego de condiciones de la licitación LPI-001.92.
7. “Luego de cumplidos por el consorcio, los requisitos indicados en la adjudicación, se inició un largo período para dar cumplimiento a los trámites legales, por parte de Ferrovías y el gobierno colombiano, el cual se extendió aproximadamente por dos años, hasta el 29 de marzo de 1995, fecha en el cual se suscribió el contrato 01-0060-0-95”.	La afirmación anterior es parcialmente cierta y parcialmente falsa por las siguientes razones: 1. Sí es cierto que el consorcio procedió a surtir los requisitos indicados en la resolución de adjudicación; 2. Sí es cierto que inició un largo período tendiente al cumplimiento de los trámites legales para la celebración de un contrato de empréstito externo con garantía de la Nación; 3. No es cierto que dichos trámites legales fueran obligación exclusiva de Ferrovías y del Gobierno Nacional, por cuanto de conformidad con el Decreto 222 de 1983, capítulo XVII, la ley de endeudamiento vigente, la Resolución 4876 del 22 de noviembre de 1991 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que autorizó la iniciación de gestiones por parte de Ferrovías y la cual hace parte integrante de los pliegos de condiciones, el trámite a seguir obligaba a todas las partes involucradas en el mismo: Ferrovías, la dirección general de crédito público, el consorcio y las instituciones financieras emisoras de las cartas de intención.
8. “El contrato se celebró por un total de treinta y tres mil seiscientos dieciséis millones ochocientos setenta	Sí es cierto

<p>mil seiscientos seis pesos con 53/100 (\$ 33.616.870.606.53), más veinticuatro millones trescientos treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y un dólares de los Estados Unidos de América con 86/100 (US\$ 24.339.441.86) y con un plazo de ejecución de dieciocho meses”.</p>	
<p>9. “El valor del contrato se modificó mediante el contrato adicional 01-0060-1-95 de 10 de abril de 1995, quedando en la suma de treinta y un mil cuatrocientos ocho millones setecientos sesenta y cuatro mil doscientos cincuenta y seis pesos con 96/100 (\$ 31.408.764.256.96), más treinta y cinco millones cuatrocientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América con 50/100 (US\$ 35.450.000).</p>	<p>El valor del contrato se amplió en mil quinientos treinta y ocho millones cuarenta y cuatro mil trescientos noventa y un pesos con 85/100, (\$ 1.538.044.391.85) mediante el contrato adicional 01-006-95 de junio 13 de 1995. Mediante contrato adicional 01-0060-3-96 del 7 de noviembre de 1996 se amplió el valor del mismo en catorce mil dieciocho millones seiscientos trece mil ochocientos treinta y cinco pesos con 38/100 (\$ 14.018.613.835.38), más tres millones setecientos un mil cuatrocientos dieciocho dólares con 84/100 (US\$ 3.701.418.84) y se adicionó el plazo de ejecución y vigencia en siete meses”.</p>
<p>10. “(...) El contrato 01-0060-0-95 se inicio el 11 de mayo de 1995”.</p>	<p>Se aclara que el contrato inició su período de ejecución el 11 de mayo de 1995.</p>
<p>11. “La propuesta presentada por el consorcio, no solo satisfacía y cumplía con las expectativas y necesidades de Ferrovías, sino que cumplía con los requisitos y requerimientos establecidos en los pliegos de la licitación pública internacional LPI-001-92, hecho que quedó demostrado por la aceptación de la propuesta y la posterior adjudicación de la licitación por Ferrovías”.</p>	<p>No es cierto. Como demostraremos más adelante, el consorcio presentó una oferta de financiamiento (Banco do Brasil) que no se ajustaba a los términos de la resolución ministerial (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) que hacía parte integrante de los pliegos. El hecho de la adjudicación de la licitación por parte de Ferrovías no significa que la oferta presentada por el consorcio cumpliera con los requisitos y requerimientos establecidos en los pliegos de la licitación.</p>
<p>12. “La propuesta presentada estaba conformada por la oferta técnico-económica y por las ofertas de financiación”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>13. “La oferta técnico-económica comprendía la metodología y programas para la ejecución de los trabajos, los precios y condiciones de los mismos”.</p>	<p>Es cierto como es irrelevante para efectos de la pretensión.</p>
<p>14. “La propuesta de financiación comprendía las ofertas en firme de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Banco do Brasil S.A., hasta un monto total de ochenta y ocho millones ciento cuarenta mil dólares americanos (US\$ 88.140.000). • Bankers Trust y/o CAF, Corporación Andina de Fomento, hasta por un monto total de sesenta y un millones de dólares americanos (US\$ 61.000.000). <p>Estas ofertas de financiación se ajustaban a las condiciones de financiación requeridas por Ferrovías, según las definiciones contenidas en el pliego de condiciones de la licitación pública LPI-001/92, y cumplía además con los requisitos establecidos por las</p>	<p>Es parcialmente cierta y parcialmente falsa por las siguientes razones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La propuesta de financiación comprendían las “ofertas comerciales” citadas en el numeral. 2. Sin embargo, no todas se ajustaban estrictamente a las condiciones de financiación requeridas por Ferrovías, según las definiciones contenidas en el pliego de condiciones de la licitación pública LPI-001-92, y los requisitos establecidos por las resoluciones 4876 y 2985 ambas de 1992 expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 3. No se ajustaban a dichas resoluciones, la oferta de Bankers Trust y la oferta de Banco do Brasil S.A.

<p>resoluciones 4876 del 22 de noviembre de 1991 y 2985 del 16 de septiembre de 1992, expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las cuales fijaban las condiciones de las empréstitos para la financiación de las obras”.</p>	
<p>15. “Para la financiación de las obras Ferrovías optó por las ofertas financiadas del Banco do Brasil y de la CAF, que cumplía con las condiciones financieras fijadas por el pliego de la licitación y por las resoluciones mencionadas, (puede confrontarse el acta de entrega de las minutas de los contratos de empréstitos y acuerdo sobre los plazos de negociación)”.</p>	<p>Es cierto que Ferrovías optó por las ofertas financiadas del Banco do Brasil y de la CAF, pero mientras la oferta de la CAF se ajustaba al pliego de la licitación y a las resoluciones a que hace mención el consorcio, la oferta del Banco do Brasil no se ajustó a los pliegos y a las resoluciones 4876 y 2985 (ambas de 1992) expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.</p>
<p>16. “Las ofertas de financiación se mantuvieron en firme hasta el momento de la determinación tomada por Ferrovías, de utilizar créditos de tesorería para reemplazar las mismas”.</p>	<p>Se aclara que las ofertas de financiación, una ajustada a los pliegos y a las resoluciones ministeriales antes citadas y otra no ajustada a los pliegos y a las resoluciones antes citadas, se mantuvieron en firme durante el proceso de negociación de los créditos establecido legalmente en el Decreto 222 de 1983. La determinación de Ferrovías, en atención a las directrices de hacienda, de no utilizar dichos créditos se produce por los altos costos de financiación del crédito de la CAF y la imposibilidad de llegar a un acuerdo respetuoso de la ley colombiana y de las obligaciones contractuales de la República de Colombia en el caso del crédito del Banco do Brasil.</p>
<p>17. “Ferrovías tenía plena libertad de determinar la forma de financiación de las obras, de conformidad con el adendo 12: “una vez adjudicada la licitación si Ferrovías consiguiera recursos propios o créditos en condiciones más favorables, que los ofrecidos por el proponente favorecido, Ferrovías tendrá la facultad de escoger estos créditos o recursos y el contratista acepta esta condición”.</p>	<p>Es cierto; sin embargo, debe aclararse que la consecución final de los recursos por parte de Ferrovías (crédito de presupuesto y no de tesorería) se produce por las dificultades en el proceso de negociación con el Banco do Brasil.</p>
<p>18. “La oferta técnico-económica forma parte integrante del contrato de obra pública 01-0060-0-95, y es el documento base para consultar las condiciones económicas del contrato”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>19. “Mediante comunicación 00933 del 22 de agosto de 1995, Ferrovías solicitó al contratista revisar las fórmulas de reajuste del contrato, con el fin de buscar el equilibrio financiero del mismo”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>20. “Mediante comunicación COC-FER 290/95 del 24 de agosto de 1995, el consorcio manifestó su disposición para analizar conjuntamente la solicitud con Ferrovías”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>21. “Mediante comunicación COC-FER 319/95 del 1° de septiembre de 1995, el contratista presentó a Ferrovías una reclamación por desequilibrio económico del contrato, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los mayores costos producidos por la demora en</p>	<p>Sí es cierto</p>

la celebración del contrato”.	
22. “Mediante comunicación COC-FER 339/95 del 11 de septiembre de 1995, el contratista solicitó estudiar y definir, dentro del proceso de análisis y revisión de las fórmulas de reajuste, unos ajustes en las fórmulas de la componente en pesos colombianos del contrato, para restablecer el equilibrio financiero del mismo”.	Sí es cierto
23. “Mediante comunicación 01141 del 1º de noviembre de 1995, Ferrovías, encargó la gerencia de proyecto del contrato de las negociaciones con el contratista, relativas a la revisión de las fórmulas de reajuste”.	Sí es cierto
24. “El 14 de noviembre de 1995, el contratista y la gerencia de proyecto iniciaron negociaciones, consignando en el acta RFR-001-14-11-95 todos los asuntos tratados en la reunión”.	Sí es cierto
25. “Las premisas del contratista durante el período de negociación serían: <ul style="list-style-type: none"> • Globalidad del concepto de “equilibrio económico del contrato”, en el sentido de que el mismo no puede mirarse: respecto de una sola prestación, aspecto o fórmula, sino frente al conjunto de todas ellas y frente al resultado final de las mismas. • La necesidad de analizar, estudiar y definir aquellos aspectos y situaciones que rompen el equilibrio económico del contrato en contra del contratista, específicamente las relacionadas con las fórmulas de ajuste en pesos y con los mayores costos originados para el mismo, por la demora en la celebración del contrato, después de adjudicado”. 	No está probado, para determinar su certeza, solicitaremos en el acápite de pruebas, los testimonios de los funcionarios y subcontratistas de la gerencia del proyecto, asistentes a dichas reuniones (doctor Jorge Martínez Luna, Ingetec; doctor Jorge Eduardo Chemas, asesor jurídico).
26. “El consorcio reiteró en varias oportunidades los anteriores conceptos, planteando además los siguientes conceptos: i. La globalidad de las negociaciones, dado que el fundamento de las mismas era la discusión sobre el equilibrio económico del contrato, en donde debían estar incluidas, tanto el análisis integral de las fórmulas y el mecanismo de ajuste del contrato como los mayores costos producidos para el consorcio por la demora en la suscripción del contrato. ii. El concepto de que las fórmulas de deben mantener integralmente actualizados los precios del contrato, de tal forma que garanticen la intangibilidad de la remuneración del contratista”.	No está probado, para determinar su certeza, solicitaremos en el acápite de pruebas, los testimonios de los funcionarios y subcontratistas de la gerencia del proyecto, asistentes a dichas reuniones (doctor Jorge Martínez Luna, Ingetec, doctor Jorge Eduardo Chemas, asesor jurídico).
27. “A la conclusión de las negociaciones el consorcio presentó un documento proponiendo unas fórmulas y mecanismos unificados de reajuste tanto para el 80% del valor del contrato como para el 20% correspondiente al anticipo para una actualización integral y global de los precios del contrato”.	Es cierto, lo contenido estrictamente en el mencionado documento.
28. “Las partes dieron por terminadas las discusiones,	Sí es cierto

sin llegar a ningún acuerdo”.	
29. “En el acta a que se alude en el numeral precedente el consorcio reiteró sus posiciones relativas a que la revisión de las fórmulas y mecanismos de ajuste y reclamación por la demora son temas ligados como quiera que hacen referencia al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, visto no en forma parcial, sino como un resultado global que hay que preservar. Igualmente, en esta acta el consorcio dejó constancia de que el tema de la necesidad de fórmulas unificadas para el reajuste había sido tratado en el desarrollo de las negociaciones”.	Sí es cierto lo contenido estrictamente en la citada acta.
30. “Así mismo en el acta mencionada en el numeral 28 anterior, el consorcio Constructora Norberto Odebrecht, Conciviles S.A., reafirmó que el mismo interés que tiene Ferrovías para considerar prioritario el estudio de los índices de ajuste de la componente en dólares, en cuanto a su parecer estos ... le asiste al consorcio para considerar prioritario, por haberse configurado desequilibrio contractual, el estudio del tema por reclamo por la demora de la suscripción del contrato”.	Es cierto lo contenido estrictamente en la citada acta.
31. “Por lo anterior, Ferrovías y el consorcio, el 25 de enero decidieron convocar un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con la legislación colombiana y en aplicación de lo establecido en el contrato, para resolver sus diferencias”.	Es cierto de acuerdo con lo contenido estrictamente en las actas de competencia del Tribunal de Arbitramento.
32. “El 26 de febrero de 1996, de común acuerdo desistieron de la convocatoria del tribunal, para intentar nuevamente un arreglo directo”.	Sí es cierto
33. “Mediante acta RFR-004-12-03-96 del 12 de marzo de 1996 las partes dieron inicio a una nueva etapa de negociaciones sobre las fórmulas y mecanismos de reajuste previstos en el contrato y sobre la reclamación por los mayores costos originados por la demora en la suscripción del mismo, negociaciones orientadas a lograr un acuerdo que hiciera posible una conciliación prejudicial sobre estos aspectos ante el procurador judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca”.	Sí es cierto
34, 35, 36 y 37	Sí son ciertos

De lo anterior se concluye que 29 de los 37 hechos que presentó el consorcio como soporte general de su demanda fueron contestados como ciertos por Ferrovías, por lo que el tribunal analizará aquellos hechos considerados por Ferrovías como parcialmente ciertos o parcialmente falsos, para apreciar el contradictorio en conjunto y de acuerdo con la reglas de la sana crítica.

En respuesta a la pregunta seis (6) Ferrovías afirma que la oferta presentada por el consorcio se apartó del pliego de condiciones, afirmación ajena al debate y sobre la que nos referiremos más adelante.

En la respuesta dada al hecho siete (7) expresa Ferrovías que es cierto que el consorcio procedió a surtir los requisitos indicados en la resolución de adjudicación y que es cierto que se inició un largo período tendiente al cumplimiento de los trámites legales para la celebración del contrato de empréstito con garantía de la Nación, pero

que no es cierto que la atención de esos trámites fueran responsabilidad exclusiva de Ferrovías y del Gobierno Nacional. Agrega que ese trámite involucra a todas las partes interesadas en la ejecución del contrato.

Se detiene el tribunal a verificar el alcance de la defensa propuesta por Ferrovías, citando lo que al respecto previó el pliego de condiciones en su parte 5 denominada financiación, que a la letra dice:

“Para que la propuesta de obra pública pueda ser considerada por Ferrovías es indispensable que en esta se incluya oferta de financiación.

“A continuación, el mismo pliego exige que

... ”el proponente deberá presentar oferta de financiación conforme a la cual una o varias entidades financieras ofrezcan a Ferrovías suministrar los recursos necesarios para efectuar al contratista el pago del valor total del proyecto a ejecutar según el alcance y condiciones establecidas en el pliego de condiciones”.

En la parte primera (1ª), capítulo primero (1º) denominado generalidades del pliego de condiciones, se repite que los proponentes deben presentar propuestas que cubran la totalidad de los trabajos de ejecución de obra y presentar una oferta financiera de acuerdo con los requerimientos estipulados en el pliego, advirtiendo que es requisito indispensable para que Ferrovías considere la propuesta de ejecución de obra, que los proponentes ofrezcan financiación para la misma.

Se advierte en el pliego que el contrato de obra está sometido a la suscripción de los contratos de empréstito y a la aprobación de autoridades superiores, sin que pueda deducirse responsabilidad de Ferrovías por la demora o eventual rechazo de cualquiera de las autoridades encargadas de la tramitación de los contratos.

Como lo que se le reprocha al consorcio es que la demora en la suscripción del contrato de obra obedeció a hechos imputables a él (puntos 1.1.7, 1.1.8 y 1.1.9 de la contestación de la demanda por Ferrovías), resulta punto obligado transcribir el texto de cuatro (4) comunicaciones, dos (2) de ellas dirigidas al consorcio, la tercera (3ª) al Departamento Nacional de Planeación y la cuarta (4ª) al director de crédito público del Ministerio de Hacienda, en las que la entidad estatal consigna algunas manifestaciones sobre los contratos de empréstito, afirmaciones que despejan los interrogantes planteados en la contestación al punto siete de los hechos sobre los que edificó el consorcio su reclamación:

“Santafé de Bogotá, D.C., 2 de julio de 1993

Ingeniero

Sergio Roberto Macedo

Representante legal

Consorcio Norberto Odebrecht y Conciviles

Santafé de Bogotá

Me permito informarle que como consecuencia de la reunión sostenida el día de hoy con la representación del Banco del Brasil en Colombia, a la cual usted asistió, quedaron acordadas las condiciones del empréstito que otorgará dicho banco para financiar el proyecto, las cuales básicamente corresponden a las ofrecidas en la oferta en la financiación y se encuentran contenidas en la minuta del contrato de empréstito que nos fue suministrada por ustedes. Ellas pueden resumirse así:

Financiación del 85% de los gastos en moneda extranjera del proyecto hasta por un monto de US\$ 75.000.000 de dólares, 7.25 de intereses, plazo total de 10 años contados a partir del inicio de las obras, con 2 años de gracia y sin comisión de compromiso.

Los ajustes finales a la minuta deben ser acordados de conformidad con los pronunciamientos posteriores de la dirección general de crédito público del Ministerio de Hacienda.

Cordialmente,

Luis Bernardo Villegas Giraldo

Presidente

“Santafé de Bogotá, D.C., 22 de julio de 1993

Ingeniero

Sergio Roberto Macedo

Representante legal

Consorcio Norberto Odebrecht y Conciviles

Santafé de Bogotá

Me permito informarle que el pasado 21 de julio quedaron acordadas las condiciones del empréstito que otorgará la CAF para financiar el proyecto. Ellas pueden resumirse así:

Financiación del 100% en moneda local y el 15% en moneda extranjera hasta por un cupo de US\$ 60.000.000 de dólares, plazo de 12 años, con 2 años de gracia, tasa de libor más 2.25, comisión de compromiso de 0.75 sobre saldos no desembolsados, que se cobrará a partir de los 180 días de iniciado el proyecto y 1% de comisión de supervisión y vigilancia.

Cordialmente,

Luis Bernardo Villegas Giraldo

Presidente

“Santafé de Bogotá, agosto 5 de 1993

Doctor

Armando Montenegro

Jefe Departamento Nacional de Planeación

Santafé de Bogotá

Apreciado doctor Montenegro:

En cumplimiento en lo dispuesto por el artículo 228 del Decreto Ley 222 de 1983, me permito solicitar el concepto definitivo de ese departamento de que trata el numeral segundo de la norma en mención, respecto de los contratos de empréstito que actualmente tramita la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías, para financiar la reconstrucción de la línea férrea Bogotá - Santa Marta en el tramo comprendido entre La Loma y Santa Marta.

Como es de su conocimiento la licitación pública internacional para la ejecución de las obras mencionadas, incluía la financiación de la misma licitación que fue adjudicada al Consorcio Norberto Odebrecht - Conciviles. El consorcio presentó un esquema de financiación con ofertas del Banco do Brasil y la Corporación Andina de Fomento, CAF, cumpliendo con los requisitos exigidos en la licitación. La negociación de los créditos con los mencionados organismos se encuentra en su última etapa.

Para efectos de la presente solicitud, me permito remitirle el borrador de la minuta del Banco do Brasil junto con la carta de aprobación de la CAF en donde se incluyen las condiciones financieras del empréstito.

Igualmente, me permito hacerle llegar la justificación técnica, económica y social del proyecto, su plan de

financiación por fuentes de recursos, el cronograma de gastos anuales en moneda local y extranjera y los documentos que demuestran la sujeción del proyecto, de los créditos a los criterios determinados por el Conpes para el merecimiento de la garantía de la Nación.

Es de anotar que el Departamento Nacional de Planeación emitió concepto previo y favorable mediante oficios DIC 04-45-91 y DIC 04-49-91 de 8 y 28 de octubre de 1991 respectivamente y el Conpes autorizó la garantía de la Nación, mediante documentos DNP-2517-UINF y DNP-2612-UINF-DITRAN de febrero 21 de 1991 y septiembre 1º de 1992. Así mismo Ferrovías ya suscribió el convenio de desempeño fijado como requisito para la resolución ejecutiva en los documentos Confes arriba mencionados.

Ferrovías espera culminar lo antes posible todo el proceso de celebración y perfeccionamiento de los contratos de obra, como de los de empréstito, para dar así iniciación a la ejecución de las obras. Por tanto ruego su colaboración para hacer realidad este empeño.

Cordial y atento saludo,

Luis Bernardo Villegas Giraldo

Presidente

Anexo lo anunciado

amparo

“Santafé de Bogotá, D.C., 6 de agosto de 1993

Doctor

Jorge Castellanos

Director de crédito público

Ministerio de Hacienda y Crédito público

Santafé de Bogotá

Apreciado doctor Castellanos:

Por medio de la comunicación 001160 del pasado 30 de julio, se solicitó la autorización correspondiente para celebrar un contrato de obra pública con el Consorcio Norberto Odebrecht - Conciviles cuyo objeto es la “Ejecución de todas las obras y trabajos necesarios para la reconstrucción de la línea férrea en el tramo correspondiente entre La Loma y Santa Marta, incluyendo el diseño, fabricación, montaje y puesta en operación de los sistemas de control, señalización y radiocomunicación de la red férrea nacional, Línea del Atlántico”.

Como es de su conocimiento el aludido consorcio presentó un esquema de financiación con ofertas por parte del Banco do Brasil y de la Corporación Andina de Fomento, CAF, cumpliendo con los requisitos exigidos por la Nación y por Ferrovías. De esta manera se facilitó el proceso de negociación de los créditos necesarios para la financiación de las obras, gestión que se encuentra en sus últimas instancias.

Con el fin de contemplar los trámites de la solicitud me permito remitirle borrador de la minuta del contrato con el Banco de Brasil, la carta de aprobación del crédito de la CAF, junto con sus condiciones y copia del convenio de desempeño entre el Gobierno Nacional y Ferrovías, debidamente firmado por los señores ministros de Obras Públicas y Transporte y de Hacienda y Crédito Público y por el director del Departamento Nacional de Planeación, requisito para el otorgamiento de la garantía por parte de la Nación. Así mismo, envío copia de la solicitud al Departamento Nacional de Planeación con el fin de obtener el concepto definitivo sobre la sujeción del proyecto a los criterios determinados por el Conpes para el merecimiento de la garantía.

Ferrovías está a su disposición para cualquier aclaración o solicitud adicional que se requiera.

Cordial saludo,

Luis Bernardo Villegas Giraldo

Presidente

De las voces del representante legal de Ferrovías en ese entonces, se deduce sin ninguna dificultad que las condiciones del empréstito con el Banco do Brasil quedaron acordadas; que correspondían básicamente a la oferta de financiación presentada por el consorcio en la minuta del contrato de empréstito; que las condiciones del empréstito con la CAF, fueron igualmente acordadas y que el consorcio sí cumplió con los requisitos exigidos en la licitación. La anterior manifestación la reitera el entonces representante legal de la entidad estatal con la siguiente declaración: “Como es de su conocimiento el aludido consorcio presentó un esquema de financiación con ofertas por parte del Banco do Brasil y de la Corporación Andina de Fomento, CAF, cumpliendo con los requisitos exigidos por la Nación y por Ferrovías” (cdno. de pruebas. 9, fls. 3833 y 3834).

Mucho más allá de que la suscripción del contrato pendía de una condición futura y cierta, moralmente posible, —la aprobación del Gobierno Nacional— el tribunal estima que en tratándose de empréstitos nuestra normatividad había previsto el señalamiento de unos plazos para proferir las autorizaciones, para expedir las resoluciones ejecutivas y para obtener el concepto del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, plazos que agotados generaban silencio administrativo positivo respecto de la solicitud, plazos que se entienden por la inocultable importancia en la economía nacional y en el desarrollo del país de las obras públicas, cuyos beneficios son mayores en la medida en que se cumplan los términos y las condiciones del contrato.

En el Decreto 222 en el artículo 226, se fijaban unos términos, que aunque no resultan en estricto sentido aplicables a la polémica, si ofrecen sólidas bases para recabar que el Estado no puede, pretextando el cumplimiento de condiciones posteriores, eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

Resulta francamente reprochable que cuando se habla de apertura económica, que cuando se habla del libre comercio, que cuando se habla de creación de zonas libres, que cuando se habla de la internacionalización de la economía y de la globalización de las costumbres mercantiles, el Estado colombiano insista en permanecer aislado y a la zaga de tan trascendentales fenómenos. Dos (2) años para aprobar y autorizar un empréstito internacional, es la cruda radiografía del pensamiento anterior.

1.4. La adjudicación de la licitación

Se detiene el tribunal a examinar el alcance de algunas expresiones de Ferrovías, la primera, que enrostra al consorcio una directa responsabilidad en el retraso de la suscripción del contrato de obra; la segunda, que afirma que la oferta presentada por el consorcio se apartó de los requerimientos de (sic) pliego de condiciones de la licitación LP1-001-92 y la tercera, que dice: “El hecho de la adjudicación de la licitación por parte de Ferrovías no significa que la oferta presentada por el consorcio cumpliera con los requisitos y requerimientos establecidos en los pliegos de la licitación”.

Para el tribunal es difícil aceptar y mucho más difícil entender cómo la empresa estatal, de una manera tardía y francamente extemporánea afirme ahora, lo que ha debido afirmar antes de la suscripción del contrato, en el sentido de que el consorcio se apartó de los requerimientos del pliego de condiciones o simplemente que no cumplió con los requisitos establecidos en el pliego (respuesta a los hechos seis (6) y once (11)).

Nota, además, el tribunal, como no se encuentra en ninguna acta y en ninguna comunicación manifestaciones de inconformidad por parte de Ferrovías relacionadas con el hecho de que el consorcio no cumplió con el pliego de condiciones, de donde surge el interrogante ¿por qué no hubo ninguna exigencia ni ninguna reclamación sobre esa afirmación?

1.5. Pruebas testimoniales

Frente a los hechos narrados en los puntos 25 y 26 por el consorcio, la entidad estatal expresa que para determinar la certeza de los mismos y para desaprobarnos solicitará el recaudo de unas pruebas testimoniales

En efecto, en la contestación de la demanda el apoderado de Ferrovías pidió el testimonio de Clemente del Valle, Viviana Lara, Gloria Piedad Cadena y Camilo Gómez, funcionarios del Ministerio de Hacienda y vinculados al proceso de negociación del crédito.

Así mismo, solicitó el testimonio de Gerardo Hernández, secretario general del banco emisor en lo relativo a la imposibilidad legal y constitucional de operar mediante el mecanismo CCR propuesto por el Banco do Brasil y con referencia al tema de la negociación directa citado en los acápite 25 y 26 de la demanda del consorcio; pidió el testimonio de Jorge Martínez Luna, director del proyecto Ingetec y de Jorge Eduardo Chemas, asesor jurídico de Ingetec.

El tribunal, como consta en el acta 3 del 28 de mayo del año en curso (cdno. ppal., fl. 349 y 350, auto 5) accedió a la petición de las pruebas testimoniales y señaló el 4 y 5 de junio como fechas para la recepción de las pruebas testimoniales.

El apoderado de Ferrovías desistió en la misma audiencia de todas las pruebas testimoniales, excepto la de Gerardo Hernández, desistimiento que fue aceptado por auto 6 (cdno. ppal., fl. 351) de mayo 28 que se notificó en estrados, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil.

Como lo que perseguía Ferrovías con la probanza renunciada era esclarecer el itinerario sobre el proceso de negociación del crédito externo ofrecido por el Banco do Brasil y los términos en que se analizó el equilibrio económico del contrato (fórmulas de reajuste y costos por la demora en la firma del contrato) en las negociaciones previas, para debilitar lo afirmado por su contradictor, el tribunal valorará el significado y la importancia de los hechos presentados, los que fueron despojados de contradicción por Ferrovías.

1.6. Lo que dijo el doctor Gerardo Hernández

El testimonio del doctor Gerardo Hernández Correa, secretario general del Banco de la República, se surtió el 17 de junio, con el propósito de obtener información sobre las dificultades legales y constitucionales para operar con el mecanismo CCR propuesto por el Banco do Brasil. En el marco de la audiencia, el apoderado de Ferrovías resumió su aspiración, la que fue atendida por el convocado de la siguiente manera: “Yo no conozco el mecanismo, no podría contestar esa pregunta porque no lo conozco (sic) ...”. A otra pregunta del mismo rango formulada por el apoderado del consorcio sobre si el CCR vincula al Banco de la República, respondió ... No, no tengo conocimiento ...

Para referirse a una pregunta del árbitro, Carlos Campillo, el deponente expuso: “no conozco tampoco los términos de la línea de crédito CCR, tampoco la conozco, entonces en ese sentido yo no puedo entrar a darles una opinión ... (cdno. ppal., fl. 389 y ss.)

Conclusión: lo que se buscaba no se logró. Razón tiene el apoderado del consorcio en su alegato final, cuando examinando el testimonio del doctor Hernández dice ... “que se refirió a algunos aspectos vinculados con la negociación de empréstitos, sobre los cuales fue interrogado, en vista de que sobre el tema al que se contraía la citación no pudo decir nada”.

Es concluyente, pues así se extrae del pliego de condiciones y de las pruebas aportadas y estudiadas, que al beneficiario de la adjudicación no se le impuso como obligación participar en el proceso de negociación de los créditos, ni tampoco responsabilidad alguna respecto a la efectiva concreción de los contratos de empréstito. Comentario adicional, que refuerza la posición anterior es que el más interesado en la firma del contrato, por obvias razones de índole económica, lo era el contratista que no era ni podía ser parte en el convenio de empréstito.

Como lo anotamos anteriormente, la adjudicación del contrato produce efectos para la entidad estatal y para el contratista. La entidad estatal una vez adjudica el contrato adquiere un serio compromiso con el licitante y obligatoriamente debe suscribir el contrato correspondiente. Oigamos, de nuevo las voces del Consejo de Estado:

“La administración por su parte debe ser sumamente cuidadosa en el cumplimiento de los plazos, pues su negligencia puede dar lugar a demandas de los contratistas, por una parte, y por la otra no suscribir el contrato a tiempo puede perjudicar notoriamente al contratista, más en estos tiempos de devaluación acelerada, que hacen que

los costos se incrementen cada día⁽⁵⁾.

No una sino muchas veces, el Consejo de Estado ha afirmado que los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como quiera que desde que ella se notifica surge entre adjudicatario y adjudicante una relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice que desde ese momento se hace ejecutoria. En sentencia del 5 de febrero de 1968, Sección Primera, consejero Enrique Acero P., se dijo que,

... basta que el pliego de cargos para licitación con las especificaciones y condiciones requeridas tenga aceptación del presunto contratista y se expida la resolución que adjudica el contrato, para que nazca la convención, es decir el acuerdo de voluntades con todas las consecuencias jurídicas. Este no puede desconocerse ni invalidarse sin que las partes manifiesten claramente su deseo de no llevarlo a cabo.

El máximo juez de lo contencioso administrativo dijo en otra sentencia⁽⁶⁾ que,

la propuesta significa un sometimiento al pliego de condiciones, que oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador pero de esa relación son elementos esenciales la oferta y la propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ella resultan ligados desde el momento en que las hicieron.

Examinando lo anterior con las pruebas aportadas al proceso, se puede constatar que la exigencia de que los proponentes, junto con la propuesta de ejecución de la obra, ofrecieran financiación de la misma, dentro de las condiciones y términos indicados en el punto quinto (5°) del pliego, fue llenada por el consorcio. Nótese que ambas comunicaciones son del 2 y del 22 de julio de 1993, es decir cuatro (4) meses después de la adjudicación (mar. 19/93) y un (1) mes después de haberse logrado un acuerdo sobre las cláusulas del contrato, el valor del mismo, los precios unitarios y los programas de trabajo (acta de acuerdo de jun. 17/93).

Como la declaración que se pide al tribunal se orienta al reconocimiento de los mayores costos en que pudo haber incurrido el consorcio por la ejecución de actividades relacionadas con la ejecución del contrato de obra pública, el que solo se suscribió en mayo de 1995, interesa a esta sede indagar si efectivamente, durante ese lapso considerable de tiempo, el consorcio realizó actividades relacionadas con la prestación, que le originaron sobrecostos o gastos no atribuibles a él. En otras palabras, si para la ejecución del contrato, del que solo bastaba la firma, la que era inminente por haberse acordado las condiciones del empréstito, el consorcio debía recibir equipos que le entregaría Ferrovías para la reconstrucción de la línea férrea; si debía contratar y adelantar estudios y análisis correspondientes a una declaratoria de impacto ambiental sobre las fuentes de materiales de acuerdo con los lineamientos de Ferrovías; si debía obtener licencias de parte del Ministerio de Minas para el funcionamiento de las canteras de donde extraería los materiales (arena y balasto) para la obra; si, en fin, para la realización de esas actividades, el consorcio hubo de mantener un equipo humano calificado y disponible, después de la conclusión de la etapa precontractual que lo fue el 17 de junio de 1993.

1.7. Etapa previa a la firma del contrato

Para esclarecer los pasos realizados en el período precontractual y cómo se desarrollaron, resulta obligatorio hacer el siguiente recuento:

De acuerdo con el pliego de condiciones, numeral 27, “adjudicación de los contratos, perfeccionamiento y legalización”, “Ferrovías se propone adjudicar esta licitación dentro de los ciento veinte (120) días siguientes al cierre de la misma”. Como el cierre de la licitación se efectuó el 8 de octubre de 1992, el plazo vencía el 5 de febrero de 1993. Sin embargo, haciendo uso de una prerrogativa contemplada en el mismo numeral, Ferrovías prorrogó por 60 días este término, hasta el 5 de abril de 1993. La adjudicación se produjo mediante Resolución 470 del 19 de marzo de 1993, que fue notificada el mismo día al consorcio favorecido en la licitación. Ejecutoriada ese mismo día la resolución de adjudicación, el consorcio contrajo dos compromisos contemplados en el pliego, así:

Ajustes: Se deberían “hacer los ajustes necesarios en la lista de cantidades, en el valor del contrato y en los programas”, con base en la parte pertinente de los resultados del estudio de ingeniería detallada que debía realizar Ferrovías. Para este trámite, el pliego contemplaba un plazo de sesenta días, o sea, debía estar terminado a más tardar el 17 de mayo de 1993. Sin embargo, fue necesario suspender el término de negociación de los ajustes en

dos oportunidades durante 40 días en total, por cuanto, como consta en las actas suscritas el 23 de marzo y el 12 de abril, “Ferrovías no tiene el estudio de ingeniería detallada completo”. En esta forma, el plazo se corrió hasta el 26 de junio de 1993.

Reiniciadas las negociaciones el 4 de mayo, se logró “un total acuerdo” el 17 de junio de 1993, dentro de los términos establecidos.

Cabe destacar que el plazo previsto en el pliego que terminaba el 17 de mayo, podía ser prorrogado por Ferrovías por 30 días más, o sea, hasta el 17 de junio de 1993. Como precisamente ese día se llegó al acuerdo final sobre los ajustes, esta etapa precontractual se cumplió dentro de lo que debía ser previsto por el proponente al elaborar su oferta.

Empréstitos: Igualmente, el mismo numeral citado del pliego de condiciones establecía que “El proponente favorecido debería suministrar a Ferrovías la(s) minuta(s) de empréstito dentro de los quince (15) días siguientes a la resolución de adjudicación” o sea, a más tardar el 3 de abril de 1993. No obstante, el 29 de marzo las partes suscribieron un acta “con el objeto de acordar que durante el tiempo que duren suspendidas las negociaciones por no contar Ferrovías con los estudios de ingeniería de detalle, no correrían los plazos para entregar las minutas de los contratos de empréstitos ni para negociar las condiciones de dichos empréstitos”.

El 4 de mayo, simultáneamente con la negociación de los ajustes, se suscribió el “acta de reiniciación de los plazos para la entrega de las minutas de los contratos de empréstito y para la negociación de las condiciones de estos”, acordando un término de 15 días hábiles, hasta el 25 de mayo, para la entrega de las minutas y de 60 días hábiles, hasta el 2 de agosto, para la negociación de las condiciones de los contratos de empréstito. Estos plazos quedaron debidamente justificados en el acta, en los siguientes términos:

“Esta determinación se tomó en razón a que solo hasta la presente fecha se cuenta con los estudios de ingeniería de detalle, que permitirán establecer una mayor claridad en el valor del contrato, lo mismo que el monto de cada moneda en que deberán hacerse (sic) los desembolsos. Estas definiciones solo se tendrán después de que se realicen los ajustes a las cantidades de obras, a los precios unitarios y a los programas de trabajo”.

El 21 de mayo, el consorcio hizo entrega de las minutas de los contratos de empréstito correspondientes a la CAF y al Banco do Brasil, cuyo documento fue presentado en portugués. Ferrovías solicitó se le entregara una traducción antes del 5 de junio, recordando que el término para acordar las condiciones vencía el 2 de agosto siguiente. Esta traducción fue entregada el 2 de junio.

En comunicaciones del presidente de Ferrovías al representante legal del consorcio, fechadas el 2 y 22 de julio de 1993, se deja constancia de que se llegó a un acuerdo en las condiciones de los empréstitos con el Banco do Brasil y con la CAF, respectivamente. En consecuencia, la obligación del adjudicatario quedó debidamente cumplida dentro de los términos convenidos.

En su parte final, el numeral 27 del pliego de condiciones establecía para los proponentes extranjeros favorecidos con la adjudicación, la obligación de cumplir con los siguientes requisitos dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la adjudicación:

“Acreditar ante Ferrovías que ha constituido sucursal en el país, si no la tuviere, y acreditar el representante o representantes legales de las firmas, debidamente autorizados para obligarse contractualmente”.

“Permiso de funcionamiento de una sucursal en Colombia expedido por la Superintendencia de Sociedades, o constancia del trámite del citado permiso”.

“Presentar los documentos de identificación de la persona o personas que firman el contrato”.

El cumplimiento de estos requisitos fue acreditado por el consorcio en comunicación COC-FER-001/93 suscrita por Sergio Roberto Macedo, director de obras, fechada el 19 de abril de 1993, que aparece recibida por Ferrovías el día 20 de abril de 1993, con la cual envía la correspondiente certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

De lo anterior se concluye que las actividades precontractuales que debía realizar el proponente favorecido culminaron el 17 de junio de 1993 (la negrilla es nuestra).

Entre esa fecha, la del 17 de junio de 1993 y en la que se firmó el contrato, los gastos efectuados por el consorcio (personal, viajes, arriendos, honorarios, servicios, etc..) no estaban, ni podían estar previstos por el contratista en sus costos fijos considerados en los precios convenidos, porque el tiempo que tomó la celebración del contrato sencillamente desbordó los más pesimistas cálculos.

Así, si un período de tres meses entre la adjudicación y la firma de un contrato se puede considerar de normal y uno de seis meses se puede calificar de infrecuente, uno de más de dos años es francamente inaudito. Desdice de un Estado organizado, que la tramitomanía agreda la eficiencia que debe acompañar la contratación administrativa, pues con esa actitud se lastiman los intereses de la sociedad y de los particulares.

En síntesis el consorcio tiene derecho a que se le reivindiquen los gastos, el tener en disponibilidad su organización, de una manera permanente, para empezar los trabajos de la reconstrucción de un tramo vital para la economía del país y no poder hacerlo, por desconocer la fecha en que habría de suscribirse el contrato, vulneró el equilibrio económico del mismo.

La demora en el perfeccionamiento del contrato no se debió, así lo admite el consorcio, a ninguna de las partes. Lo anterior permite inferir que el punto debatido no tiene como fundamento el incumplimiento, sino solo el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Pero para abundar en razones, cotejemos las posiciones de las partes en la concreta aspiración de los mayores costos por la demora en la suscripción del contrato, con algunas notas introductorias, que solo persiguen resaltar los efectos de la adjudicación, la evolución y el desenvolvimiento de los pasos previos a la firma del contrato y cómo los medios de defensa presentados fueron los mismos.

Colofón de lo anterior es que el contratista tiene un derecho: el de recibir su pago oportunamente. En la escena que se presenta a continuación se observa cómo entre lo expresado por el consorcio y lo afirmado por Ferrovías surge un solo desacuerdo: el de que el consorcio tenía parte activa en los procesos de negociación con las entidades que ofrecieron línea de financiación (ver respuestas a los hechos 20, 21 y 25).

En los demás puntos se advierte cadencia y acuerdo, en puntos y hechos que se presentaron como discrepantes, cuando no lo eran.

1.8. Cómo contestó Ferrovías los hechos relacionados con la demora en la firma del contrato.

Lo que afirma el consorcio	Lo que contesta Ferrovías
1, 2, 3, 4 y 5	Sí son ciertos
6. “El pliego de condiciones estableció que, previamente a la celebración del contrato, debía convenirse entre Ferrovías y el adjudicador, de acuerdo con los estudios de ingeniería de detalle, en un plazo de sesenta días, las cantidades de obra, el valor del contrato y los programas, lo mismo que entregarse las minutas de empréstito y acordarse las condiciones de dichos empréstitos”.	Debe aclararse que el pliego de condiciones estableció que previamente a la celebración del contrato, debía convenirse las cantidades de obra, el valor del contrato y los programas, de conformidad con el estudio de ingeniería de detalle y dentro del mismo lapso debían presentarse las minutas y acordarse las condiciones de los empréstitos para posteriormente pasar a aprobación por parte de las autoridades superiores (Ministerio de Hacienda y Crédito Público).
7. “Conocida la adjudicación, de forma diligente y para el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma, las sociedades integrantes del consorcio procedieron a estructurar su propia organización como consorcio, a ponerla en funcionamiento y a designar a	Sí es cierto como también lo es que la Constructora Norberto Odebrecht inició a partir de dicho momento otros negocios en Colombia, a través de la sucursal citada; por ejemplo, entre otros: Construcción del Puerto Drummond, licitación Hidroeléctrica del Río La

<p>su representante, todo lo cual fue debidamente acreditado; así mismo, se acreditó la construcción, funcionamiento y representación legal de una sucursal en Colombia de la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., el miembro extranjero del consorcio ...”.</p>	<p>Miel.</p>
<p>8. “Ferrovías, durante el proceso licitatorio, informó a los proponentes mediante respuestas a una solicitud de aclaración que los estudios de ingeniería de detalle serían entregados en el primer trimestre de 1993”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>9. “Como Ferrovías no dispuso, en el primer trimestre de 1993, de los estudios de ingeniería de detalle, los cuales solo fueron entregados al contratista hasta el día 3 de mayo de 1993, tuvo que suspender el inicio del cómputo del plazo mencionado en el numeral 6º, y por ende, las negociaciones no pudieron llevarse a cabo sino a partir de tal fecha, luego de dos suspensiones de veinte (20) días cada una”.</p>	<p>Sí es cierto, más debe aclararse que el proceso de negociación referente a la contratación de empréstitos continuó su curso.</p>
<p>10. “Una vez entregados los estudios de ingeniería de detalle, el contratista realizó los análisis y evaluaciones correspondientes y presentó a Ferrovías los ajustes a los planes de trabajo, a las cantidades de obra y a la minuta del contrato”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>11. “El consorcio cumplió con las obligaciones establecidas en el pliego, relativas a acordar los ajustes en las cantidades de obra y precios unitarios, en el valor del contrato, y en la entrega de las minutas de los contratos empréstitos, para lo cual se suscribieron las actas correspondientes y se recibieron las comunicaciones confirmatorias por parte de Ferrovías”.</p>	<p>Es cierto parcialmente. La obligación del consorcio en materia de financiamiento no se limitaba a la entrega física de las minutas sino a la negociación y consecución oportuna de los empréstitos; por ello, la propuesta del consorcio se refiere a su oferta de financiación respaldada por las cartas de intención de las entidades crediticias (ver num. 27 de la parte 1, cap. 1º, vol. 1, págs. 24 y 25, de los pliegos de condiciones).</p>
<p>12. “Mediante acta de acuerdo, de fecha 17 de junio de 1993 y dentro del término de sesenta días dispuesto en el numeral 27 del pliego de condiciones, Ferrovías y el contratista declararon que daban finalizadas las negociaciones referidas en dicho numeral y expresaron su acuerdo total sobre las cláusulas del contrato, el valor del mismo, las cantidades de obra, los precios unitarios y los programas de trabajo ...”.</p>	<p>Sí es cierto</p>
<p>13. “El 2 de julio y el 22 de julio de 1993, con cartas del presidente de Ferrovías informando que habían sido acordadas las condiciones del crédito con el Banco do Brasil y con la CAF, se complementaron por el consorcio los requisitos y obligaciones a él impuestos en el pliego y en la resolución de adjudicación”.</p>	<p>Es parcialmente cierto. Las cartas se enviaron pero, con ellas no se finalizaba la negociación y trámites relacionados con los empréstitos externos, los cuales debía surtir la totalidad de las etapas determinadas en el Decreto 222 de 1983, capítulo XVII, obligatorias para la concreción de la financiación ofrecida por el consorcio.</p>
<p>14. El consorcio satisfizo todas las exigencias legales contenidas en el pliego de condiciones y en la resolución de adjudicación, así como los requisitos previos para la celebración del contrato y las demás</p>	<p>No es cierto. Como se ha expresado, la obligación de la financiación no terminaba con dichos requisitos, faltaba el restante trámite a seguir ante las autoridades crediticias; proceso en el cual debían actuar instancias</p>

<p>exigencias de su responsabilidad, según lo establecido en tales actos, momento este en el cual faltaba cumplir otros trámites necesarios para la celebración del contrato, que eran responsabilidad exclusividad de Ferrovías”.</p>	<p>superiores, el consorcio, las instituciones financieras y Ferrovías. El único actor eximido expresamente de responsabilidad en dicha etapa, fue precisamente Ferrovías, de conformidad con el numeral 27, de la parte 1, del volumen Y, capítulo Y, volumen Y, páginas 24 y 25 del pliego de condiciones.</p>
<p>15, 16, y 17</p>	<p>Sí es cierto, con la siguiente aclaración: Los pliegos de condiciones, contemplaron como obligación del contratista el reconocimiento y preparación tanto del período de negociación como de sus efectos sobre el contrato y la obligación de Ferrovías del reconocimiento de las mayores cantidades de obra que ello demandará.</p>
<p>18 y 19</p>	<p>Es cierto, con la aclaración anterior. Dichos efectos y actividades estaban contemplados en el pliego de condiciones como obligaciones del contratista.</p>
<p>20. “Igualmente y no obstante no estaba obligado a ello, el, consorcio ... colaboró con Ferrovías, emitiendo opiniones, no vinculantes para Ferrovías, orientadas a facilitar los trámites ...”.</p>	<p>No es cierto, por cuanto el consorcio era parte activa del proceso de negociación tendiente a la celebración de los contratos de empréstitos.</p>
<p>21. “Sin embargo, por ser ajenos a los trámites internos que debía adelantar Ferrovías, el consorcio se mantuvo a la expectativa de la fecha de celebración del contrato”.</p>	<p>No es cierto. El consorcio no fue ajeno a los trámites internos y participó activamente en ellos, tal y como se puede comprobar de los documentos de la negociación con el Banco do Brasil, obrantes en Ferrovías.</p>
<p>22.</p>	<p>“No está probado es una apreciación subjetiva del consorcio”.</p>
<p>23.</p>	<p>No está probado responde a una apreciación subjetiva del consorcio”.</p>
<p>24. “El consorcio cumplió con las condiciones exigidas por el pliego de la licitación pública LPI-01/92, en relación con la financiación de la obras, según se describió en los numerales 14 a 17 del capítulo VI de esta demanda y en los hechos presentados en los numerales 10 y 12 del presente capítulo, correspondiéndole entonces a Ferrovías desarrollar los trámites requeridos para el cumplimiento del Decreto Ley 222 de 1993 y normas que lo complementaron o sustituyeron, en materia de empréstitos externos garantizados por la Nación, lo mismo que la negociación de la minuta definida de los contratos con las entidades financieras internacionales”.</p>	<p>La afirmación es cierta como se expresó en la contestación a los hechos contemplados en los numerales 10 y 12 del presente capítulo.</p>
<p>25. “Hasta donde le consta al Consorcio Constructora Norberto Odebrecht - Conciviles. S.A., Ferrovías adelantó las gestiones encaminadas a cumplir los requisitos legales para la suscripción de los empréstitos e, igualmente, realizó los trámites dirigidos a negociar las minutas definitivas de los contratos de empréstitos con el Banco do Brasil y con la Corporación Andina de Fomento, CAF”.</p>	<p>Se aclara que tal y como se probará por las autoridades de crédito público, Ferrovías adelantó todos los trámites a que estaba obligada para la celebración de empréstitos con garantía de la República de Colombia.</p>

26 y 27	<p>El procedimiento y las razones que llevaron a prescindir de la financiación ofrecida por la CAF y de la terminación de las negociaciones con el Banco do Brasil se probarán mediante el testimonio de los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público involucrados en el proceso.</p> <p>Debe aclararse que se tomó la decisión de prescindir del crédito del Banco do Brasil por la imposibilidad de llegar a un acuerdo con dicha institución, habida cuenta del desvío de su carta de intención y de la oferta del consorcio de lo aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la resolución ministerial que hacía parte integrante de los pliegos del condiciones.</p>
28.	Sí es cierto
29. “El consorcio Constructora Norberto Odebrecht - Conciviles S.A., a lo largo del proceso de negociación de las cláusulas de los empréstitos con la Corporación Andina de Fomento, CAF, y con el Banco do Brasil prestó, sin ser su obligación, colaboración logística a Ferrovías para la más pronta culminación de tales negociaciones, cuya conducción era de responsabilidad exclusiva de Ferrovías”.	La afirmación contradice la realizada por el consorcio en el numeral 21 anterior. Tal y como se expresó en la contestación al numeral 14 anterior, era obligación del consorcio la concreción de la financiación.
30.	“Tal y como se expresará en los fundamentos de derecho, los pliegos de condiciones no establecieron como responsabilidad de Ferrovías el reconocimiento de los costos incurridos por el contratista durante la etapa precontractual. La afirmación del numeral 30. No es un hecho sino una apreciación subjetiva del consorcio, que no está probado ni lo estará como se observará más adelante.
31. “Todos los gastos efectuados para el proyecto de Ferrovías por la constructora Norberto Odebrecht se encuentran auditados por la “Price Waterhouse” y los efectuados por Conciviles por su auditor”.	Se probará en su momento.
32 y 33	Son ciertos.
34. “Si bien en los informes señalados se describen todos los gastos en que el consorcio incurrió durante el período a que se refieren, la reclamación formulada se limitó exclusivamente a aquellos conceptos no cubiertos por los precios reconocidos en el contrato y cuya causación determinó el desequilibrio del mismo. Tales sobrecostos corresponden a conceptos de personal, viajes, honorarios, servicios públicos, seguros, arriendos y gastos financieros de los mismos, por ser todos ellos los directamente relacionados con la demora en la celebración del contrato de adjudicación”.	Es una apreciación subjetiva del consorcio que deberá probarse en su momento.
35. “Igualmente, para el reclamo solo se consideran los gastos realizados a partir de junio de 1993 y hasta el mes de marzo de 1995, por cuanto debían estar contemplados en sus precios los gastos de los meses	Es irrelevante, los costos incurridos por el consorcio en dicha etapa considerando que, como se ha expresado en repetidas ocasiones, Ferrovías estaba exonerada expresamente con los pliegos de condiciones y en la

<p>anteriores, correspondientes a la preparación de la propuesta, los previos a la adjudicación y los de un período razonable de 2 meses, después de la adjudicación, estos últimos empleados para la negociación de los términos del contrato, cumplimiento de los requisitos de los pliegos y en la resolución de adjudicación”.</p>	<p>resolución de adjudicación de cualquier costo ocasionado por la demora en la suscripción del contrato ocasionada por los trámites ante las autoridades superiores encaminados a la celebración de los empréstitos.</p>
<p>36. “Los gastos incluidos en el reclamo no estaban ni podían estar previstos en los costos fijos del consorcio adjudicación”.</p>	<p>No es relevante por las consideraciones expresadas en el numeral anterior.</p>
<p>37. “Este prolongado proceso no podía preverse con base en los pliegos ni con base en el contenido de los pliegos ni con base en los documentos contentivos de las aclaraciones que en relación con los mismos produjo Ferrovías; por el contrario, vislumbraban un término corto para el trámite de adjudicación”.</p>	<p>El proceso de negociación de los empréstitos fue previsto por Ferrovías en el pliego de condiciones y en la resolución de adjudicación y así lo aceptó el contratista al presentar su oferta.</p>
<p>38. “El consorcio tiene derecho a que se le reconozcan y paguen los gastos incurridos que aparecen discriminados y explicados en el capítulo IV de la reclamación presentada a Ferrovías y soportados debidamente en el capítulo III de la misma, porque la prolongada demora en la celebración del contrato, que no es imputable al consorcio, rompió el equilibrio financiero del contrato y lo afectó gravemente”.</p>	<p>El consorcio no tiene derecho a que se le reconozcan y paguen por parte de Ferrovías, los gastos incurridos y citados en el citado numeral por la demora en la celebración del contrato, de conformidad con el numeral 27, parte 1, capítulo 1, página 24 del pliego de condiciones y la Resolución 470 de 1993 de adjudicación del contrato. No se ha roto el equilibrio financiero del contrato por cuanto los hechos generadores de los gastos y no imputables a Ferrovías, ocurrieron con anterioridad a la celebración e inicio de ejecución del contrato; por tanto no puede operar el desequilibrio, al no estar contempladas dichas obligaciones dentro del contrato y estar previstas en el pliego de condiciones las eventuales demoras en la negociación del crédito”.</p>
<p>39. Ante la solicitud del consorcio, dentro del proceso de negociaciones adelantado con la gerencia del proyecto, al que se aludió en el hecho 24 del capítulo IV de la presente demanda, en el sentido de estudiar el reclamo por los mayores costos originados en la demora en la celebración del contrato, que una vez se tradujeron en el rompimiento del equilibrio económico del contrato, Ferrovías mediante comunicación 01253 del 29 de noviembre de 1995, manifestó que: “No obstante la convicción de que no había existido actuación u omisión alguna de la administración de Ferrovías, que pudiera comprometer su responsabilidad contractual o precontractual o que determinare correctivo alguno de la ecuación contractual, Ferrovías atendiendo la solicitud del consorcio no encontraba inconveniente en celebrar, conjuntamente, reuniones posteriores en las que se tratara el tema en cuestión, una vez se hubiera logrado acuerdos sobre las fórmulas de reajuste”.</p>	<p>Solo debe considerarse como cierto, lo expresamente contenido en las comunicaciones allí citadas.</p>
<p>40. “El consorcio mediante comunicación COC-FER</p>	<p>Solo debe considerarse como cierto, lo expresamente</p>

<p>500/95 del 7 de diciembre de 1995 informó a Ferrovías que no era posible aceptar la posición planteada por esta y expuesta en el numeral anterior, por considerar que los temas de la reclamación por los mayores costos originados por la demora en la suscripción del contrato y de la revisión de las fórmulas de reajuste estaban ligados entre sí y hacían referencia al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, visto como no en forma parcial, sino como un resultado global que hay que preservar.</p> <p>En la misma comunicación expresó:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que si no habían circunstancias de responsabilidad de Ferrovías, mucho menos podían predicarse del consorcio. • Que el consorcio había dado cumplimiento a todas las exigencias señaladas en los pliegos y en la resolución de adjudicación con relación a su oferta financiera. • Que el consorcio no había formulado condiciones ni exigencias en la negociación del crédito con el Banco do Brasil ni planteado dificultades para la obtención del mismo, en primer lugar porque el consorcio no era parte en las negociaciones y, en segundo lugar, porque las actuaciones del mismo solo tenían por finalidad facilitar las negociaciones de Ferrovías y el Gobierno Colombiano con el Banco do Brasil, prestando para ello el apoyo logístico que Ferrovías requirió. • Que nadie más interesado en facilitar que el crédito se perfeccionara que el propio consorcio contratista. • Que las condiciones y exigencias financieras del Banco do Brasil, expresadas en su oferta de crédito, siempre se mantuvieron y el Banco do Brasil no varió las mismas durante todo el lapso en que la oferta estuvo vigente (más de 28 meses). • Que la oferta de financiamiento del Banco do Brasil seguía vigente cuando Ferrovías optó por tomar otra opción de financiación, si esta contemplaba condiciones más favorables a las ofrecidas por el adjudicatario. Esta fue una decisión libre y autónoma de Ferrovías. • Que en ejercicio del derecho de petición el consorcio Constructora Norberto Odebrecht Conciviles S.A., solicitó a Ferrovías informes de la interventoría, de la gerencia del proyecto y de los asesores externos, sobre el reclamo que había formulado, para conocerlos y discutirlos en la reunión que se iba a tener con Ferrovías. 	<p>contenido en las comunicaciones allí citadas.</p>
<p>41. En atención a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las reclamaciones recíprocas de las partes, Ferrovías y el consorcio, acordaron someter a consideración del Tribunal de Arbitramento el tema del reclamo al que se refiere el presente capítulo de esta demanda, según en las actas del 13 y 14 de mayo de 1996.</p>	<p>No es cierto. Debe aclararse que se acordó someter al Tribunal de Arbitramento el estudio de reclamo.</p>

42. “El valor de los sobrecostos generados por la demora en la suscripción del contrato ascendió a \$ 1.420.760.000 el valor que actualizado a noviembre de 1996, alcanza la cifra \$ 2.566.450”.	No es cierto. Si se generaron costos por la demora en la suscripción del contrato, dichas sumas están a cargo del consorcio, por tanto no son sobrecostos del contrato imputables y por tanto exigibles a Ferrovías”.
43. “Las cifras y cálculos presentados se encuentran soportados por el dictamen pericial elaborado por los doctores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz, el cual se anexa en el capítulo de pruebas”.	Es irrelevante, por cuanto, se insiste, dichos sobrecostos no son imputables a Ferrovías”.

De los cuarenta y tres (43) hechos relatados por el consorcio, Ferrovías encontró ciertos los hechos 1, 2, 3, 4, 5; el 6 con algunos comentarios; el 7, el 8, el 9; el 10, el 11 lo califica de parcialmente cierto; el 12 y el 13 los califica parcialmente ciertos; el 14 lo niega; el 15, el 16 y el 17 son ciertos con algunas aclaraciones; el 18 y el 19 son ciertos con aclaraciones; el 20 y el 21 no son ciertos; el 22 y el 23 no están probados; el 24 no es cierto; el 25 lo niega; el 26 y el 27 no los responde; el 28 es cierto; el 29 y el 30 los comenta; el 32 y el 33 son ciertos; el 34, el 35 y el 36 son irrelevantes y constituyen una apreciación subjetiva del contratista y el resto de los hechos son contestados con expresiones como ... “solo debe considerarse como cierto lo expresado en las comunicaciones” o es ... “irrelevante, por cuanto se insiste, dichos sobrecostos no son imputables a Ferrovías”, o “el consorcio no tiene derecho a que se le reconozca y se le pague por parte de Ferrovías, los gastos incurridos y citados en el citado (sic) numeral por la demora en la celebración del contrato”.

Orienta su defensa afirmando que la obligación del consorcio no se limitaba a la entrega física de las minutas, sino a la negociación y consecución oportuna de los empréstitos (hecho 11); que la obligación de financiación no terminaba con dichos requisitos, faltaba el restante trámite ante las autoridades crediticias (hecho 14); que el consorcio era parte activa del proceso de negociación tendiente a la celebración de los contratos de empréstito (hecho 20); que el consorcio no fue ajeno a los trámites internos y participó activamente en ellos (hecho 21) y que Ferrovías sí adelantó todos los trámites a que estaba obligada para la celebración de los contratos de empréstito (hecho 25).

El contratista en el desarrollo de la litis y en sus memoriales ha repetido insistentemente, con sincera tenacidad, que la demora en la suscripción del contrato no fue responsabilidad suya ni de Ferrovías, al extremo de considerar que la culpa *in contrahendo* es ajena a este debate. Busca el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, que en su sentir se rompió por la demora en la celebración del convenio.

El consorcio pareciera recoger el pensamiento del profesor García Enterría, quien sobre la presencia de un resultado dañoso ha dicho lo siguiente:

“... basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o un grupo para que surja la obligación de indemnizar sin que se requieren otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto la licitud o ilicitud del acto originador del daño”.

Los argumentos mostrados por la entidad contratante para desvirtuar los hechos referidos a la tardanza en la suscripción del contrato, son los mismos con los que trató de combatir los supuestos fácticos generales de la demanda que, *ut supra*, se circunscriben a endilgar al contratista una responsabilidad en el retardo en la firma del contrato, por no haber colaborado activamente en las diligencias previas a su perfeccionamiento cuando, como se ha demostrado y verificado, esa no era su obligación.

Como un apoyo a su razonamiento, invoca una sentencia del Consejo de Estado, de 13 marzo de 1992, expediente 6759, consejero ponente doctor Carlos Betancurt Jaramillo, quien sobre el retardo en el perfeccionamiento de un contrato estatal, reflexionó así:

“Muestran estos hechos debidamente probados que por causas no imputables a los contratantes, en el perfeccionamiento del contrato solo vino a lograrse corridos 10 meses del primer año comprendido en la licitación ...”.

“Es importante no olvidar la idea precedente, ya que ella es fundamental para la definición de este asunto: la demora en el perfeccionamiento del contrato no se debió a culpa o negligencia de ninguno de los contratistas.

“Esta afirmación permite sostener así que la controversia indemnizatoria que aquí se dirime no tiene como fundamento el incumplimiento de una de las partes, sino solo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. En términos generales lo que ejecuta el contratista debe ser equivalente a lo que percibe por su trabajo, con un margen prudencial de ganancia o lucro”.

“Si circunstancias ajenas a la voluntad de las partes proyectaron su ejecución hasta el 1º de noviembre de 1986 (10 meses después del bienio que debía culminar en dic./1885), es apenas justo reconocer que debe restablecerse dicho equilibrio, porque durante esos meses tuvo el contratista que prestar el servicio de condiciones más gravosas de las que les sirvieron de apoyo cuando elaboró su propuesta. Por eso mismo no es un problema de previsibilidad ni cabe hablar aquí de condiciones conocidas por el contratista que no le dan derecho a ser indemnizado, porque lo previsto o lo imprevisto debe jugar dentro del plazo contractual (años 1984 y 1985) y no después de este. No era previsible pensar que un contrato de aseo para dos anualidades dadas (1984 y 1985) tuviera que negociarse con precios de 1986”.

“La exigencia del cumplimiento del contrato de condiciones más onerosas que las que debía soportar el contratista rompió el principio del equilibrio financiero a favor de la administración y en contra de aquel; razón por la cual debe indemnizársele.

En idéntica dirección se pronunció esa alta corporación en sentencia de 16 de mayo de 1995, expediente 10.129, actor Inval, consejero ponente, Daniel Suárez Hernández:

“Le cabe razón al tribunal cuando sostiene que el proceso de selección de un contratista, juegan papel preponderante los principios de igualdad y libre competencia, los cuales se proyectan hasta la ejecución de la obra contratada. Se puede, mantener así una organización y una programación relativamente invariables para la ejecución de la obra, salvo, por supuesto, que se presenten circunstancias sobrevinientes e inesperadas que obliguen a variar o modificar el desarrollo de los trabajos contratados. Sin embargo, en tales ocurrencias, siempre y cuando no se hayan producido por causa o razón del contratista, si los cambios se imponen a pesar de la sujeción de este a lo estipulado en el contrato, si en su comportamiento prima la buena fe y el respeto por los principios reguladores de la contratación administrativa, no habría lugar entonces a cuestionamiento alguno para establecer las modificaciones necesarias en las condiciones contractuales y reconocer consecuentemente el valor de los sobrecostos que tales variaciones, se repite, no causadas por el contratista, generaron a su cargo. Se trataría en es esta situación, de mantener el equilibrio económico del contrato, donde el contratista le asiste pleno derecho a que se mantenga o restablezca la ecuación financiera del mismo, como la consagraba el Decreto 222 de 1983 y lo regula en la actualidad la Ley 80 de 1993 ...”.

En las definiciones que relacionó la entidad estatal en el pliego de condiciones, aparece la del contrato de empréstito⁽⁷⁾, como la que se aplica al contrato o contratos que suscriba Ferrovías para la ejecución del contrato de obra pública, como resultado de la licitación pública internacional LP1-001 de 1992 y/o de las negociaciones que independientemente de dicha licitación celebre Ferrovías con entidades financieras.

Oportuno para el Diccionario de la Lengua Española es lo que se hace o sucede en tiempo, a propósito o cuando conviene. La oportunidad para la firma de un contrato está dada por la indiscutible necesidad de la obra licitada, cuyos costos son los que tuvo en cuenta la entidad estatal cuando seleccionó la oferta del contratista y cuyos pagos deben corresponder a la coyuntura económica del momento en que se efectuó la adjudicación.

Firmar un contrato desbordando los plazos razonables, sin la certeza de la fecha en que la firma se debía efectuar, no solo rompe el equilibrio económico del contrato sino que le genera una situación de zozobra financiera y administrativa al contratista que se debe reparar.

El Consejo de Estado, en auto del 14 de abril de 1964, Sala de lo Contencioso Administrativo, consejero Jorge A. Velázquez D., discurrió de la siguiente manera sobre los efectos inmediatos de la licitación adjudicada:

Si el departamento había adjudicado la licitación a la firma demandante para la construcción de obras licitadas,

según aparece del acta respectiva y de su aprobación ministerial, esa manifestación de voluntad consignada de tales actos creó para el departamento una relación de derecho con respecto a la sociedad contratista, relación que lleva anexas obligaciones por parte de las personas entre quienes se acordó la licitación, y esto, porque no cabe duda que desde el momento en que hubo un pliego de cargos para una licitación pública o privada, en el cual constaron las condiciones del contrato y hubo aceptación de estas por parte del oferente, la resolución que declaró la adjudicación estableció una relación jurídica, debiendo observarse que dentro de sus condiciones se hallaba precisamente la de elevarse la adjudicación a contrato escrito”.

1.9. Dictamen pericial

En la demanda el consorcio presentó como pruebas un dictamen pericial preparado por la firma Price Waterhouse de 30 de junio de 1995 y un informe que denominó “pericial anticipado” rendido por los ingenieros Jorge Torres Lozano y Samuel Reales. El tribunal en auto 5 de mayo 28 los admitió como pruebas.

En el dictamen pericial decretado por el tribunal, el consorcio solicitó que los peritos economistas confrontaran su dictamen con el experticio rendido por los ingenieros Torres L. y Reales y el tribunal de oficio dispuso que los peritos se pronunciaran sobre la veracidad e idoneidad de las conclusiones consignadas en el mismo trabajo, que como documento técnico y bajo el nombre de prueba pericial anticipada, aportó el consorcio.

El tribunal en el acápite de pruebas pedidas por el consorcio en la contestación de la reforma de la demanda (cdno. ppal., fls. 345, 346 y 347) ordenó tener como pruebas la primera y segunda parte del experticio rendido por los ingenieros Torres y Reales y el experticio preparado por la firma Price Waterhouse, así como completar el dictamen con las preguntas formuladas por el consorcio.

Para el tribunal resulta de señalada importancia condensar las tres (3) pruebas: el experticio de la firma Price Waterhouse, el experticio practicado por los ingenieros Torres y Reales y el dictamen pericial elaborado por los peritos Diego Salazar Valencia y Guillermo Castro Fuentes, ambos economistas con especialidad en matemáticas financieras, porque de su valoración, de su comparación, de su estudio y análisis y de la firmeza de sus conclusiones, el tribunal extraerá los costos ciertos y realmente causados al consorcio por la demora en la firma del contrato.

Los ingenieros Samuel Reales y Jorge Torres, a una pregunta sobre cuáles costos en el momento de elaborar su propuesta, podrían ser razonablemente estimados por los proponentes para la etapa precontractual y cuáles estarían por fuera de una prudente interpretación del pliego de condiciones respondieron lo siguiente:

“Para la adjudicación y ajustes de la propuesta seleccionada, los pliegos de condiciones establecían un plazo de 120 y 60 días, respectivamente, ampliables en un 50% a juicio de Ferrovías, de acuerdo con sus necesidades. Debía, pues, contemplarse una espera de hasta 270 días, transcurridos los cuales se iniciaba la etapa de suscripción de los contratos de empréstitos para, luego sí, suscribir el contrato de obra. Razonablemente, para esta última etapa podría asignarse un plazo de tres meses, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el cierre de la licitación y, en especial, desde que la propuesta había sido seleccionada, lo cual le permitía a la entidad estructurar el conjunto de actividades necesarias para perfeccionar los contratos de empréstito. Se contemplaba así un año de trámite desde el cierre de la licitación hasta la firma del contrato de obra. Esto nos lleva a afirmar que los costos causados en el período comprendido entre el mes de octubre de 1993 y marzo de 1995 no tenían por qué quedar incluidos en los costos estimados en la propuesta del consorcio para esta etapa precontractual.

De los costos relacionados en la respuesta anterior, que fueron incorporados en la contabilidad de los miembros del consorcio como costos diferidos del contrato, excluimos correspondientes a ajustes por inflación, gastos de viaje, compra de activos, gratificaciones, diversos, adecuaciones e instalaciones, gastos legales, capacitación, mantenimiento y reparaciones, impuestos, amortizaciones y dotaciones. En cuanto a la partida correspondiente a gastos de viaje, que es la más significativa de las que se eliminan, si bien es cierto que, como se trata de un personal altamente especializado cuya disponibilidad debería garantizarse durante todo este período, sus gastos de desplazamiento entre su sede y Colombia de todas maneras deberían ser asumidos por el contratista al iniciar la ejecución del contrato.

En la misma cuenta de personal expatriado se ajustaron las cifras correspondientes a los meses de febrero y marzo de 1995, el primero al 35% y el segundo al 25%, por cuanto corresponde a los meses inmediatamente anteriores a la firma del contrato y, en consecuencia, debían prepararse para la iniciación de los trabajos. Igualmente se redujo al 10% la cifra de febrero de 1995, ya que se encontró a que correspondía a pagos que necesariamente se causarían al iniciar los trabajos. Finalmente, debemos anotar que las cifras presentadas corresponden a los registros contables del consorcio, cuyos libros de comercio, de acuerdo con los certificados que se adjuntan como anexo 8, se encuentran debidamente registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá.

En el cuadro que se presenta a continuación de esta respuesta se muestran las cifras, mes a mes, en el período de octubre de 1993, marzo de 1995 para los ítems relacionados. Cada una de las cifras resultantes se actualiza a 30 de noviembre de 1996 usando los índices de precios al consumidor, IPC, nacional total del mes de causación de los gastos. Los valores resultantes se muestran en la columna “valor actualizado” (cdno. de pruebas. 9, fls. 4104, 4105 y 4108).

Costos diferidos del contrato en el período octubre/93 – marzo/95											
Mes	Personal expatriado	Personal nacional	Arriendos	Servicio telef.	Honorarios	Médicos drogas	Servicio transp.	Seguros salud y vida	Totales	ICP Nal. total	Valor actualizado
1. Constructora Norberto Odebrecht											
Oct. 93	77975	435	2000	5351	910	0	2106	2	88781	317.10	160864
Nov. 93	68927	447	8822	15141	2769	0	0	0	96106	321.19	171919
Dic. 93	77280	3017	7623	9404	3824	0	0	2903	104051	324.84	184040
Ene. 94	80077	7210	5924	5409	1341	0	0	0	99961	335.08	171403
Feb. 94	91131	5616	7884	6367	718	0	0	0	111716	347.43	184750
Mar. 94	88190	12407	5580	3895	3225	0	0	248	113545	355.13	183703
Abr. 94	56937	3322	7687	10548	6445	0	0	0	84939	363.56	134235
May. 94	63153	4609	11576	2472	1225	0	0	0	83035	369.19	129225
Jun. 94	66453	3650	8943	4887	2507	0	0	0	86440	372.54	133314
Jul. 94	61497	7053	4393	3330	2043	0	0	306	78622	375.94	120160
Ago. 94	57892	7462	5551	6200	2102	0	0	0	79207	379.62	119881
Sep. 94	28595	14384	5884	7352	2111	0	0	45	58371	383.77	87390
Oct. 94	37001	-3849	6832	2773	2112	661	0	0	45530	388.06	67412
Nov. 94	36842	978	4172	3805	2219	133	0	0	48149	392.38	70504
Dic. 94	30446	-596	4249	4658	2880	2449	0	0	44086	398.24	63605
Ene. 95	28571	1098	2648	193	712	0	0	0	33222	405.60	47061

Feb. 95	28537	2625	3728	942	3637	676	0	0	39968	419.91	54688
Mar. 95	32841	7432	5419	2815	3028	31	0	0	51566	430.91	68756
Totales	1012165	77300	108915	95542	43808	3953	2106	3504	1347295		2152910

2. Conciviles											
Ene. 94	8533								8533	335.08	14631
Feb. 94	9348								9348	347.43	15459
Mar. 94	9348								9348	355.13	15124
Abr. 94	8713								8713	363.56	13770
May. 94	8713								8713	369.19	13560
Jun. 94	7316								7316	372.54	11283
Jul. 94	5919								5919	375.94	9046
Ago. 94	5919								5919	379.62	8958
Sep. 94	2960								2960	383.77	4432
Ene. 95	1674								1674	405.60	2371
Feb. 95	2511								2511	419.91	3436
Mar. 95	2511								2511	430.91	3348
Totales	73465								73465		115419

Como las actividades precontractuales finalizaron el 17 de junio de 1993, es decir tres (3) meses después de la adjudicación (mar. 19/93), el tribunal considera que tres (3) meses contados a partir del 17 de junio (fin de la etapa precontractual) era el término razonable para la suscripción del contrato, por lo que los costos diferidos solo se tendrán en cuenta los causados a partir de octubre de 1993 y hasta marzo de 1995, fecha de la firma del contrato.

Solo se aceptan como costos diferidos del contrato, en el período de octubre de 1993 a marzo de 1995, los correspondientes a personal expatriado, al personal nacional, arrendamientos, servicios telefónicos, honorarios, médicos y drogas, servicio de transporte y seguros de salud y vida, excluyéndose los relacionados a ajustes por inflación, gastos de viaje, compra de activos, gratificaciones, adecuaciones e instalaciones, gastos legales, capacitación, mantenimiento y reparaciones, impuestos, amortizaciones y dotaciones, que habían sido incluidos en otro cuadro, igualmente preparado por la firma Price Waterhouse (cdno. de pruebas. 9, fl. 4103). La más significativa de las que se suprimen es la de gastos de viaje, en el entendido de que el personal especializado del proponente debía permanecer disponible para el comienzo de la obra, que era inminente.

El anterior cuadro fue preparado por los ingenieros Samuel Reales O. y Jorge Torres y muestra razonablemente, mes por mes, las cifras en el período de octubre de 1993 a marzo de 1995, con los ítems que en su criterio conformaron el conjunto de gastos en los que realmente incurrió el contratista, por una permanencia y una actividad originada en la expectativa de la suscripción del contrato, cifras inferiores a las puntualizadas por Price Waterhouse en el cuadro citado anteriormente.

En la confrontación realizada por los peritos Guillermo Castro P., y Diego Salazar de su dictamen pericial con el experticio rendido por los ingenieros Torres y Reales discurren de la siguiente manera:

“Nos parecen idóneos y veraces los criterios seguidos por señores Jorge Torres L., y Samuel Reales para asignar apropiadamente los costos diferidos” (pág. 44 del dictamen).

De esa manera y en esos términos despejaron los interrogantes referidos a la estimación razonable de los costos que le ocasionó al consorcio la tardanza en la ejecución del contrato.

Los peritos para valorar la idoneidad y la precisión del documento que como prueba anticipada se aportó al caso *sub examine*, particularmente la pregunta de “en qué gastos incurrieron las sociedades integrantes del consorcio que se podían incorporar como gastos diferidos del contrato, entre la fecha entre la cual concluyeron las actividades precontractuales y en la que se firmó el contrato”, la respondieron y la valoraron con las siguientes palabras ...:

Son correctas las cifras presentadas por la prueba pericial anticipada de acuerdo a los informes sobre costos diferidos presentados por Price Waterhouse y Conciviles S.A.

Este último dictamen, el que no fue objetado por las partes, que coincide en su totalidad con la pericial anticipada que como prueba documental allegó el consorcio, posee la suficiente firmeza para decidir este laudo. En efecto son tan complejas las razones de orden financiero presentadas por las partes para sustentar sus reclamaciones, tan intrincados los argumentos de orden económico alegados por las partes y tan frecuente el uso de expresiones como fórmulas, valores, reajustes, factores, libor, etc., que el tribunal atenderá las comprobaciones periciales.

El tribunal con fundamento en las pruebas aportadas ha encontrado que por hechos no imputables al contratista, originados en la demora en la celebración del contrato, este incurrió en mayores costos no previstos por él en su oferta, y que no era su obligación preverlos, en el período comprendido entre octubre de 1993 y la celebración del mismo, lo cual se tradujo en un rompimiento del equilibrio financiero del contrato el cual será necesario restablecer.

Para determinar el *quantum* de los mayores costos por reconocer y en consecuencia de las sumas por pagar por Ferrovías al contratista, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

Se consideran exclusivamente los mayores costos reivindicables por el contratista por estar directamente relacionados con la causa de su ocurrencia, por tanto de acuerdo con el dictamen citado para llegar al valor determinado por los expertos se excluyeron de la reclamación presentada por el contratista a Ferrovías todos los gastos que de todas maneras debían ser asumidos por el contratista y que se citaron anteriormente.

La indemnización que se reconoce al consorcio en razón de los sobrecostos en que incurrió, debe comprender, conforme al artículo 1613 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante entendiendo por el primero el perjuicio que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haber retardado su cumplimiento. Conforme lo tiene expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a la noción de daño emergente corresponde el concepto de inflación o pérdida del poder adquisitivo del dinero. A su turno, deberá reconocerse separadamente el lucro cesante para que la indemnización sea íntegra.

El reconocimiento de la pérdida del valor de la moneda no constituye, en efecto, un lucro para el indemnizado en la medida en que este recibe una suma igual a la de los perjuicios al momento en que se produjeron, solo que con el mismo poder adquisitivo de entonces. Así mismo, no constituye una carga adicional para quien debe satisfacerla porque no está pagando más de lo que legalmente debe compensar. De otra parte, para la indemnización total, habrá de reconocerse por concepto de lucro cesante intereses a la tasa del 6% pedida por el consorcio en su demanda, que corresponde a la tasa de rédito puro, calculada sobre la suma adeudada.

De conformidad con los cálculos efectuados por los doctores Jorge Torres Lozano y Samuel Reales Ortiz en respuesta a la pregunta 11 del dictamen pericial anticipado, la cifra por los mayores costos, no imputables al contratista, y generados por la demora en la celebración del contrato 01-0060-0-95 es la cantidad de \$ 1.420.760.000.

Este valor histórico se actualizará con el índice de precios al consumidor a septiembre 30 de 1997, según la certificación del DANE último del que dispone el tribunal y se imputarán, hasta la fecha del laudo, intereses del 6% anual, así:

IPC a septiembre de 1997	= 665.02
IPC a noviembre 30 de 1996	= 574.56
Valor a noviembre 30 de 1996	= \$ 2.268.329.000
Valor actualizado a septiembre 30/97	
= \$ 2.268.329.000 X $\frac{665.02}{574.56}$	= \$ 2.625.459.745
Intereses a noviembre 30/96	= \$ 298.121.000
Intereses a noviembre 30/96 a octubre 30/97 (334 días:	
$\frac{0.06 \times 334 \times 2.625.459.745}{365}$	= \$ 144.148.530
Total intereses	= \$ 442.269.530
Resumen:	
Valor actualizado a septiembre 30 de 1997	= \$ 2.625.459.745
Valor intereses a octubre 30 de 1997	= \$ 442.269.530
Total	= \$ 3.067.729.275

El pago de este valor deberá producirse por Ferrovías dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del laudo, y generará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término. Así lo dispondrá en la parte resolutive.

2. Sobre los cambios en la aplicación de las fórmulas de reajuste en pesos y en moneda extranjera

2.1. Cuestiones planteadas al tribunal

Se le plantean al tribunal las siguientes cuestiones:

Por parte del consorcio, efectuar los cambios pertinentes en las fórmulas de reajuste, de tal manera que los ítem “drenajes, obras de protección, trabajos varios y precios nuevos” sean clasificados en un grupo de ajuste distinto; que se revise la fórmula de reajuste de la componente en pesos colombianos en el grupo de ajuste de “movimiento de tierra, balasto y sub balasto, por cuanto los combustibles representan el 60% de los costos reajustables, que no refleja la real incidencia de este insumo en los costos de los precios; que el mecanismo de reajuste del anticipo y el mecanismo de reajuste del pago anticipado, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera, no permiten actualizar integralmente los precios reconocidos o por reconocer al contratista. Por parte de Ferrovías, que en la fórmula de reajuste en moneda extranjera se elimine toda referencia al valor de la moneda brasileña con respecto al dólar así como a los índices de costos relacionados con Brasil.

La solicitud presentada por las partes contiene inequívocamente una modificación de las fórmulas de reajuste de los precios, acordadas libremente por las partes en el contrato de obra pública. E igualmente contiene una solicitud para que el reajuste del anticipo no se realice en los términos del artículo diecinueve sino en los del artículo dieciocho.

El contratista persigue defender su interés financiero y tiene derecho a que se le asegure este mediante el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera. Lo anterior es una consecuencia del principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, derecho al que se le agrega el inherente al contrato mismo, es decir a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato.

Que se proceda a sustituir una fórmula de reajuste por una nueva que refleje las variaciones de los factores importantes en los costos no es recibo en este caso, porque no se puede pretender que el juzgador invente nuevas fórmulas generales y abstractas porque la jurisdicción es concreta, individual y real. Adviértase cómo las partes no solo proponen que se cambien los mecanismos de reajuste de las fórmulas, sino que se reemplacen por las

precisadas por ellas en sus demandas, olvidando que el tribunal tampoco puede modificar sus componentes, ya que los árbitros tienen competencia para interpretar el contrato pero carecen de facultad para modificar sus estipulaciones.

2.2. Las fórmulas cuyo mecanismo de reajuste se quiere modificar

Las fórmulas pactadas en el contrato de obra pública para ajuste de precios son:

Anexo 2

Contrato de obra pública 01-0060-0-95

Ferrovías Constructora Norberto Odebrecht - Conciviles Empresa Colombiana de Vías Férreas

Anexo 2

Fórmulas de reajuste

“Para compensar las variaciones de los distintos componentes que conforman los costos de el contratista, Ferrovías reconocerá a este durante la ejecución del contrato, reajustes sobre los precios en pesos colombianos y en moneda extranjera. Los reajustes se harán a los valores mensuales facturados de acuerdo al procedimiento que se indica a continuación.

1. Componente en pesos colombianos

1.1. Movimiento de tierra, sub balasto y balasto

Para la parte del pago mensual correspondiente a la componente en pesos colombianos de los ítem 1.1 a 1.7, 2.1 a 2.10, 3.1 a 3.20, 4.1, 4.2, 4.6, 8.1 a 8.6, 9.7, 13.1, 13.2, 13.4, 13.6, 13.7, 13.8 y 13.9 del listado de cantidades y precios - anexo 1 del contrato el reajuste se hará la siguiente fórmula:

Donde los símbolos de las fórmulas tienen el siguiente significado.

Po = Monto básico a pagar por el mes “m” de la componente en pesos colombianos liquidado a los precios unitarios del contrato.

Pm = Monto reajustado de la componente en pesos colombianos de cada uno de los pagos mensuales del mes “m” que deban hacerse al contratista por concepto de los trabajos ejecutados en ese mes.

A = Valor del anticipo entregado al contratista, expresado como fracción del valor estimado del contrato.

S = Índice de la mano de obra para la construcción pesada; se tomará el promedio de los índices para obras de explanación, obras de arte y puentes. Esta información aparece publicada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, en su “boletín mensual de estadística”; en la sección correspondiente a índices de costos de la construcción pesada.

E = Índice de equipo para la construcción pesada; se tomará el promedio de los índices para obras de explanación, obras de arte y puentes. Esta información aparece publicada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, en su “boletín mensual de estadística”; en la sección correspondiente a índices de costos de la construcción pesada.

C = Índice de combustible, obtenido mediante la siguiente fórmula:

$$C = 0.50 \text{ ACPM} + 0.10 \text{ Gasolina} + 0.40 \text{ aceite}$$

En donde:

ACPM = Precio de venta por galón de ACPM en la planta de abasto mayorista de Terpel en la Estación de Pozos Colorados, fijado por resolución del Ministerio de Minas y Energía.

Gasolina = Precio de venta por galón de gasolina corriente en la distribuidora de Terpel en la Estación de Pozos Colorados, fijado por resolución del Ministerio de Minas y Energía.

Aceite = Precio al por mayor del aceite Carter SAE30 en la planta distribuidora de Terpel en Santa Marta.

Los subíndices en la fórmula, representan:

o = Corresponde a los índices del mes anterior al cierre de la licitación (sep./92).

m = Corresponde a los índices del mes calendario para el cual se hace el ajuste, de conformidad con lo establecido al respecto en el contrato.

1.2. Superestructura, puentes y obras de arte

Para la parte del pago mensual correspondiente a la componente en pesos colombianos de los ítem 5.1 a 5.8, 6.1, 6.2, 7.1 a 7.7, 8.7, 9.1 a 9.6, 9.8 a 9.11, 10.1 a 10.4, 13.3.1 a 13.3.5, 13.5, 13.10 y 13.11 del listado de cantidades y precios anexo 1 el reajuste se hará según la siguiente fórmula:

M = Índice de materiales para el grupo obras de arte. Información aparece publicada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, en su “Boletín mensual de estadística”; en la sección correspondiente a índices de costos de la construcción pesada.

A, S, E y los subíndices m y o tienen el mismo significado indicado en el literal 1.1.

2. Componente en dólares de los Estados Unidos de América

2.1. Movimiento de tierra, sub balasto y balasto

Para la parte del pago mensual correspondiente a la componente en dólares de los ítem 1.1 a 1.7, 2.1 a 2.10, 3.1 a 3.20, 4.1, 4.2, 4.6, 8.1 a 8.6, 9.7, 13.1, 13.2, 13.4, 13.6, 13.7, 13.8 y 13.9 del listado de cantidades y precios - anexo 1 el reajuste se hará según la siguiente fórmula:

Donde el símbolo de las fórmulas tiene el siguiente significado:

Q_m = Monto reajustado de la componente en dólares de cada uno de los pagos mensuales del mes “m” que deberán hacerse a el contratista por concepto de los trabajos ejecutados en ese mes.

Q_o = Monto básico a pagar por el mes “m” de la componente en dólares liquidados a los precios unitarios del contrato.

H = Índice nacional de costo de la construcción - mano de obra, columna 1° publicado por el Instituto Brasileño de Economía de la Fundación Getulio Vargas.

U = Índices de precio al por mayor - disponibilidad interna, bienes de producción —máquinas y equipos— columna 15 publicado por el Instituto Brasileño de Economía de la Fundación Getulio Vargas.

B = Valor en la moneda de Brasil de un dólar de Estados Unidos de América, conforme a los publicados por el Banco Central del Brasil. B_o y B_m debe tener la misma base monetaria. En el caso contrato, deberá trabajarse con una ecuación que las haga equivalentes.

A y los subíndices o y m tienen el mismo significado indicado en el numeral 1.1, cuando los subíndices se aplican a B, significa respectivamente último día del mes de septiembre de 1992 y el último día del mes para el cual se hace el reajuste.

2.2. Superestructura, puentes y obras de arte

Para la parte del pago mensual correspondiente a la componente en dólares de los ítem 5.1 a 5.8, 6.1, 6.2, 7.1 a 7.7, 8.7, 9.1 a 9.6, 9.8 a 9.11, 10.1 a 10.4, 13. 3.1 a 13.3.5, 13.5, 13.10 y 13.11 del listado de cantidades y precios,

anexo 1 - el reajuste se hará según la siguiente fórmula:

Donde los símbolos en las fórmulas tienen el siguiente significado:

K_m = Monto reajustado de la componente en dólares de cada uno de los pagos mensuales del mes “m” que deban hacerse a el contratista por concepto de los trabajos ejecutados en ese mes.

K_o = Monto básico a pagar por el mes “m” de la componente en dólares liquidados a los precios unitarios del contrato.

F = Indices de precios al por mayor oferta global, productos industriales, industria de transformación metalúrgica, hierro, acero y derivados, columna 32 - publicado por el Instituto Brasileño de Economía de la Fundación Getulio Vargas.

A, B, H, U y los subíndices m y o tienen el mismo significado indicado en el literal 2.1.

3. Ajustes para tarifas de equipos y de personal

3.1. Las tarifas presentadas por el contratista en el formulario 19 de su propuesta, para arrendamiento de equipos se ajustará afectándolos por la relación:

Para la componente en pesos.

E y los subíndices m y o tienen el mismo significado indicado en el numeral 1.1

3.2. Las cifras para el personal presentados por el contratista en el formulario 18 de su propuesta se ajustarán afectándolos por la relación:

Para la componente en pesos.

S y los subíndices m y o tienen el mismo significado indicado en el numeral 1.1”.

2.3. Los principios de la imprevisión y de la revisión

Las fórmulas de reajuste constituyen el mejor antídoto contra la inflación de costos y de precios. Las fórmulas procuran, para eso se pactan, remediar las condiciones variables e imprevisibles de la economía y la consecuente afectación de esos fenómenos en el contrato.

La doctrina advierte que entre el sistema de revisión del contrato por mayores costos y la teoría de la imprevisión de donde se deriva el primero, existen varias diferencias. La primera y la más importante es que la teoría de la imprevisión tiene aplicación en casos excepcionales, mientras que el régimen de mayores costos se aplica a hechos normales como lo son los elementos previsibles en el mercado. La segunda estriba en que la teoría de la imprevisión ofrece soluciones, igualmente excepcionales, que van desde la rescisión del contrato hasta el pago de indemnizaciones parciales para que el contrato no fracase, mientras que en la teoría de los mayores costos el principio es de mantener lo más exactamente posible la ecuación económica del contrato (la negrilla es nuestra).

Una tercera diferencia es que la teoría de la imprevisión se aplica en todos los contratos administrativos, en cambio el de los mayores costos es propio, en principio, de los contratos de obra pública.

El tribunal destaca uno de los apartes de un laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y la empresa Estruco Ltda., que en su parte pertinente dijo lo siguiente:

“La actualización de precios se produce en otros contratos mediante maneras diversas; así, en la concesión de servicios públicos se opta por el reajuste de las tarifas que se cobran al usuario; en la concesión de los recursos de dominio público se recurre al reajuste de la regalía; en el peaje al reajuste del precio del peaje; en el arrendamiento al reajuste del canon, etc”.

Ambos principios, el de la imprevisión y el de la revisión se nutren del principio *rebus sic stantibus* que se entendía como mandato implícito en los contratos bilaterales, conmutativos, onerosos y de ejecución sucesiva, para morigerar aquellas situaciones en que una de las partes llegara a padecer una acusada onerosidad sobreviniente, que desajustara la conmutatividad del contrato.

Retornar las cosas a como fueron en el contrato, significa que este mantiene la situación de recíproco sacrificio beneficio, únicamente en cuanto permanezca inmodificada, y no la mantiene cuando en su desarrollo se desequilibran las cargas obligacionales, produciendo una aguda onerosidad a cualquiera de las partes.

Pero esa excesiva onerosidad es la que se deriva de sucesos realmente extraordinarios e imprevisibles (la negrilla es nuestra), como aquel acontecimiento que no es normal que suceda o aquel hecho que no pudo ser imaginado por las partes en la etapa de celebración del contrato.

Se pregunta, entonces, si la teoría de la imprevisión tiene algún ascendiente sobre el sistema de ajuste por conducto de una fórmula polinómica, sobre los mayores costos sobrevinientes para el contratista *a posteriori* de la suscripción del contrato. ¿Juega en anterior escenario la teoría de la imprevisión, cuando fallan los cálculos del contratista, al aceptar o acordar índices que rebasan y desbordan una realidad repentina? ¿Qué ocurre cuando en el curso del contrato, se advierte que por un error en la definición de la proporción asignada, los combustibles representan un porcentaje superior al de su real incidencia en los costos de los precios?

¿Operará en el anterior ejemplo la teoría de la imprevisión respecto al exceso de onerosidad ocasionado por el rumbo anormal de uno de los factores o de uno de los componentes del contrato o existiendo la fórmula polinómica, se debe entender que todo sobrecosto, así sea imprevisto, debe considerarse un riesgo del contratista?

Para responder los interrogantes anteriores es necesario desentrañar el sentido que le dio nuestro legislador a la figura de la ecuación contractual, que busca mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar y que se apoya en motivos de equidad, justicia conmutativa y bien común. La ecuación contractual en nuestro ordenamiento está inspirada en la teoría de la imprevisión y sus causas deben ser temporales o transitorias, de modo que siempre sea posible la continuación del contrato.

2.4. ¿Qué se entiende por ecuación contractual en equilibrio?

Para Omar Franco Gutiérrez⁽⁸⁾, “es la decisión legal de que en un contrato se mantenga la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones que surgen en el momento de proponer o de contratar entre las partes”.

Así, si al momento de ofrecer un bien —continúa el autor citado— dicho bien tenía un valor, pero al momento de cumplir con el contrato el valor ha cambiado por motivos ajenos a la voluntad del contratista, este tiene derecho a que se le reconozcan los reajustes por el nuevo valor.

Lo que afirman los artículos 5º y 27 de la nueva ley de contratación es que cuando en un contrato cambian las circunstancias que lo originaron y esa alteración afecta a una de las partes, es posible revisar el contrato y ajustarlo a las nuevas circunstancias que no habían sido previstas (la negrilla es nuestra). Por lo tanto, el derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato pende de situaciones imprevistas, que no sean imputables a los contratistas.

En sentencia del Consejo de Estado francés del 30 de marzo de 1916, en el proceso *Gaz de Bordeaux*, que dio tránsito al reajuste de los precios de los contratos de concesión, para reparar la pérdida de los contratistas por el alza desmedida de los precios del carbón, en uno de sus apartes se dijo:

“Es necesario que el trastorno del equilibrio financiero del contrato presente un carácter temporal, pues si se trata de un desequilibrio definitivo, se está en presencia de una fuerza mayor que da lugar a otras consecuencias”.

No se puede desconocer la importancia que al mantenimiento del equilibrio económico le han dado tanto nuestra jurisdicción como nuestra jurisprudencia, la que ha evolucionado paulatina y seguramente desde las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, pasando por los decretos 1670 de 1967 y 150 de 1976, hasta llegar al Decreto 222 de 1983 y por último la Ley 80 de 1993, que en su artículo 5º ordinal menciona los derechos del contratista; en su artículo 27

reconoce la ecuación contractual y en el 28 señala cómo, en la interpretación de los contratos, se tendrán en consideración los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos propios de los contratos conmutativos.

En el ordinal 1° del artículo 5° de la Ley 80, se indica que el restablecimiento del equilibrio económico de la ecuación económica a punto de no pérdida, procede por la ocurrencia de situaciones imprevistas, no atribuibles a los contratistas, de tal manera que le corresponde al fallador valorar la ruptura de la ecuación financiera del contrato por causas imprevistas y de especial consideración ajenas al proponente.

Imprevisión es azar, imprudencia, precipitación o sencillamente improvisación. En la sentencia correspondiente al proceso 10151, conducido por el consejero, Daniel Suárez H. (SAE v. Ecopetrol) cuyos apartes más importantes fueron citados por el consorcio en su demanda y que han sido acogidos por el tribunal por la trascendencia de sus implicaciones en el manejo del principio del equilibrio económico del contrato, se consolidó la posición de que el derecho que le asiste al co contratante a que se le restablezca la ecuación financiera del contrato, debe estar precedido de una situación imprevista.

¿Se presentaron en el desarrollo y en la ejecución del contrato de obra pública 01-0060-0-95 situaciones real y objetivamente imprevistas, que lesionaran el equilibrio económico de la ecuación financiera? Para despejar este interrogante es indispensable examinar la conducta de las partes en la esfera de las negociaciones que sostuvieron, las que fueron relatadas por el consorcio de la siguiente manera:

“Mediante resolución del 19 de marzo de 1993, Ferrovías adjudicó la licitación pública internacional 001-92 al Consorcio Odebrecht - Conciviles. Para tal decisión, la empresa que usted preside actualmente, se basó en estudios de evaluación realizados, tanto por firmas colombianas (Interpian Ltda.) como por consultores extranjeros (Mercer Consulting), así como las recomendaciones del consejo directivo de la empresa.

Para la determinación de las cantidades definitivas de obra, según lo estipulaban los pliegos de condiciones, nuestro consorcio inició negociaciones correspondientes con Ferrovías (asistida por las firmas que hoy conforman la interventoría del proyecto) de acuerdo con el estudio de ingeniería de detalle, el cual difería de manera importante del estudio inicial que sirvió de soporte para la conformación del mencionado pliego. Dichas negociaciones se realizaron dentro de los términos previstos y de ellos se dejaron las actas correspondientes.

Con la negociación de las cantidades de obras definitivas y con la entrega de las minutas de los contratos de financiación, una y otra dentro de los términos previstos en el pliego de condiciones, el Consorcio Odebrecht - Conciviles cumplió enteramente con las obligaciones que le generaba el pliego de condiciones como proponente ganador de la licitación pública internacional 001-92” (cdno. de pruebas. 9, fls. 3979 y 3980).

El consorcio en la contestación a la demanda corregida presentada por Ferrovías, persigue que se declare que la fórmula de reajuste en moneda extranjera prevista en el contrato 001-0060-0-95 rompió la igualdad o equivalencia económica de las prestaciones de las partes y que se revise la fórmula pactada, eliminando toda referencia en la mencionada fórmula al valor de la moneda brasileña expuso los siguientes argumentos, que el tribunal hace suyos en la evaluación de este tema:

“Lo que no parece razonable es que después de celebrado el contrato y después de transcurrir el largo término que corrió desde la adjudicación hasta la celebración del mismo se le diga a la entidad contratista que, sin permitirle ajustar su propuesta, se pretende desconocer un elemento que formaba parte inescindible de su oferta, para sustituirlo por otro que le produce una lesión económica, en la medida en que conduce a que el consorcio afronte pérdidas por la incompleta actualización de los precios que este ofreció.

El contrato celebrado entre Ferrovías y el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A., Conciviles S.A., es conmutativo porque las partes conocían las prestaciones establecidas en favor y a cargo de cada una de ellas en el momento en que se adjudicó la licitación y, posteriormente, en el momento en que se suscribió el contrato. Esas prestaciones determinadas por las partes al momento de la adjudicación y al momento de la celebración del contrato se han mantenido inalteradas, sin perjuicio de las modificaciones surgidas de la suscripción de contratos adicionales. En lo tocante con la fórmula de reajuste, las partes tenían al momento de la adjudicación y,

posteriormente, al momento de la suscripción del contrato, los elementos de juicio que les permitían valorar su alcance y justamente lo que el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A. - Conciviles S.A., está solicitando que mantenga la conmutatividad del contrato, es decir que lo que las partes vieron como equivalente al momento de contratar no sea alterado por la posición unilateral e injustificada de una de ellas, que ahora prefiere otra fórmula diferente para obtener un beneficio que iría en directo detrimento de la remuneración que aceptó reconocerte en su integridad al Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A. -Conciviles S.A., como compensación por la realización de la obra, tal y como se pactó en el contrato celebrado.

¿Cuál es la firmeza de los vínculos que se pretenden establecer entre las partes si lo que ayer era una manifestación de compromiso hoy deja de serlo porque una de las partes, sin que ocurra un hecho cualquiera que modifique el estado de cosas existentes en el momento de contratar resuelve sin justificación alguna que no aprecia correspondencia entre lo que da y lo que recibe y para sustentar tal posición su argumento es elaborar una nueva estipulación que al ser aplicada arroja un valor más favorable?

Las fórmulas de reajuste son polinómicas, es decir no fueron elaboradas para un ítem específico, ni tampoco para un insumo dentro de un servicio.

Las fórmulas polinómicas fueron concebidas en el pliego de condiciones de la licitación pública internacional LPI-001-0060-0-92 con una ponderación de los insumos, de acuerdo con el grado de incidencia de estos en la ejecución del contrato”.

2.5. Los anexos del contrato y los contratos adicionales

Para abundar en razones, en el cuerpo del contrato de obra pública 001-0060-0-95 suscrito el 29 de marzo de 1995, se previó con celosa responsabilidad la lista de cantidades de obra, los precios unitarios y su valor total, con la descripción, igualmente precisa, de los trabajos (demoliciones, suministro de rieles y tubería, mampostería, obras de concreto, etc.). Ese cuadro es el anexo 1 del contrato de obra pública y su total general por moneda local y extranjera es el mismo que figura en el valor total del contrato.

En el anexo 2 del contrato de obra pública 001-0060-0-95 se previó el procedimiento para compensar las variaciones de los distintos componentes que conforman los costos del contratista, sobre los precios en pesos colombianos y en moneda extranjera, plasmadas en las fórmulas transcritas anteriormente.

En el anexo 3 del contrato se previó un mecanismo sobre los precios de ítem u obras para el que no existiera precios en la lista de cantidades y precios del contrato, señalados en el anexo 1.

En el anexo 4, las partes ratificaron su sometimiento a todas las normas ambientales y mineras que regulan las actividades desarrolladas en la ejecución del contrato, incluyendo la explotación de la cantera ley de Dios, cuyo material será utilizado exclusivamente para la rehabilitación de la línea férrea.

Y en el contrato 001-0060-1-95 de 1995 adicional 1 del 10 de abril de 1995 se convino aumentar el valor del contrato principal y se ratificó que los reajustes se verificarían de acuerdo con las fórmulas y condiciones acordadas en contrato principal (art. 18 y anexo 2 del contrato).

En este contrato adicional, el anexo 1 del contrato principal fue reemplazado por los anexos 1 y 2 del contrato adicional, que describían la lista íntegra y total de cantidades de obra, precios unitarios y valor total. Por último se suscribió otro contrato adicional, el 2, que modificó algunas de las cláusulas del contrato principal, que aumentó el valor del contrato principal y que especificó que el contratista declaraba expresamente que para la fijación del costo de las reparaciones incluyó todos los costos directos e indirectos que debería hacer, márgenes para imprevistos y las utilidades que esperaba obtener.

Es fácil concluir, pues, que las partes previeron de manera diligente todos los precios unitarios de los componentes del contrato y las cantidades de obra a ejecutar, que igualmente previeron, porque conjuntamente las examinaron.

Ferrovías ha solicitado que, como la fórmula de reajuste en moneda foránea prevista en el contrato 01-0060-0-95 rompió la igualdad económica o las contraprestaciones a las que estaban obligadas las partes desde el momento de

proponer, se debe ordenar la revisión de la fórmula pactada, para eliminar el desequilibrio económico que surge de su aplicación.

Pide, además, que de la mencionada fórmula se borre cualquier referencia al valor de la moneda brasileña con respecto al dólar, así como los índices de costos relacionados con Brasil, en particular los editados por la Fundación Getulio Vargas.

Agrega que si la cláusula no comprende todos los factores reales que incidan en el costo del contrato, se genera un desequilibrio económico, que traiciona la finalidad legal y la intención de las partes, expresada en el contrato mismo. Invoca un laudo arbitral de agosto 30 de 1983 (ConstruVías v. Ecopetrol) en uno de cuyos apartes se dijo que el tribunal podía acoger la fórmula de reajuste presentada por los peritos, siempre que se aproximara más a la realidad, teniendo en cuenta que su finalidad es la de preservar el equilibrio entre los derechos y obligaciones del contratista.

En virtud de ese principio, añade, en el contrato administrativo se pueden llevar a cabo reajustes para restablecer el balance, sin importar la voluntad formal plasmada en el contrato.

Los hechos de su pretensión están orientados a enterar al tribunal acerca de las condiciones pedidas en el pliego de condiciones; a resaltar lo que sobre financiación solicitaba el pliego; a transcribir la estructura de las fórmulas de reajuste; a repetir el contenido de las cartas de intención del Banco do Brasil, la CAF y el Bankers Trust; a recordar la adjudicación y el primer acuerdo de negociación entre las partes (hechos 11 y 12); a examinar la economía brasilera y su cambio de moneda (hecho 13); a relatar el porqué Ferrovías optó por financiar el proyecto con un crédito del presupuesto nacional que, a su juicio, nublabla la obligación para el contratista de comprar bienes y servicios de origen brasilero esencial en su oferta de financiación (hechos 14, 15, 16 y 17) y a evocar las conversaciones tendientes a revisar las fórmulas de reajuste de la componente en dólares.

Subraya cómo el 17 de enero de 1996 las partes acordaron finalizar las negociaciones dirigidas a revisar las fórmulas de reajuste.

Como base de su pretensión explica cómo la Ley 80 erigió el principio del restablecimiento económico de los contratos como uno de sus pilares, cómo el mantenimiento del equilibrio económico contractual es el reconocimiento textual del principio de la equidad en los contratos conmutativos, consagrado en el Código Civil, y cómo nuestro legislador concibió la necesidad, partiendo de la base de elementos objetivos, de restablecer la ecuación contractual.

Tratándose de situaciones de ruptura que afecten a la administración, no se reclaman hechos calificados, sino simplemente el hecho objetivo del desequilibrio, independientemente de su modalidad y temporalidad, agrega.

Admite cómo la fórmula propuesta inicialmente condujo a resultados erráticos, lo que llevó al contratista a proponer la modificación de la relación Bm/Bo por la relación Bo/Bm, que también condujo a resultados excesivos en su aplicación en términos de moneda extranjera (49.76%) para el período comprendido entre agosto de 1992 y septiembre de 1995 y aplicado al 100% de el precio reajustado. Para el 80% excluyendo el anticipo del 20% el porcentaje se incrementa al 62.2%, concluye.

Admite sin mayores comentarios que en el contrato quedó consignada la relación Bo/Bm y la utilización de índices brasileños.

2.6. La cláusula décimo octava y los reajustes

Décimo octava: Reajuste de precios: Para compensar las variaciones de los distintos componentes que conforman los costos de el contratista, Ferrovías reconocerá a este durante la ejecución del contrato, reajustes sobre los precios en pesos colombianos y en moneda extranjero. Los reajustes se harán a los valores facturados según el alcance y de acuerdo con el procedimiento que se indica a continuación. No estarán sujetos a la aplicación de fórmulas de reajuste el anticipo, cuyo ajuste será el estipulado en la cláusula décimo novena, "Forma de pago" y aquellos ítem para los cuales no se especifiquen fórmula de reajuste. El cálculo y el valor del reajuste se consignará en acta suscrita por el contratista y el interventor, que debe ser aprobada por Ferrovías. En el anexo 2 se detallan

las fórmulas de reajuste aplicables a los diferentes grupos de obra y a las monedas en que se pagarán.

PAR. 1º—Los reajustes de precios serán calculados y hechos efectivos empleando los índices del mes en que se ejecute la obra a la cual se aplica el reajuste, siempre y cuando dicho mes no sea posterior a aquel en que según el programa de inversiones debe ejecutarse; en caso de atraso con respecto a dicho programa, por causas imputables a el contratista se aplicarán los índices del mes en que debió ejecutarse la obra.

Esto último sin perjuicio de la aplicación de las multas establecidas en la cláusula trigésima sexta “multas”.

PAR. 2º—En caso de que se presenten demoras para obtener los índices establecidos en las fórmulas de reajuste, podrán hacerse liquidaciones provisionales de los reajustes, con base en el promedio de variación mensual de los tres (3) últimos índices definitivos conocidos. Una vez conocidos los índices definitivos se harán los correspondientes ajustes definitivos, deduciendo los valores ya pagados por reajustes provisionales. En caso de que el factor de ajuste calculado para un acta sea menor que la unidad, el valor del reajuste correspondiente se descontará del valor de la cuenta del acta que se esté tramitando o de cualquier suma que Ferrovías le adeude a el contratista.

PAR. 3º—Los pagos por concepto de reajuste de precios, serán hechos en las mismas monedas establecidas en el contrato para los costos básicos.

PAR. 4º—Las distintas fórmulas de reajustes convenidas se aplicarán para el monto total de la respectiva componente y para el mes respectivo. Quedará en consecuencia totalmente reajustado el valor del acta mensual correspondiente.

En el artículo décimo octavo se precisa, que en el anexo 2 se detallan las fórmulas de reajuste aplicables a los diferentes grupos de obra y a las monedas en que se pagarán; que los reajustes de precios serán calculados y hechos efectivos empleando los índices del mes en que se ejecute la obra y que las distintas fórmulas de reajustes se aplicarán para el monto total de la respectiva componente y mes respectivo.

Expone de manera ordenada cómo los contratos de obra pública interesan al funcionamiento mismo del Estado y de sus servicios públicos, cómo el principio del equilibrio financiero de los contratos es ante todo una solución justa, una relación de equidad —tesis que también hace suya el contratista— y cómo, el ítem de los rieles, dada su importancia en el componente de los bienes importados, lleva a resultados que califica de “perversos”.

Considera que en la fórmula de reajuste existe un error sobre la sustancia misma de la fórmula, que conlleva a que se encuentre viciado el consentimiento. En otras palabras que se contrató bajo el imperio de un falso concepto de la fórmula, es decir, que se contrató creyendo que la fórmula estaba cumpliendo su cometido de reajustar, lo que no era cierto.

Como una solución a su reclamo sugiere, después de eliminar la fórmula del pliego (escenario 1) y la fórmula contractual (escenario 2), la aplicación de una fórmula con índices estadounidenses únicamente, que tome como patrón el valor del dólar americano.

El consorcio en su oportunidad contestó los hechos de la demanda, enfatizando en que Ferrovías no repitió íntegramente el punto de reajuste de precios definido en la demanda, concretamente la parte que decía ... “las tasas de cambio de monedas extranjeras con respecto al dólar de los Estados Unidos serán las tasas suministradas por el Banco de la República”, como se omitió que para ... “el reajuste de pagos en moneda extranjera el proponente podrá proponer índices diferentes a los aquí previstos” (en el pliego de condiciones), como para el caso *sub lite* carecen de significado las ofertas financieras que presentó junto con su propuesta técnica y como el privilegio de proponer índices diferentes a los contenidos en el pliego, no estaban ligados a la oferta de financiación.

Es de la opinión que la incorporación de índices que tomaran en consideración la variación de precios en el país de origen de uno de los integrantes del consorcio, fue un presupuesto básico de su propuesta.

En el anexo dos (2) del contrato se le sumó una leyenda cuyo texto es el siguiente:

B = Valor de la moneda de Brasil de un dólar de los Estados Unidos de América conforme a los (sic) publicado por el Banco Central del Brasil. Bo y Bm deben tener la misma base monetaria. En caso contrario deberá trabajarse con una ecuación que los haga equivalentes.

El anterior texto fue adicionado a solicitud de Ferrovías, afirma el contratista, añadiendo que la filosofía y la composición de las fórmulas de reajuste de la componente en moneda extranjera jamás estuvieron ligadas a la financiación y que en parte alguna de su oferta, ni en documento posterior a la misma, hizo manifestación en el sentido de que los índices de Brasil estuvieran relacionados con el hecho de que se fueran a adquirir algunos bienes del contrato en ese país.

Los demás hechos los aclara y el resto los acepta como ciertos.

Pero leamos el pensamiento del maestro Miguel S. Marienhoff⁽⁹⁾, quien sobre el error discierne de la siguiente forma:

“... Puede ocurrir al comenzar el cumplimiento o la ejecución del contrato de obra pública, o ya en curso este, el contratante se encuentre ante circunstancias materiales, de carácter anormal, que razonablemente pudieron no ser previstas al contratar las cuales dificultan o encarecen el cumplimiento de lo convenido. ... Desde luego (las dificultades materiales imprevistas no pueden asimilarse o confundirse con los errores derivados del provecho ... Si las dificultades de referencia son las que no pudieron ser “previstas”, mal podría hablarse en este caso de “error” en el proyecto. El “error” reposa en hechos conocidos, o que razonablemente debieron conocerse, pero que fueron equivocadamente valorados. En cambio, “las dificultades materiales imprevistas” son las caracterizadas en el párrafo anterior cuya aparición no le es imputable al Estado ni al contratante ...”.

“Es de advertir que el carácter anormal de las llamadas dificultades imprevistas”, es simplemente relativo, pues tal carácter debe entenderse en el sentido de que lo ocurrido “no es frecuente”. La anormalidad se concreta en la “no frecuencia de la aparición del respectivo fenómeno natural”, “no frecuencia” que debe referirse a la zona o región que se considere.

“Las dificultades materiales imprevistas son de origen natural y constituyen fenómenos ocultos en el seno terrestre ... Las dificultades de origen humano (creadas por el hombre) no integran el expresado concepto de dificultades materiales imprevistas, pues siendo aquellas manifiestas, u ostensibles, su existencia no permite consideradas como “imprevistas”, el no haberlas tomado en cuenta o no haberlas considerado, trasunta un caso común de negligencia o culpa que, por tanto, no da lugar a indemnización ...

“Finalmente, es de advertir que las cláusulas contractuales en cuyo mérito se estableciere que el contrato tendrá vigencia cualesquiera fuesen las dificultades encontradas, o cualesquiera fuese la naturaleza del terreno, etc., en modo alguno excluirán la aplicación de las reglas sobre dificultades materiales imprevistas. Con acierto se ha considerado que tales cláusulas solo contemplan las dificultades normales, y en modo alguno las dificultades verdaderamente excepcionales. Muy sensatamente se ha dicho que la única consecuencia de tales cláusulas limitativas es la de que el juez se mostrará más exigente para reconocer o aceptar que en el caso respectivo existe verdaderamente una dificultad material imprevista”.

En verdad, como lo ha sostenido el tribunal en el análisis del presente proceso, fueron muchas las dificultades encontradas por la partes en la aplicación de las fórmulas. No se discute que las partes animadas por la mejor voluntad concurren a la mesa de negociaciones para definir precios, plazos, cantidades y mecanismos de reajuste; no se polemiza acerca de las intenciones de los contratantes cuando suscribieron el contrato, ni de la buena fe con que procedieron a su desarrollo y cumplimiento. Sencillamente en el curso del convenio y durante su ejecución comenzaron a advertir que las fórmulas acordadas distaban mucho de cumplir con el objetivo de reajustar las cargas financieras de esa relación jurídica y económica.

2.7. La firmeza del pliego y de la oferta

No resulta muy coherente que empresas como la Constructora Norberto Odebrecht S.A y Conciviles S.A, las que conforman el consorcio, de amplia y reconocida trayectoria tanto nacional como internacionalmente, a la que se hallan vinculados profesionales de las más altas calificaciones y que fue favorecida con la adjudicación de la

licitación pública internacional 001-92, precisamente, por la seriedad de una propuesta en cuya preparación le colaboraron prestigiosas firmas nacionales como Interpián Ltda. e internacionales como Mercer Consulting, aduzca, ahora, cuando el contrato se encuentra en su última etapa, que las fórmulas polinómicas de reajuste para la componente en pesos o para mantener actualizados los precios por ellos ofertados, le ha generado un desequilibrio económico, por una inadecuada clasificación de unos ítem y por la equivocada ponderación de los combustibles en el grupo de ajuste de movimiento de tierra balasto y sub balasto.

Las fórmulas de reajuste son polinómicas, lo que significa que no fueron estudiadas ni elaboradas para un ítem específico, ni para un insumo dentro de un servicio. Se puede afirmar, por la entidad de las personas que participaron tanto en la preparación del pliego, como en la presentación, estudio y ponderación de las propuestas, que el elemento imprevisto era tan ajeno y extraño a sus evaluaciones, que el solo invocarlo no deja de producir sorpresa.

Y es tan contundente la anterior afirmación que Ferrovías, que igualmente depreca el cambio de una fórmula —la de la componente en moneda extranjera— soslayó de sus muy juiciosos argumentos, una disposición clarísima que ordena la aplicación de los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio contractual (L. 80, art. 14, num. 2º). Lo que la ley manda es la aplicación de los mecanismos de ajuste convenidos en el contrato.

No resulta, tampoco de buen recibo, que en una relación contractual con cuatro (4) anexos y dos (2) adiciones, las partes no hubieran considerado ni visualizado el desequilibrio económico, que ahora alegan y que en el desarrollo de sus relaciones jurídicas, no hubieran celebrado acuerdos y pactos, para enervar el rompimiento de la ecuación contractual, indicando cuantía, condiciones y forma de pago de esos gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, como lo exige el artículo 27 numeral 2º de la Ley 80.

Para el tribunal no existió ninguna situación anormal o imprevista, que le de vocación dé prosperidad a sus pretensiones.

Eliminar de la fórmula de reajuste en moneda extranjera toda referencia al valor de la moneda brasileña con respecto al dólar así como los índices de costos relacionados con Brasil y declarar que el grado de incidencia de los combustibles en la fórmula de reajuste en pesos para el grupo de ajuste tierra balasto y sub balasto desactualiza íntegramente los precios por pagar al contratista, eran situaciones absolutamente previsibles.

Lo mismo ocurre con la reclasificación de los ítem, drenajes —obras de protección— trabajos varios y precios nuevos, que el contratista pretende que se reclasifiquen en el grupo de ajuste denominado obras de arte. Reclasificar o clasificar significa modificar una cláusula del contrato y un juez no puede violentar la autonomía de las partes al punto de desconocer lo por ellos acordado y vertido en un contrato.

No observa esta Sala la presencia de una situación extracontractual grave, nacida de una situación anormal, no presente en el momento en que se celebró el contrato, que haya producido el desequilibrio económico alegado. Ahora bien, en el evento de que se hubiera presentado, se hubiera corregido, para volver al cauce del contrato y a fin de seguir con la ejecución normal de este, pero como está presentado, resulta inexistente el desequilibrio propuesto.

Adicionalmente es bueno recordar como en la contratación prevalece el principio de la buena fe, que conduce al entendimiento de la lealtad interpartes y que nadie puede alegar su propia desmaña en provecho propio. La observancia recíproca de los compromisos adquiridos legítimamente por las partes, impide su desconocimiento.

Se desprende de la súplica de Ferrovías, que esta contiene una solicitud para que se diga que la fórmula rompió la igualdad o equivalencia económica de las partes; otra para que se diga en el laudo que se elimina cualquier referencia de la fórmula al valor de la moneda Brasileira con respecto al dólar y que se condene a pagar y a restituir las sumas pagadas en exceso por concepto de la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 18 del contrato y finalmente una autorización para realizar las comparaciones a que hubiere lugar una vez establecido el monto a devolver, las que no pueden despacharse favorablemente por las siguientes razones:

En el pliego por ser una licitación de carácter internacional, donde ofertaron calificadas compañías extranjeras, se

previó —lo que es usual— que los reajustes se reconocerían sobre los costos en pesos colombianos y en moneda extranjera si así lo solicitaba el proponente en su propuesta. Nótese cómo en el pliego no se habla de dólares, sino de moneda extranjera y como las tasas de cambios de monedas extranjeras con respecto al dólar de los Estados Unidos serían las suministradas por el Banco de la República.

El mismo pliego que orientó la licitación internacional, en su parte 2ª, capítulo 1º, volumen 1 de 4, expresó de manera que no deja duda que ... para el reajuste de pagos en moneda extranjera, el proponente podrá proponer índices diferentes a los aquí previstos.

Lo anterior explica la contratación de un seguro que protegiera al contratista de las variaciones de los costos, en el entendido de que aquellos pudieran afectar al contratista por las variaciones en la tasa de cambio.

Era un hecho contundente que una de las firmas del consorcio, la Constructora Norberto Odebrecht, es de nacionalidad brasilera; es también un hecho incontrovertible que las fórmulas fueron concebidas y preparadas para mantener inalterable la remuneración del contratista en la moneda de su país de origen, lo que se explica por la ecumenización de la economía, por la apertura de numerosos bancos extranjeros en Colombia. Luego pedir la eliminación en las fórmulas de la moneda del país de origen del contratista, no tendría recibo por el tribunal.

Además y como se analizará más adelante, cualquier contratista internacional lo menos que puede hacer es adquirir o importar parte de los materiales de su país de origen. Sería contrario al sentido común que a la firma ICA que es mexicana se le proscibiera el uso y la utilización de la moneda de su país, en el contrato de obra pública que la administración distrital le acaba de adjudicar para el mantenimiento de las vías de la capital.

La fórmula de reajuste tiene como objeto, sea en pesos o en moneda extranjera, compensar el incremento en los costos de los componentes de los precios unitarios o globales. Así lo reseñaba el pliego de condiciones en el numeral 1.15, con base en fórmulas matemáticas, polinómicas, para dos grupos del contrato: el primero “Movimiento de tierra, sub balasto y balastos” y el segundo, “superestructura, puentes y obras de arte (productos de acero)”.

La fórmula de reajuste sugerida por el consorcio corregía el error y sustituía los índices americanos de mano de obra, equipos y productos de acero por índices brasileiros publicados por la Fundación Getulio Vargas, corrigiendo así los valores resultantes de uno de los términos del polinomio con la relación entre la tasa inicial de cambio y la tasa de cambio del mes que se va a ajustar. La diferencia entre las dos fórmulas, la consignada en el pliego y la actual radica en que la primera está referida a índices americanos y se ajusta con la variación de la tasa de cambio del dólar respecto a la moneda del país de origen del contratista, mientras que la segunda está ligada a índices del país de origen del contratista, ajustada con el valor inverso de la variación de la tasa de cambio.

Para el tribunal resulta igualmente claro que el riesgo que entrañaba para el contratista la adquisición de bienes y servicios en un país diferente a su país de origen, si se produjera un cambio súbito en los precios, era íntegramente suya; que en un contrato de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios es responsabilidad del contratista la compra de bienes y servicios necesarios para la ejecución del contrato y que las consecuencias de esa decisión recaen íntegramente en el contratista y que ninguno de los ítem que tienen valores significativos en las fórmulas de reajuste fueron adquiridos en los Estados Unidos, por ejemplo los rieles y las juntas.

Lo anterior conduce inexorablemente a declarar probada la excepción de inexistencia del desequilibrio económico derivada de la aplicación de la fórmula de ajuste de la componente en dólares y a no excluir de la misma las referencias a la moneda del país de origen del contratista, lo mismo que a eliminar los índices de costos relacionados con Brasil.

De igual forma la excepción de transacción parcial debe también acogerse porque las partes, efectivamente, sobre el pago del reajuste de la componente en moneda extranjera, convinieron que se efectuarían pagos parciales de las sumas resultantes de la aplicación de las fórmulas, mientras se dirimían por este laudo esas diferencias y que no habría lugar al pago de intereses.

2.8. El error

Ferrovías habla del error, el que los romanos admitieron solo en casos excepcionales. El error es para Demogue, el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva y Saleilles dice que el error implica una falta de concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

No entiende el tribunal, cómo se presenta el fenómeno del error en el marco de la contratación administrativa, generosa y profusamente reglamentada, cuando ni el error sobre la simple denominación del contrato, sobre los motivos que hayan determinado su celebración o sobre calidades no esenciales del objeto, ni la que haya podido producirse en el valor o por simples operaciones de cálculo, son suficientes para viciar el consentimiento y producir como consecuencia la nulidad del acto respectivo.

Ferrovías y el consorcio celebraron un contrato, esto es un acuerdo de voluntades y todo aquello en lo que se pusieron de acuerdo es un elemento constitutivo del contrato. Las fórmulas polinómicas las conocían y las conocen, no de forma liviana sino con conocimiento de causa, por lo que resulta exótico que la diferencia o el desacuerdo lo hagan aparecer no tanto como un error susceptible de producir la anulación del respectivo contrato, sino como un error *in negotio* por falta de acuerdo de voluntades.

3. Sobre el mecanismo de reajuste del anticipo y el mecanismo de reajuste del pago anticipado

Sobre los hechos presentados por el consorcio como soporte de la pretensión anterior, Ferrovías en su contestación expresó:

“De los hechos transcritos acepto solo aquellos que resulten debidamente probados por medios idóneos en este proceso en cuanto a lo demás me atenderé a lo que resulte demostrado, dando por no ciertos los restantes”.

La anterior manifestación, que contiene una falta de pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones de la demanda en lo que respecta al punto anterior, será apreciada por el tribunal como lo ordenan los principios procesales.

Para una mejor comprensión de la naturaleza del reclamo y de sus alcances, se hace inevitable reproducir los artículos relacionados con el anticipo en el contrato de obra pública, *quod scripsi scripsi*, y visualizar mejor, desde ese ángulo, las posiciones de las partes.

3.1. El anticipo en la cláusula décimo octava (18)

Así, en la cláusula décimo octava (18) del contrato —reajuste de precios— se dice textualmente lo siguiente:

No estarán sujetos a la aplicación de fórmulas de reajuste el anticipo, cuyo ajuste será el estipulado en la cláusula décimo novena “forma de pago” y aquellos ítem para los cuales no se especifiquen fórmula de reajuste.

3.2. El anticipo y la cláusula décimo novena (19)

La cláusula décimo novena y sus ordinales 4º y 9º expresan lo que a continuación se lee:

Décimo novena: Forma de pago. Los pagos a el contratista por obra ejecutada de acuerdo con este contrato se harán como se establece en los siguientes numerales de esta cláusula:

Ordinal 1º. Anticipo. Ferrovías entregará a el contratista a título de anticipo la suma de seis mil setecientos veintitrés millones trescientos setenta y cuatro mil ciento veintiún pesos con treinta centavos de pesos (\$ 6.723.374.121.30), y la suma de cuatro millones ochocientos sesenta y siete mil ochocientos ochenta y ocho dólares con treinta y siete centavos de dólar (US\$ 4.867.888.37) equivalente al veinte por ciento (20%) del valor estimado en la cláusula décimo séptima de este contrato. Ferrovías le reconocerá a el contratista por el período transcurrido entre el día del cierre de la licitación y la fecha del acta de iniciación un reajuste al valor del anticipo estipulado anteriormente. Este reajuste se calculará aplicando a la componente en pesos una tasa de interés simple del dos por ciento (2%) por cada mes, y proporcionalmente por fracción de mes, que transcurra entre las fechas antes mencionadas; para la componente en moneda extranjera el porcentaje a aplicar en los mismos términos, será del cuatro por mil (0.4%). Las cuentas por concepto del anticipo y de sus reajustes, acompañadas del plan de inversión del mismo podrá presentarlas el contratista una vez suscrita el acta de iniciación de los trabajos y

otorgada a satisfacción de Ferrovías la garantía de anticipo estipulada en la cláusula trigésimo quinta, “garantías”, de este contrato. Si Ferrovías tuviera observaciones al plan de inversión, se lo hará saber a el contratista procediéndose conforme a lo establecido en el numeral nueve (9) de esta misma cláusula. Para el pago del anticipo es condición indispensable que Ferrovías haya aprobado los programas presentados por el contratista, de acuerdo con lo establecido en la cláusula décimo segunda. El anticipo se cancelará a nombre de el contratista y del proyecto; se manejará conjuntamente con el interventor, en cuenta bancaria especial de un banco aprobado por Ferrovías y solo podrá ser utilizado para gastos relacionados en el plan de inversión del anticipo. El contratista se obliga a dar autorización a Ferrovías, a la auditoría de Ferrovías y al interventor para inspeccionar y controlar dicha cuenta y sus libros de contabilidad si se estima necesario. La suma entregada a el contratista a título de anticipo, será amortizada mediante retenciones del veinte por ciento (20%) de todas las cuentas que presente, excepto de las que correspondan a reajustes y a trabajos extras. No obstante, Ferrovías podrá incrementar unilateralmente el porcentaje de amortización del anticipo establecido anteriormente, o aplicar tal deducción a otras cuentas pendientes a favor de el contratista o exigir a este el reintegro total de la parte no amortizada del mismo, cuando a su juicio considere que las obras no marchan de acuerdo al programa de trabajo aprobado. La suma entregada como reajuste del anticipo no tiene que ser amortizada por el contratista, pero deberá estar cubierta por la garantía establecida en este contrato para el anticipo.

Ordinal 4°. Amortización del anticipo. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1° de esta cláusula, la amortización de la suma que el contratista reciba de Ferrovías a título de anticipo se hará con retenciones del veinte por ciento (20%) de todas las cuentas que aquel presente, excepto de las correspondientes a trabajos extras y a reajustes de precios de que tratan las cláusulas novena y décimo octava, respectivamente.

Ordinal 9°. Intereses. Sin perjuicio de la aplicación de las fórmulas de reajustes y el pago por estos conceptos, las sumas adeudadas por Ferrovías a el contratista en pesos, devengarán intereses equivalentes a la tasa de interés para créditos ordinarios certificada por la (*) Superintendencia Bancaria, sobre los saldos adeudados a partir del vencimiento del plazo establecido en el numeral 6° de esta cláusula, siempre y cuando no sea por culpa imputable al contratista. Para los pagos en dólares después del plazo establecido en el numeral 6° de esta cláusula, se reconocerán intereses equivalentes a la tasa libor a seis (6) meses más el uno por ciento (1%) por los días adicionales hasta la fecha de pago.

En el contrato 01-0060-2-95 de junio de 1995, adicional al contrato principal se modificó la cláusula décimo novena.

Sexta: El numeral 1° de la cláusula décimo novena, quedará así:

“1. Anticipo. Ferrovías entregará al contratista a título de anticipo la suma de seis mil setecientos veintitrés millones trescientos setenta y cuatro mil ciento veintiún pesos con treinta centavos de pesos (\$ 6.723.374.121.30), y la suma de cuatro millones ochocientos sesenta y siete mil ochocientos ochenta y ocho dólares con treinta y siete centavos de dólar (US\$ 4.867.888.37) equivalentes al veinte por ciento (20%) del valor estimado en la cláusula décimo séptima de este contrato. Ferrovías le reconocerá al contratista por el período transcurrido entre el día del cierre de la licitación y la fecha del acta de iniciación un reajuste al valor del anticipo estipulado anteriormente. Este reajuste se calculará aplicando a la componente en pesos una tasa de interés simple del (2%) por cada mes, y proporcionalmente por fracción de mes, que transcurra entre las fechas antes mencionadas; para la componente en moneda extranjera el porcentaje a aplicar en los mismos términos, será del cuatro por mil (0.4%). Las cuentas por concepto del anticipo y de sus reajustes, acompañadas del plan de inversión del mismo podrá presentarlas el contratista una vez suscrita el acta de iniciación de los trabajos y otorgada a satisfacción de Ferrovías la garantía del anticipo estipulada en la cláusula trigésimo quinta. “Garantías” de este contrato. Si Ferrovías tuviera observaciones al plan de inversión se lo hará saber a el contratista procediéndose conforme a lo establecido en el numeral seis (6) de esta misma cláusula. Para el pago del anticipo es condición indispensable que Ferrovías haya aprobado los programas presentados por el contratista de acuerdo con lo establecido en la cláusula décimo segunda. El anticipo se cancelará a nombre del contratista y del proyecto; la parte del anticipo correspondiente a la componente en pesos se manejará conjuntamente con el interventor, en cuenta bancaria especial de un banco aprobado por Ferrovías y solo podrá utilizarse para gastos relacionados con el plan de inversión del anticipo. La parte del anticipo correspondiente a la componente en dólares, y desembolsada en pesos, será manejada

exclusivamente por el contratista, en cuenta bancaria de un banco aprobado por Ferrovías y solo podrá utilizarse para pagos de los gastos relacionados con el plan de inversión del anticipo. El contratista se obliga a otorgar autorización a Ferrovías, a la auditoría de Ferrovías y al interventor para inspeccionar vigilar y controlar dichas cuentas y sus libros de contabilidad si se estima necesario. La suma entregada a el contratista a título de anticipo, será amortizada mediante retenciones del veinte por ciento (20%) de todas las cuentas que presente, excepto de las que correspondan a reajustes y a trabajos extras. No obstante, Ferrovías podrá incrementar unilateralmente el porcentaje de amortización del anticipo establecido anteriormente, o aplicar tal deducción a otros cuentas pendientes a favor de el contratista o exigir a este el reintegro total de la parte no amortizada del mismo, cuando a su juicio considere que las obras no marchan de acuerdo al programa de trabajo aprobado. La suma entregada como reajuste del anticipo no tiene que ser amortizada por el contratista, pero deberá estar cubierta por la garantía establecida en este contrato para el anticipo”.

Como la buena fe le da un sentido ético a la seguridad jurídica, es inaplazable desarrollar algunas definiciones del anticipo para, de su cabal entendimiento y lo que sobre esa figura opinan las partes, llegar al núcleo de su naturaleza.

3.3. Filosofía del anticipo

Para el consorcio el anticipo es un dinero que tiene como finalidad permitirle al contratista disponer, desde el inicio del contrato, de un flujo de fondos suficientes para instalarse y contar desde el principio de su encargo con los equipos y maquinaria que necesita para la ejecución del contrato.

Según el pliego de condiciones⁽¹⁰⁾ el anticipo tiene por objeto ayudar al contratista a realizar los primeros desembolsos que le demande la ejecución del contrato y será amortizado mediante retenciones cuyo monto porcentual será al menos igual al porcentaje entregado.

Para Ferrovías el anticipo no es el pago de una deuda sujeta a un ajuste financiero. Se trata de un simple ajuste financiero, por cuanto el anticipo es una forma de financiación que se estila en los contratos para facilitar la puesta en marcha del proyecto.

En la pericia adelantada de los doctores Reales y Torres, se menciona que el anticipo juega un papel fundamental en el desarrollo de la obra como un instrumento de financiación eficaz que permite el desarrollo normal del mismo. Agregan, que la ecuación contractual se mantiene en la medida que el anticipo pagado, incluyendo el reajuste reconocido, represente, en el momento de suscribirse el acta de iniciación, un porcentaje del contrato igual al ofrecido en los pliegos de licitación y pactados en el contrato.

Para el Consejo de Estado⁽¹¹⁾, el anticipo juega en las relaciones de los contratos administrativos un papel importante, por cuanto sirve de medio eficaz, económicamente, para permitir un desarrollo normal del objeto de la prestación al convertirse en instrumento de financiación. Agrega la alta corporación que para todo contratista el recibo del anticipo se constituye en un factor impulsor de las obras.

En oficio de julio 6 de 1994 (cdno. de pruebas 9, fl. 3.860) Ferrovías le expresa al consorcio, entre otras cosas, “que habida cuenta de que nos encontramos próximos a la iniciación del contrato” y que “se debe ser especialmente cuidadoso en el manejo y control del anticipo, porque en ese aspecto la filosofía de la empresa es que el anticipo le permita al contratista realizar los desembolsos necesarios para la iniciación del contrato y posterior ejecución del mismo. Dicho de otra manera, el anticipo debe permitir al contratista disponer desde el inicio de un flujo de fondos tal que le permita instalarse, movilizarse y contar con los equipos, maquinarias, bienes, insumos y personal suficiente para la ejecución de los trabajos, para lo cual es fundamental la previa aprobación del programa de inversión”.

En el alegato de conclusión plantea el consorcio “que se declare por el honorable tribunal que es procedente la modificación del mecanismo de reajuste del anticipo, en la forma solicitada, el cual se alteró en la medida en que el mecanismo dispuesto para el efecto no fue el idóneo para reconocer el valor actualizado de la porción de los precios del contrato que deberían ser amortizados con cargo a dicho anticipo reajustado”.

Más adelante el libelista agrega, después de resumir su posición y la de Ferrovías, para entrar a cuestionar la

posición de la entidad estatal, lo siguiente: “d) lo anterior es completamente equivocado, pues lo que se ha pedido es que la actualización del valor del anticipo se haga con aplicación de la fórmula de reajuste que el contrato contempla en su cláusula décimo octava y se prescinda de la actualización financiera que se estableció en la cláusula décimo novena, en la medida en que la primera es idónea para preservar la integridad de la remuneración del contratista, en tanto que la segunda no” (pág. 21).

En la demanda que dirige el tribunal aparece una cláusula contractual que indica que “no estarán sujetos a la aplicación de fórmulas de reajuste el anticipo cuyo ajuste será el estipulado en la cláusula décimo novena, forma de pago ...”. Luego, si las partes acordaron no reajustar el anticipo debe respetarse la voluntad de las partes.

Considera el tribunal que es preciso hacer un estudio sobre los efectos de las obligaciones para tomar una decisión acertada, porque el artículo 1602 del Código Civil dice que:

“todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”.

En otra sentencia de casación de 25 de marzo de 1941 la Corte reiteró:

“Los artículos 15, 16 y 1602 del Código Civil consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público”.

Y más adelante, en la misma providencia, al explicar el contenido de las prestaciones de los contratos dice que alguna de ellas “subordinada en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto, bien puede en ocasiones tener tanta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta a la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación por sí sola da la clave de la intención y del móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye en otras cláusulas del pacto típico celebrado. En esos casos, se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y el móvil contenido en la cláusula extraña y exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y a conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica acorde con la misión que la ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de las prestaciones que resultan de la convención”.

El artículo 4º numeral 8º de la ley 80 impone a las entidades públicas el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras que existieren al tiempo de la celebración del contrato, lo cual evidentemente se ha de entender sin perjuicio de las potestades de interpretación, modificación y terminación unilaterales, cuya utilización, en todo caso, no debe ser arbitraria e implica por ello la obligación de efectuar los reconocimientos e indemnizaciones a que hubiere lugar con el fin de mantener el equilibrio inicial (art. 14, num. 1º, inc. 2).

En el contrato de obra pública 01-0060-0-95 se convino en forma por demás nítida que la suma entregada al contratista a título de anticipo, se amortizaría mediante retenciones del 20% de todas las cuentas que presente, exceptuando las que corresponden a reajustes y a trabajos extras. En el ordinal 4º del artículo diecinueve se repite con la misma claridad que la amortización de la suma que el contratista reciba de Ferrovías como anticipo, se hará con retenciones del 20% de todas las cuentas que aquel presente.

No es menester hacer un mayor análisis jurídico sobre el alcance y la interpretación de los acuerdos relatados para concluir que la presente pretensión es inane e insustancial puesto que si el contratista tenía que reintegrar el valor del anticipo, no puede por este medio reclamar primero lo que ya se le pagó y segundo, lo que no se le debe.

A guisa de ejemplo y en el hipotético escenario que su extraña petición hubiera sido acogida por este tribunal, el contratista habría tenido que devolver o retornar esa misma plata antes de la liquidación del respectivo contrato que, ya se encuentra en su etapa postrera.

Al efecto, se trae a colación sobre el tema el pensamiento del jurista, Granillo Campo, quien sobre este tema

consigna esta enseñanza: “...la equivalencia de prestaciones puede ser considerada desde el punto de vista absoluto, entendiéndose por tal, aquellas prestaciones que económicamente consideradas son equilibradas. O desde un punto de vista relativo, entendiéndose por tal el valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, valoración expresada en el contrato y que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, debe ser respetada. Esta equivalencia relativa o subjetiva queda como cristalizada en el momento de celebrarse el contrato, sin que posibles alteraciones sobrevivientes la afecten, ya que, a los efectos jurídicos, vale exclusivamente la voluntad manifestada en el contrato, la cual solo puede ser modificada por un nuevo acuerdo de ambas partes (negrilla es nuestra)

El equilibrio se logra, no ya por la reciprocidad material de intereses, sino por el simple mecanismo sinalagmático de ambas prestaciones, abstracción hecha de cuál sea real valor objetivo o el valor subjetivo para una de las partes, en los momentos subsiguientes de la vida del contrato (Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, Editorial Astre, 1990, pág. 5)”.

En los pliegos de condiciones se determinaron taxativamente, para las fórmulas de reajuste de la componente en pesos colombianos, su estructura, composición, índices y grado de incidencia de los mismos. De idéntica manera los pliegos de manera expresa, señalaron la clasificación y distribución de los ítems a los cuales se aplicaría cada fórmula de la componente en pesos.

El artículo 18 del contrato de una manera clara y precisa, convenida por las partes, sustrajeron del imperio de ese artículo el anticipo, en el sentido de que su reajuste se haría con el procedimiento acordado en el artículo 19 y no con el reajuste de precios definido en la norma primeramente transcrita.

Así, para el anticipo se convino un reconocimiento entre el día del cierre de la licitación y la fecha del acta de iniciación, de un reajuste del valor anticipado, aplicando para la componente en pesos una tasa de interés simple del 2% por cada mes y proporcionalmente por fracción de mes y para la parte de moneda foránea del 0.4% por mil, entre las fechas mencionadas. Para pagar o amortizar o cancelar el anticipo, se previó en el mismo artículo un procedimiento sencillo y entendible, consistente en que el contratista amortizaría la suma recibida con retenciones del 20% de todas las cuentas que presentara, exceptuando, obviamente, las correspondientes a trabajos extras.

Lo anterior no admite ninguna discusión. Ese fue el querer de las partes. Además el artículo 19 desarrolla un verdadero procedimiento, pues no solo indica cómo se debe reajustar el anticipo, sino que enseña cómo se efectúan los pagos por ejecución de obra, cuáles son los plazos, cuáles los intereses y cuáles las monedas de los pagos, previsiones que fueron y son conocidas por el contratista, como quiera que el acuerdo de voluntades se plasmó con base en el pliego de condiciones y la propuesta.

Aquí en todo su vigor debe aplicarse el aforismo Romano *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* o sea que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, una vez que las súplicas de las partes para que se revisaran los mecanismos de reajuste consignados en las fórmulas polinómicas, tampoco fueron atendidas por el tribunal.

No ve pues el tribunal cómo reconocer la obligación de pagar un anticipo diferente del que aparece pactado en el contrato, de conformidad con el pliego de cargos, o sea el 20% del mismo, pues la existencia de un anticipo no es obligación legal sino contractual. No escapa al tribunal cómo se pueda pretender que se reajuste un anticipo, calculado con base en un porcentaje del valor del contrato, con una fórmula y con unas modalidades totalmente ajenas y extrañas al querer de los contratantes.

El contrato de obra pública es el resultado de unas inteligencias que analizaron y estudiaron tanto el pliego de condiciones como la propuesta, por lo que no resulta atendible rogarle al juez que desconozca la autonomía de la voluntad y el querer de las partes.

El fallador no puede, bajo ningún prisma, alterar las cláusulas y el contenido de un contrato; su misión concluye con la interpretación de las mismas y en este caso específico finaliza afirmando que la solicitud de reajuste de un anticipo solo se hará como lo convinieron las partes y no de otra manera. Pedir que se pague o se reconozca la porción del anticipo que se dejó de entregar, cuando la ejecución de la obra pública está llegando a su final, no resiste el más frágil de los argumentos.

Por estas razones no se accederá a lo solicitado por el consorcio.

Por todo lo expuesto en las precedentes consideraciones, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas, “Ferrovías”, y el consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A., Conciviles S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Condenar a la Empresa Colombiana de Vías Férreas, “Ferrovías”, a pagar al consorcio integrado por la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Conciviles S.A., la suma de tres mil sesenta y siete millones setecientos veintinueve mil doscientos setenta y cinco pesos moneda legal (\$ 3.067.729.275) por concepto de los sobrecostos ocasionados al consorcio por la demora en la suscripción del contrato.
2. No acceder a las demás pretensiones de la demandas, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.
3. Declarar probadas las excepciones de la transacción parcial, de inexistencia del desequilibrio económico y de inexistencia de pagos en exceso propuestas por el consorcio.
4. La cantidad líquida a que se refiere el artículo primero del presente laudo devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término (CCA, art. 177, inc. final).
5. La Empresa Colombiana de Vías Férreas, “Ferrovías”, deberá dar cumplimiento al presente laudo en el término de treinta (30) días, contados a partir de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.
6. Para los efectos del inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, por la secretaría comuníquese al señor Procurador de la Nación, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del presente laudo.
7. Por haber prosperado solo una de las pretensiones del consorcio, se dispone que no hay lugar a condena en costas.
8. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados, a quienes la secretaria entregó una copia auténtica del laudo.

Para constancia se firma el acta anterior por quienes intervinieron en la actuación.
