

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO ARABIA

Vs.

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS

Contrato 428 de 2003

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Cumplidas las actuaciones procesales correspondientes y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitramento convocado por las sociedades **R Y M CONSTRUCCIONES S.A.** y **CONSTRUCCIONES A.P. S.A.**, quienes conforman el **CONSORCIO ARABIA**, de una parte, y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS**, de la otra, derivadas del Contrato 428 de 2003, profiere el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral, previo un resumen de los aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

1.- El negocio origen de las controversias: Es el denominado Contrato 428 de 2003, suscrito el 3 de diciembre de 2003 entre el **Consortio Arabia** - integrado por las sociedades **R Y M Construcciones S.A.** y **Construcciones A.P. S.A.**- como Contratista, y el **Instituto Nacional de Vías - Invías**, que obra junto con sus adicionales a folios 5 y ss., del

Cuaderno de Pruebas N° 1, y que según su Cláusula Primera tenía por objeto: **“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el INSTITUTO, por el sistema de precios unitarios con ajustes, las obras necesarias para el MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA CARRETERA FUENTE DE ORO – PUERTO LLERAS – CRUCE PUERTO RICO – PUERTO ARTURO – SAN JOSE DEL GUAVIARE, SECTOR CRUCE PUERTO RICO – PUERTO ARTURO K128+000 AL K122+000, RUTA 65 TRAMO 6507, de acuerdo con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SRN – 014 de 2003, la propuesta del CONTRATISTA y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.”**

2.- El pacto arbitral: El 3 de abril de 2006 las partes del contrato de obra pública antes enunciado acordaron resolver sus diferencias mediante arbitraje y para el efecto suscribieron un **“ACTA DE COMPROMISO”**, que obra a folios 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas 1, en la que acordaron que éste se regiría por las siguientes cláusulas:

“PRIMERA. OBJETO.- El objeto del presente contrato de compromiso es el sometimiento a la decisión final de un Tribunal de Arbitramento en derecho, de todas las diferencias y controversias que existan entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, incumplimiento, terminación y liquidación del contrato de obra No. 428 de 2003 y sus adicionales; así como de la aplicación de lo dispuesto en la Cláusula Décima Cuarta del mismo contrato, del numeral 5.31, 3.4.3, 5.2, 5.16 y cláusula décima cuarta del anexo número 8 de los pliegos de condiciones y sus disposiciones concordantes; establecer lo dispuesto en la cláusula vigésima primera del contrato; y en general, de toda controversia relacionada con el citado contrato, el cual fue suscrito entre EL INVIAS y EL CONTRATISTA y cuyo objeto es el MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA CARRETERA FUENTE DE ORO - PUERTO LLERAS - CRUCE PUERTO RICO - PUERTO ARTURO - SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, SECTOR CRUCE PUERTO RICO- PUERTO ARTURO K118+000 AL K122+000, RUTA 65, TRAMO 6507 (en adelante "EL CONTRATO").

SEGUNDA. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL- El Tribunal de Arbitramento señalado en la cláusula anterior, decidirá en derecho de acuerdo con las normas colombianas vigentes y su organización se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal estará integrado por tres árbitros, profesionales del derecho, designados por las partes de común acuerdo: LUÍS MANUEL ESCOBAR MEDINA, SAUL SOTOMOMTE SOTOMONTE Y ROBERTO NUÑEZ. El Tribunal funcionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TERCERA. HONORARIOS DE LOS ARBITROS Y DEL SECRETARIO.- Los costos del Tribunal incluyendo Honorarios de los árbitros y secretario, gastos de la Cámara de Comercio y gastos de protocolización estarán a cargo exclusivamente del Convocante independientemente de los resultados del proceso arbitral, siguiendo las tarifas fijadas por la Cámara de Comercio.

CUARTA. DURACIÓN DEL TRIBUNAL.- El Tribunal de Arbitramento sesionará por un término de seis (6) meses, contados a partir de la instalación del mismo, tiempo en el cual proferirán el Laudo Arbitral correspondiente.”

Consta igualmente en el expediente que por razón de la renuncia del doctor Saúl Sotomonte, las partes suscribieron el 20 de febrero de 2007 la denominada “*MODIFICACIÓN ACTA DE COMPROMISO*” para designar en su remplazo al doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora (folio 200 Cdo. Ppal.).

3.- El trámite del proceso arbitral: Las actuaciones que se han cumplido en este proceso arbitral se describen sucintamente a continuación:

3.1.- La convocatoria del Tribunal: El 30 de octubre de 2006 las sociedades **R Y M Construcciones S.A.** y **Construcciones A.P. S.A.** - quienes conforman el **Consorcio Arabia-**, (en adelante en este laudo el **Consorcio**) por intermedio de apoderado especial solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y presentaron demanda en contra del **Instituto Nacional de Vías - INVÍAS** (en adelante en este laudo el **Invías** o el **Instituto**) para solucionar las diferencias derivadas del Contrato 428 de 2003 (folios 1 a 23 Cuaderno Principal). Dicha demanda fue sustituida con escrito de 16 de enero de 2007 (folios 101 a 171 Cuaderno Principal).

3.2.- Designación de árbitros: Según se señaló antes, en el “*ACTA DE COMPROMISO*” de 3 de abril de 2006 las partes designaron, de común acuerdo, a los doctores **Roberto Núñez Escobar**, **Luis Manuel Escobar Medina** y **Saúl Sotomonte Sotomonte** como Árbitros para este proceso, quienes informados de su nombramiento por el Centro de Arbitraje manifestaron su aceptación oportunamente. Consta en el expediente que posteriormente, con comunicación radicada el 15 de enero de 2007, el doctor Saúl Sotomonte presentó renuncia al cargo (folio 100), por lo cual en audiencia de 20 de febrero siguiente, las partes informaron que habían designado, de común acuerdo, como reemplazo al doctor **Carlos Arturo**

Orjuela Góngora (folio 197), quien aceptó dentro del término legal. Con memorial de 27 de marzo el apoderado del Consorcio aportó la “*MODIFICACIÓN ACTA DE COMPROMISO*” de 20 de febrero de 2007, en la cual consta que las partes modificaron la Cláusula Segunda del “*ACTA DE COMPROMISO*” para incluir al doctor **Orjuela Góngora** en reemplazo del árbitro que renunció (folio 200).

3.3.- Instalación del Tribunal: Previas las citaciones por parte del Centro de Arbitraje, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 18 de abril de 2007 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta N° 1, folios 213 a 217 Cdo. Ppal.); en la audiencia fue designado como Presidente el doctor **Carlos Arturo Orjuela Góngora** y como Secretaria la doctora **Florencia Lozano Revéiz**, quien se posesionó ante el Presidente del Tribunal en audiencia de 22 de mayo siguiente (Acta N° 2, folios 220 y 221 Cdo. Ppal.). En la misma audiencia de instalación el Tribunal, en aplicación del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó las sumas de honorarios y gastos del Tribunal, los cuales de conformidad con lo acordado en la Cláusula Tercera del pacto arbitral fueron pagados oportunamente y en su integridad por la parte convocante.

3.4.- Admisión de la demanda: En audiencia de 21 de junio de 2007 el Tribunal profirió Auto para admitir la demanda arbitral y ordenó correr traslado de ella en los términos de los artículos 428 y concordantes del C. de P.C. (Acta 3, folios 222 a 225); agotado el trámite indicado en el numeral 1. del artículo 315 ibídem, dicha providencia fue notificada personalmente a la apoderada de la parte convocada el 25 de julio de 2007, según consta a folio 230 Cdo. Ppal.

3.5.- Contestación de la demanda: El 9 de agosto de 2007 la apoderada del **Invías** contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas (folios 231 a 248 Cdo. Ppal.). Por auto de 10 de agosto siguiente se corrió traslado de las excepciones propuestas (Acta 4, folios 249 y 250 Cdo. Ppal.), y el 23 de agosto el apoderado de la parte convocante presentó memorial para referirse a ellas (folios 263 a 265 Cdo. Ppal.).

3.6.- Audiencia de conciliación y primera de trámite: Previas las citaciones correspondientes, el 31 de agosto de 2007 se realizó la audiencia de conciliación de este proceso que resultó fallida, por lo que se ordenó continuar con el proceso arbitral y, enseguida, se procedió con el desarrollo de la primera audiencia de trámite, la cual se cumplió en la forma ordenada por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998. En esa oportunidad el Tribunal profirió Auto mediante el cual asumió competencia para conocer y decidir sobre las materias planteadas en la demanda y su contestación, fijó el término de duración del proceso en 6 meses y, para efectos de lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo 3º del artículo 101 del C de P. C., decreto la suspensión de dicha audiencia. Dicha providencia no fue objeto de recursos (Acta 5 folios 266 a 275 Cdo. Ppal.). En audiencia de 8 de octubre el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas y fijó las fechas para su práctica (Acta 6, folios 276 a 280 Cdo. Ppal.).

3.7.- Instrucción del proceso: El Tribunal sesionó en 11 audiencias, en las cuales dio cumplimiento al trámite legal y practicó las pruebas decretadas. En sesiones de 21 y 31 de julio de 2008 escuchó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión y fijó fecha para proferir laudo (Actas Nº 10 y 11). El Tribunal advierte que, por razones prácticas, concentración y comunidad de la prueba y economía procesal, este trámite arbitral se adelantó simultáneamente con los procesos entre las sociedades **Elsamex Internacional Sucursal Colombia** y **Gas Kpital Gr S.A.** -quienes integran la **Unión Temporal Vías del Desarrollo-** contra el **Invías**, relativos a los Contratos 424, 425 y 426 todos de 2003.

3.8.- Término de duración del proceso: En la primera audiencia de trámite de 31 de agosto de 2007 el Tribunal, de conformidad con lo pactado con las partes en el compromiso, fijó el término de duración del proceso en 6 meses contados a partir de la audiencia de instalación, con lo cual el plazo para proferir este Laudo se extendería hasta el 18 de octubre de 2007.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, para el cómputo de términos del proceso deben tenerse en cuenta las prórrogas, suspensiones o interrupciones que se hubiesen presentado y, en tal sentido, consta en el expediente que a solicitud de los apoderados de las partes el

proceso se suspendió entre las siguientes fechas: a) 19 de abril y el 21 de mayo de 2007 (Acta N° 1, folio 216: 33 días; b) 23 de mayo y el 6 de junio de 2007 (Acta N° 2, folio 221): 15 días; c) 1° de septiembre y 7 de octubre de 2007 (Acta N° 5, folio 274): 37 días; d) 9 de octubre y 7 de noviembre de 2007 (Acta N° 6, folio 279): 30 días; e) 14 de diciembre de 2007 y 28 de febrero de 2008 (Acta N° 7, folio 318): 77 días; f) 8 y 28 de marzo de 2008 (Auto de 7 de marzo de 2008, folio 377): 21 días; g) 16 y 27 de abril de 2008 (Acta N° 8, folio 359): 12 días; h) 30 de mayo y 20 de julio de 2008 (Acta N° 9, folio 382): 52 días; e i) 16 y 25 de agosto de 2008 (Acta N° 11, folio 490): 10 días. En resumen el proceso se ha suspendido durante 287 días.

Consta igualmente en el expediente que por auto de 19 de mayo de 2008 el Tribunal, en uso de la facultad prevista en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, decreto la ampliación del término de duración de este proceso por tres (3) meses (folio 381), razón por la cual el plazo para proferir laudo vence el 31 de octubre de 2008.

4.- Presupuestos procesales: El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez de este proceso y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal de nulidad y, por ello, puede dictar laudo de mérito, el cual, en observancia de lo acordado en el pacto arbitral se profiere en derecho.

En efecto, de los documentos aportados al proceso el Tribunal estableció: i) que es competente para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento en la demanda y su contestación con fundamento en el Compromiso arbitral de 3 de abril de 2006, modificado el 20 de febrero de 2007; ii) que las partes son plenamente capaces para comparecer al proceso, habida cuenta que su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y que tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; iii) que las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción, y iv) que por tratarse de un arbitramento en derecho las partes han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

5.- Partes procesales:

5.1.- Parte convocante: Está constituida por las sociedades que integran el **Consorcio Arabia**, así:

5.1.1.- R Y M CONSTRUCCIONES S.A., sociedad colombiana que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 18 de noviembre de 2006 por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 176 a 179 del Cuaderno Principal, fue constituida mediante Escritura Pública N° 997 de 6 de abril de 1984 de la Notaría Quince de Bogotá con el nombre de **R Y M Construcciones Ltda.** y ha sido reformada por en varias oportunidades, entre ellas la realizada por Escritura Pública N° 4249 de julio 8 de 2003 de la Notaría 24 de esta ciudad por la que se transformó en sociedad anónima. Tiene su domicilio en Bogotá y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce **Jairo Aníbal Rivera Martínez**, quien otorgó poder para esta actuación.

5.1.2.- CONSTRUCCIONES A.P. S.A., sociedad colombiana que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 21 de diciembre de 2006 por la Cámara de Comercio del Aburra Sur, agregado al expediente a folios 180 a 184 del Cuaderno Principal, fue constituida mediante Escritura Pública N° 1887 de 18 de abril de 1986 de la Notaría Cuarta con el nombre de **Construcciones A.P. y Cía. Ltda.** y ha sido reformada por en varias oportunidades, entre ellas la realizada por Escritura Pública N° 1734 de 26 de junio de 2003 de la Notaría Veinte de Medellín por la que se transformó en sociedad anónima. Esta sociedad tiene su domicilio en Sabaneta, Antioquia y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce **Carlos Alfredo Acero López**, quien otorgó poder para esta actuación.

5.2.- Parte convocada: Es el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS**, establecimiento público que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2056 de 2003 tiene por objeto *“la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el*

Ministerio de Transporte”. Su representante legal es el Director General, cargo que a la fecha ejerce el doctor **Daniel Andrés García Arizabaleta**. Para efectos de este proceso, y de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 3895 de 2003, la doctora **Maritza Del Socorro Quintero Jiménez**, como Jefe de Oficina Asesora Jurídica con funciones de representación legal, otorgó poder para intervenir en este proceso.

6.- Apoderados judiciales: Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en el Compromiso, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la Convocante por el doctor **Omar Augusto Ferreira Rey** y la Convocada por la doctora **Sonia Guzmán Muñoz**, según poderes especiales a ellos conferidos que obran en el expediente, y a quienes oportunamente el Tribunal les reconoció personería.

7.- Pretensiones: Las sociedades convocantes en su demanda arbitral, a folios 207 a 209 del Cdno. Ppal., formularon las siguientes pretensiones:

“1. DECLARATIVAS

“PRIMERA: DECLARAR que durante la ejecución del Contrato ocurrieron situaciones imprevisibles y no imputables al contratista, que afectaron gravemente la ejecución normal del proyecto, y que fundamentaron las solicitudes y las correspondientes prorrogas al contrato 428 de 2003, las cuales ocasionaron un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato.

SEGUNDA: DECLARAR que como consecuencia de estas situaciones se causaron sobrecostos, daños y perjuicios al CONSORCIO materializados en el daño emergente, por concepto de mayor permanencia en obra de maquinaria y equipo, los cuales no han sido reconocidos ni cancelados hasta el momento.

TERCERA: DECLARAR que la decisión del Amigable Componedor que resolvió la controversia técnica relativa al factor de expansión igual a (1.0) respecto al transporte del material proveniente de la cantera “Fuente de Oro”, debe de igual forma, es (sic) aplicable, para los materiales provenientes de la cantera “La Lindosa”.

CUARTA: DECLARAR que con ocasión de la pérdida que tuvo en la ejecución del contrato el CONSORCIO, el contratista tiene derecho a ser resarcido integralmente hasta el punto de no pérdida, incluyendo el porcentaje de utilidad dejado de percibir y equivalente al cinco por ciento (5%) según el formulario No. 4 de la propuesta”

B. DE CONDENA

Como consecuencia de las anteriores declaraciones:

PRIMERA: CONDENA al INVÍAS, a pagar al CONSORCIO, el valor correspondiente al ítem de transporte de los materiales provenientes de la cantera “La Lindosa”, de acuerdo con lo establecido por el Amigable Componedor para la cantera “Fuente de Oro” de acuerdo con un factor de expansión igual 1.0, y en consecuencia reintegrar los montos que fueron descontados en esta actividad al contratista en el Acta No 20, lo cual estimo en la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$38.191.910,00) o el mayor valor que resulte probado en el proceso.

SEGUNDA: CONDENAR al INVÍAS, a pagar al CONSORCIO, por concepto de mayor permanencia en obra por equipo y maquinaria, una suma equivalente a TRECIENTOS (sic) NOVENTA Y SIETE MILLONES VEINTICUATROMIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$397.024.739,00) durante los periodos comprendidos entre junio de 2004 a diciembre de 2004 y julio de 2005 a septiembre de 2005, o el mayor valor que resulte probado en el proceso.

TERCERA: CONDENAR al INVÍAS, a pagar al CONSORCIO, el porcentaje de utilidad dejada de percibir, correspondiente al 5% tomado al momento de celebración del contrato 428 de 2.003, el que se estima en la suma de CIENTO DIEZ MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$ 110.788.540,00)

CUARTA: La condena se extenderá a todos los perjuicios previsibles o previstos al tiempo del contrato y a todos los que sean consecuencia directa e inmediata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil.

QUINTA: CONDENAR a pagar las sumas dinerarias resultantes, indexadas a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo. Pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral.

SEXTA: Todas las condenas a que se refieren las anteriores declaraciones se decretarán con sus intereses, reajustes, correcciones y actualizaciones que permita la ley y según la interpretación del Honorable Tribunal, y cuando hubiere lugar a intereses, de cualquier clase, ellos se decretarán a la más alta tasa legalmente posible.

SÉPTIMA: CONDENAR en costas y gastos en que incurra el Tribunal al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.

OCTAVA: Que como consecuencia de las declaraciones y condenas contenidas en esta demanda, se proceda a Liquidar el Contrato No. 428 de 2003 y sus adicionales.”

8.- Hechos de la demanda: Las sociedades convocantes fundamentan sus pretensiones en los hechos que relacionan en su demanda, a folios 103 a 146 del Cdo. Ppal., a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas sometidos a su conocimiento y decisión.

9.- Excepciones de mérito: La parte convocada en la contestación de la demanda, a folios 243 a del Cdo. Ppal., propuso las excepciones de mérito que denominó: “*Previsibilidad de los hechos que soportan las pretensiones*” y “*Compensación*”. Estos medios de defensa igualmente serán estudiados por el Tribunal más adelante para adoptar las decisiones pertinentes.

10.- Pruebas decretadas y practicadas: Por Auto de 8 de octubre de 2007 (Acta 6) se resolvió sobre las pruebas solicitadas y, para el sustento de la decisión que habrá de tomar el Tribunal, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, las cuales se incorporaron al expediente y han sido objeto de examen y análisis para definir las cuestiones sometidas a decisión.

10.1.- Documentales: En su valor legal se ordenó tener como pruebas los documentos aportados por la parte convocante, relacionados en la demanda a folios 165 a 167 del Cdo. Ppal., y al descorrer el traslado de las excepciones relacionadas a folio 265 del mismo cuaderno.

10.2.- Experticio: Se ordenó tener como prueba el **Concepto Técnico - Financiero** rendido a solicitud de la parte convocante por el Ingeniero Civil **Juan Manuel Martínez Paz**, de la firma “*Bonus Banca de Inversión S.A.*” que obra a folios 253 a 275 del Cdo. Pbas. 1.

10.3.- Exhibición de documentos: Con memorial de 3 de marzo de 2008, la apoderada de la parte convocada aportó para el expediente copia auténtica de algunos de los documentos que se ordenó exhibir al Invías y que se relacionaron en la demanda a folios 165 a 167 del Cdo. Ppal., los cuales se agregaron al Cdo. de Pbas. N° 2 del expediente

10.4.- Oficio: Se libró Oficio al INVÍAS para que enviara para el expediente copia auténtica de los siguientes documentos: a) Pliego RSN – 014-2003, con sus respectivos anexos y modificaciones, b) Acta parcial de obra 4 del 3 de julio de 2004, y c) Acta de obra N° 20, presentada por la Interventoría para el Contrato 428. En respuesta al Oficio sólo se aportó el Pliego SRN - 014 de 2003, que se agregó al Cdo. de Pbas N° 2 del expediente.

10.5.- Declaración de terceros: A solicitud de la parte convocante se recibieron los testimonios de Fidel Hernando Monroy Valencia (Acta 7, folio 317) y Jaime Ezequiel Romero (Acta 9, folio 378). De igual forma, a solicitud de la parte demandada se recibió el testimonio de Andrés Germán Neira Mesa (Acta 7, folio 316). El testimonio decretado de Abelardo Portilla no fue practicado por cuanto no se presentó a declarar y el peticionario de la prueba no insistió en ella.

Los testimonios fueron grabados y de las transcripciones se corrió traslado a las partes, las cuales se agregaron al Cdo. de Pbas. N° 2 del expediente, junto con los documentos aportados en el curso de las declaraciones.

10.6.- Dictámenes periciales: Se practicaron dictámenes periciales así:

10.6.1.- Dictamen pericial por Ingeniero, rendido el 31 de marzo de 2008 por el doctor **Jorge Torres Lozano**. Dentro de su traslado la apoderada del Invías presentó solicitudes de aclaración y complementación, que decretadas fueron rendidas el 28 de abril siguiente. El experticio junto con sus aclaraciones y complementaciones se agregaron al Cdo. Pbas. N° 2. El 6 de mayo la apoderada de la parte convocada formuló objeción por error grave a este dictamen, y el 12 de mayo, dentro del término de traslado, el apoderado del Consorcio se opuso a ella. Más adelante en este laudo el Tribunal se pronunciará al respecto.

10.6.2.- Dictamen pericial por Contador. El Tribunal designó a la doctora **Ana Matilde Cepeda** para que rindiera un dictamen contable en este proceso, y oportunamente se le dio posesión del cargo. Con comunicación de 1° de abril de 2008 la perito informó al Tribunal sobre la imposibilidad de rendir el dictamen por no haber obtenido la información necesaria del Consorcio. Posteriormente, el 28 de abril, informó haber encontrado algunos documentos con referencia al Contrato 428 y aportó 3 cuadros que se agregaron al Cdo. Pbas. N° 2.

10.7.- Prueba de oficio: De oficio el Tribunal solicitó al **Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM** que suministrara los Índices de Pluviosidad en la zona de ejecución del contrato

durante los últimos 15 años, discriminado mensualmente, pero no se recibió dicha información.

11.- Alegatos de conclusión: Los días 21 y 31 de julio de 2008 se escucharon los alegatos de conclusión de los apoderados de las partes, quienes entregaron para el expediente los escritos que los contienen (Actas 10 y 11). El señor apoderado del **Consorcio** presentó los argumentos que sustentan las pretensiones de su demanda; así mismo hizo una exposición de los motivos de orden legal que invoca para que se declaren no probadas las excepciones de mérito propuestas. A su turno, la señora apoderada del **Invías** expuso los fundamentos que sustentan las excepciones de mérito y solicitó no acoger, en consecuencia, las pretensiones de la parte demandante.

12.- El concepto del Ministerio Público: El 15 de agosto de 2008 el doctor **Felipe Alberto Nauffal**, Procurador Segundo Judicial Administrativo, presentó el memorial que contiene la posición del Ministerio Público respecto de la materia litigiosa.

A los alegatos de conclusión de los apoderados de las partes y al Concepto del señor Procurador se referirá el Tribunal al estudiar y definir las cuestiones planteadas por las partes en sus respectivas demandas.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver las diferencias surgidas entre las sociedades **R Y M CONSTRUCCIONES S.A.** y **CONSTRUCCIONES A.P. S.A.**, quienes conforman el **CONSORCIO ARABIA**, en lo sucesivo el **Consorcio**, de una parte, y de la otra, el **INTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS**, también en adelante el **Invías** o el **Instituto**, con motivo de la celebración y ejecución del Contrato 428 de 2003.

El Consejo de Estado¹ “[...] *ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de*

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2002, Exp. 19413, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado”.

Se dice que la voluntad de someterse a la justicia arbitral debe ser expresa y por lo tanto no puede presumirse ni tenerse por existente por vía interpretativa y la remisión a las normas reguladoras podría tener aplicación para la forma de integración de un Tribunal, mas no para su estipulación.

El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta y autoriza y patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la Ley y todas las garantías procesales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios.

En el mismo sentido se expresa la doctrina cuando define el arbitraje como *“la institución de justicia privada gracias a la cual se sustrae a las jurisdicciones de derecho común, para ser resueltos por individuos revestidos para el caso, de la misión de juzgar”*², y se agrega que la ley determina las modalidades de ejercicio y por lo mismo favorece su existencia, teniendo en cuenta que para comprometer, es decir para confiar a los árbitros la misión de resolver un conflicto, se debe ostentar la libre disposición de los derechos, lo cual supone la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación en el caso particular, y el poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.

Seguido a lo anterior y una vez otorgada dicha competencia al Tribunal por las partes en el presente conflicto, se hace necesario establecer el marco bajo el cual se decidirán las controversias nacidas entre ellas.

² ROBERT Jean: *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Dalloz, 5a. ed., Pág. 3.

EL MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Las diferencias surgidas entre las partes del presente litigio provienen de un contrato típico de la actividad contractual del Estado, consagrado en la LEY 80 de 1993³ y por tanto sometido a su imperio y al de su reglamentación. Así, los contratos de obra pública según dicha ley deben ceñirse a los preceptos contenidos en la legislación comercial y civil pertinente con excepción de las materias reguladas en la ley de contratación administrativa⁴.

Ahora bien, al tenor de lo expresado arriba, dichos contratos cuentan con particularidades propias, establecidas en miras de la salvaguarda del interés general y los recursos públicos administrados y ejecutados por la Administración, ejemplo de lo anterior es la etapa formativa de los mismos, en la cual encontramos procedimientos debidamente reglados para la selección objetiva del contratista.

Y es precisamente el producto de estos procedimientos, los que integran la fase precontractual del negocio jurídico contenido en el contrato de obra pública, del cual se derivan manifestaciones de voluntad que generan obligaciones entre las partes que finalmente se vinculan con la celebración del contrato.

Dentro de tales manifestaciones en los procesos de contratación de la Administración encontramos los pliegos de condiciones⁵, como el reglamento en el cual se establecen de un lado las condiciones de la invitación a ofertar que efectúa la Entidad de derecho público y del otro las reglas bajo las

³ Ley 80 de 1993 artículo 32 (...)1. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

⁴ Ley 80 de 1993 artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

⁵ Ley 80 de 1993 artículo 30 (...) 2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

cuales debe ejecutarse el contrato⁶, que será aceptada mediante la presentación de una oferta, que ceñida a los requisitos establecidos en el pliego podrá convertir a su emisor en el adjudicatario del contrato.

Respecto de los pliegos de condiciones, es necesario hacer algunas precisiones, dado que constituyen un elemento de vital importancia dentro de la actividad contractual del Estado y se convierten en parte determinante para dirimir la *litis* entrabada ante el Tribunal.

El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato.

Es por esto que el pliego de condiciones -incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible,⁷ cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar,

⁶ C.E., Sec. Tercera, Sent. mayo 3/99. Exp. 12.344. M.P. Daniel Suárez Hernández, observando: "Se ha sostenido que, en lo que al contenido respecta, las cláusulas de los pliegos de condiciones admiten una suerte de categorización, en tanto un grupo o categoría de cláusulas cumplen la función práctico-jurídica de determinar las reglas generales con arreglo a las cuales el contrato habrá de ejecutarse, en tanto otro grupo o categoría está orientado a disciplinar el reglamento que habrá de regir el proceso de selección del oferente. Recuérdese que no siempre se impone en el juicio de valoración que adelanta el juez del contrato la declaración de ineficacia por invalidez, pues en ocasiones, ponderados los intereses en conflicto, respecto de los cuales no puede ser ciego el juzgador, se opta por la preservación del negocio o de la parte sometida a control judicial, en aplicación del denominado principio de conservación o favor contractus: "Como es sabido, la justificación de dicho (pretendido) principio reside, ante todo en una finalidad de carácter práctico. En efecto, se quiere reconocer valor y eficacia, en la medida de lo posible, a aquellos aspectos de las iniciativas y de las actividades puestas en ejecución por las partes que, en sustancia están en condiciones de conservar (o de "recobrar") una relevancia autónoma y de validez práctico - jurídica residual o, de todos modos, diferenciados de otros aspectos que, por el contrario, están irremediabilmente viciados o son sustancialmente inutilizables".

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.32871.

sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes⁸.

En este contexto, resulta indudable que el respectivo pliego de condiciones forma parte integrante del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las partes contratantes. Así lo tiene suficientemente sentado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como lo recoge la Sentencia del 19 de julio de 2001, dictada dentro del expediente No. 12.037⁹, oportunidad en la cual puntualizó:

*“Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, **el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. (... ..) En efecto, el pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato.**”* (Se deja resaltado).

Este criterio fue reiterado en Sentencia dictada el 13 de febrero de 2002, dentro del expediente No. 10.339¹⁰, en la cual se expuso:

⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, 1983, Madrid; página 93, citado por Escobar Gil Rodrigo en la obra Teoría General de los Contratos Administrativos página 224, Editorial Legis año 2000.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2002 Exp.10339, M.P. Ricardo Hoyos; en los mismos términos se cita la a sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779 M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes”. (negrilla fuera del texto)

A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento¹¹ el Consejo de Estado, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que ese acto se convierte en clausulado del contrato. Así lo reflejan los siguientes apartes de la Sentencia dictada en noviembre 30 de 2006, expediente 18059:

“Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El Reglamento en cambio admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

“En segundo lugar, en cuanto al pliego de condiciones como “acto administrativo”, considera la Sala que en parte si ostenta esta naturaleza, pero no se reduce a ella. En nuestro concepto, el pliego, hasta antes de la celebración del contrato, es un acto administrativo reglado,¹² de carácter general¹³ y de trámite¹⁴; pero igualmente -y en

¹¹ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Exp. 18059, M.P. Alier Hernández Enríquez.

¹² Dado que buena parte de su contenido se encuentra definido u orientado –en mayor o menor medida- por la Constitución, la ley y los reglamentos.

¹³ Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.

esto radica la diferencia- tiene la capacidad de convertirse en “cláusula contractual”, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

“En este sentido el pliego es de “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general - naturaleza que ostenta hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque muchas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras condiciones han perecido, a medida que ha avanzado el proceso de selección.

“Así por ejemplo, a medida que se va aplicando el pliego de condiciones -es decir, en la medida en que avanza el proceso de licitación o de contratación directa- desaparecen por agotamiento las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación - apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación-, entre otras condiciones. Esos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto es un “acto administrativo”.

*“En cambio las exigencias técnicas de bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo -teniendo ahora efectos sólo entre la administración y el contratista-. **Este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podría no reproducirse en el contrato, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego, de allí que la doctrina y la jurisprudencia digan que “el pliego de condiciones es la ley del contrato, pues a él se acude, en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación”.**”*

¹⁴ Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.

Las orientaciones jurisprudenciales precedentes permiten concluir que el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa.

En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero.

Una vez surtido el proceso de selección mencionado que se lleva de conformidad con ese reglamento establecido en el pliego de condiciones, se deberá proceder a la celebración del contrato, con el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para su perfeccionamiento¹⁵, que fijará las obligaciones que surjan para uno y otro, llevándoles a adecuar su conducta a dichas obligaciones.

En consecuencia, las diferencias puestas en consideración del presente Tribunal de Arbitramento serán resueltas teniendo en cuenta la Constitución Nacional, la Ley 80 de 1993 y se decretos reglamentarios, las normas comerciales y civiles pertinentes salvo lo regulado por el Estatuto de Contratación Administrativa y las manifestaciones de voluntad de los contratantes en virtud del ejercicio de la autonomía privada, concretada en el contrato de obra pública 428 de 2003 del cual hacen parte integral los pliegos

¹⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 41. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

de condiciones de la licitación pública SRN-014-2003 y la oferta del contratista.

Con base a los fundamentos expuestos procederá el Tribunal a efectuar el análisis de los mismos teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y las pretensiones del demandante relacionadas con la teoría de la imprevisión y el equilibrio de la ecuación financiera del contrato 428 de 2003, para lo cual consideramos pertinente el desarrollo argumentativo que se expone a continuación.

I. DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL Y DE SU PRESUNTO ROMPIMIENTO EN EL CONTRATO 428 de 2003¹⁶

El punto de partida para el examen de la materia de la revisión del contrato es el principio universalmente consagrado de la firmeza y coercibilidad de los contratos legalmente celebrados, o sea de la vinculación de las partes por el hecho de su disposición, y su obligación de estar a lo estipulado en ellos, además, a todo lo que haya de agregársele en razón de la equidad, o que conforme a ley supletoria, usos y costumbres corresponda a la naturaleza de la figura y de las obligaciones que le son inherentes, es decir, el *pacta sunt servanda*, que aparece en todos los códigos, de los art. 1134 y 1135 *Code civil français* en adelante¹⁷. Con todas las consecuencias que de él se derivan, tales como han sido entendidas y aplicadas, a partir de las denominadas 'intangibilidad y perennidad del contrato', y cuyo contenido y efectos quedarían así sustraídos a toda intervención distinta de la de las partes de consuno, y más concretamente, estarían a salvo de cualquiera injerencia no solo del juez, sino inclusive del legislador. Pero al mismo tiempo está el dictado igualmente universal del sometimiento de las partes en todo momento a las reglas de la buena fe y la honestidad: lealtad, corrección, equidad, solidaridad, lemas cuyo calado en la conciencia colectiva es cada día mayor, también presentes en todos los códigos.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2007, Exp. 15475, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Se ha llegado a mostrar "la fuerza obligatoria de los contratos concebida como un imperativo deontológico»: L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse, LGDJ, Paris, 2004, n° 66, p. 52. El nuevo código civil holandés (Livre 6, tit. 5) no reprodujo esa declaración. Y en los códigos brasileños, el antiguo y el nuevo, tampoco se encuentra referencia explícita a ella.

La "revisión", es tomada aquí en el sentido que le da en general el derecho de raíces romano-germánicas, como "*modificación de un acto jurídico con la mira de adaptarlo a las circunstancias*", es decir, su adaptación, con el empleo de las tres locuciones como sinónimas, que cubre igualmente las intervenciones ex post facto del legislador y más concretamente del juez en las relaciones contractuales.

Esto implica, en últimas, la circunscripción del sentido de la "*revisión del contrato*" a su reforma o reajuste en respuesta a la alteración de la base económica del contrato por el advenimiento de circunstancias posteriores a su celebración, o más propiamente, acaecidas en el curso de su ejecución (desequilibrio). Lo cual indica que dicha hipótesis lleva a analizar comparativamente la posición de los distintos ordenamientos o, mejor, derechos, frente a las varias posibilidades de modificación del contrato, según quién pueda o haya de proceder a ella, la oportunidad, la índole, el objeto de la modificación, el origen y la magnitud de la alteración de los términos de la ecuación contractual, la naturaleza jurídica del acto de modificación del contrato y sus efectos hacia el futuro y sobre el pasado.

El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como "*la relación aproximada entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato*"¹⁸

La doctrina nacional autorizada ha definido la ecuación económica del contrato como "*un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que le restablezca su interés.*"¹⁹.

¹⁸ ANDRE DE LAUBADÉRE, *Traité theorique et pratique des Contrats Administratif* Cfr. Parías, LGDJ, 1956. Tomo II, pág. 32, citado en la obra *Régimen de Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1966, Pág. 32 .

¹⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, "La Contratación de las Entidades Estatales", Quinta Edición, 2005, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Medellín, Pág.353.

También ha concebido la equivalencia económica del contrato como “*la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.*”²⁰

Al respecto cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.

Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución., a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes*”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

²⁰ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, Pág. 401.

Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración²¹.

A. Teoría de lo útil y lo justo²².

No podemos pasar por alto la teoría que se expone a continuación, la cual ha servido de fundamento al desarrollo de los postulados del equilibrio prestacional, enriqueciendo tanto las disciplinas contractuales privadas y públicas.

A partir de su ensayo *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, J. GHESTIN, ha venido en plantear un fundamento de la teoría del contrato, alternativo del principio de la autonomía de la voluntad, el de lo útil y lo justo, en buena medida arraigado a la tradición aristotélico-tomista, según la cual, el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato estriba en la equidad, la justicia, el derecho natural y la razón, por lo cual no hay compromiso que respetar en caso de voluntad viciada, pero, sobre todo, si no hay equilibrio prestacional²³.

A la pregunta acuciante de cuál es la razón o la justificación de la coercibilidad de la promesa, y frente a la respuesta habitual de 'porque el sujeto o los sujetos lo quisieron, dentro de su poder o voluntad de decisión o libre arbitrio' se indica la posibilidad de que el ordenamiento jurídico vincule a las partes a sus compromisos en el interés social o porque considere

²¹ HOYOS DUQUE, Ricardo. "El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 DE 1993". Artículo en "Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal". Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. Septiembre de 2007. Página 103.

²² Tomado del manuscrito del segundo tomo de las obligaciones de Fernando Hinestrosa, por publicar. Universidad Externado de Colombia. Véase también: GOUNOT, GHESTIN, CARBONNIER, LARROUMET, n° 135, p. 127. FLOUR, AUBERT, SAVAUX, La théorie générale du contrat, etc., cit. n° 250 ss., p. 197 ss.

²³ "El contrato no es obligatorio, si no es justo": GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, cit., p. 194. "El contrato no se toma como obligatorio si no ha sido libremente aceptado y reúne la doble condición de ser útil y justo": GHESTIN et BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, cit., n° 48, p. 55.

conveniente compensar un desplazamiento patrimonial, o incluso porque sería injusto no darle al otro lo que le es debido²⁴

A la postre, bien cabe indagar hasta dónde se trata simplemente de resaltar la exigencia de utilidad social efectiva de la figura, para su reconocimiento y patrocinio genérico, sumada a la utilidad, no sólo individual, sino común, de la operación singular, y al apremio de que sea equilibrada, esto es, justa (justicia contractual). Todo ello como orientación de la política legislativa, como pauta de la decisión judicial y como inspiración del desarrollo jurisprudencial²⁵; pero no como razón de ser de la naturaleza compromisoria del contrato y menos de la coercibilidad de las promesas contenidas en él.

La injusticia podrá dar pie a una impugnación o servir de fundamento para solicitar la intervención correctora del juez, pero no es santo y seña de ineficacia del acto dispositivo. Y en cuanto a la utilidad, si se trata de la de la figura, ello equivaldría a la tipicidad del negocio, y si se piensa en el trato singular, el riesgo de subjetivismo judicial se tornaría incontrolable, pues ya no estaría referida a la ecuación concreta, sino a un interés público o bien común²⁶.

Una cosa es exhortar a la utilidad de la operación, (¿en abstracto²⁷, o en singular, o en ambas dimensiones?)²⁸ y a su justicia o equidad, inicial y a lo largo de su ejecución, como un dictado ético y político, lo que ha sido una constante en la vida de la humanidad, y otra tratar de sustentar la fuerza coercitiva del contrato en su utilidad y su justicia, de suerte que, a la manera

²⁴ SAVAUX, *La théorie générale du contrat*, cit., n° 251, p. 197 s. GHESTIN, op. cit., n° 174-1, p. 181. n° 187, p. 205.

²⁵ SAVAUX, *La théorie générale du contrat*, cit., no 259, p. 203.

²⁶ Cfr. FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique* (11a. éd.), n° 119, p. 81.

²⁷ Exigencia que no sería otra que la de merecimiento de la tutela del ordenamiento a la respectiva figura, asegurada de suyo por su disciplina legal.

²⁸ ¿ " útil de dirección' y `justo de protección' ? : GHESTIN, , n° 188, p. 206 ss. • R. A. POSNER, *The economics of justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1981; ID., *Economic analysis of law*, 5th, ed., Aspen Publishers, New York, 1998; W. M. LANDES & R. POSNER, *The economic structure of tort law*, HARVARD University Press, Harvard (Mass) and London, 1987; N. MERCURO and S. G. MEDEMA, *From Posner to post-modernism*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1997; R. COOTER and Th. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, Reading Mass., 2000; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'analyse économique est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*, en *RTDciv*, 2006, p. 505 ss.

de la escolástica, se hubiera de concluir que la promesa que no responda a esas exigencias no es vinculante y el promitente no tiene por qué cumplirla.

De otra parte, no huelga advertir que el principio de la buena fe resultaría a dicho propósito más concreto y exigente y, por descontado, más eficiente como pauta de comportamiento y como empoderamiento al juez para la efectividad, antes que de la justicia contractual, de la lealtad recíproca entre las partes.

B. El desequilibrio económico en el contrato estatal y su restablecimiento a luz de la legislación y jurisprudencia colombiana.

La Ley 80 de 1993, consagra el equilibrio económico-financiero como principio general en materia de contratación estatal, a favor del contratista y de la administración, es así como el artículo 27 establece que *“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 su restablecimiento (...)”*

La doctrina y la jurisprudencia, han sostenido que al momento de la celebración de un contrato se entienden incorporadas en el acuerdo de voluntades, las circunstancias económicas reinantes y el interés que lo motivó, de modo tal que si por circunstancias imprevisibles, se hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una o para todas las partes, debe procederse al restablecimiento del equilibrio inicial.

Cómo lo hemos visto, uno de los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales es el principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal, en virtud del cual se busca salvaguardar la ecuación económica del contrato, de suerte que tanto el contratante como el contratista puedan alcanzar las prestaciones recíprocas que pretendían obtener con la celebración del negocio jurídico, esto es, los fines de la contratación estatal, incluso en aquellos eventos en que dicho equilibrio se ve afectado por circunstancias ajenas a su voluntad.

Sobre la importancia y el alcance del principio bajo estudio en materia contractual, el Consejo de Estado, en decisión del 29 de mayo de 2003, sostuvo:

“Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto. El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”. Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blue, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; “como un cálculo” al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato”²⁹

En efecto, la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el estatuto general de contratación de la administración pública, consagró de manera expresa, en el artículo 27, el principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, así:

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 su restablecimiento (...)

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Radicado No. 14577.

En concordancia con lo anterior, el estatuto contractual en el artículo 5, referido a los derechos y deberes de los contratistas, dispuso:

“Artículo 5°. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el Artículo 3° de esta Ley, los contratistas:

Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendría que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Así las cosas, es claro que la legislación reconoce que los contratos estatales son negocios jurídicos de naturaleza conmutativa, en los que existen prestaciones recíprocas entre las partes, que se tienen como equivalentes y deben preservarse en el curso de la contratación y restaurarse en caso de que se vean afectadas.

En todo caso, nótese que si bien la conmutatividad es una característica esencial de los contratos estatales, las prestaciones recíprocas deben guardar relación con los fines perseguidos por la contratación estatal, es decir, no se encuentran limitadas exclusivamente por la autonomía de la voluntad, sino que deben atender a otros criterios objetivos que permitan determinar el equilibrio contractual, donde cobran relevancia los fines de la contratación.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar los contratos y con la ejecución de los

mismos. Las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales. La continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar los contratos con las entidades estatales, que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

Ahora bien, es claro que las diversas disposiciones aludidas hacen referencia a la necesidad de garantizar la conmutatividad en el contrato estatal, situación que cobra relevancia cuando existen circunstancias bajo las cuales la ecuación financiera del contrato puede resultar afectada. Así, cuando los factores que generan el desequilibrio económico en el contrato son ajenos al contratista, corresponde a la Administración tomar las medidas pertinentes para mantener la ecuación financiera, asumiendo los costos necesarios.

En efecto, la administración debe adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento de la ecuación contractual cuando se ve alterada bien por hechos o actos de la administración contratante, o por actos de la administración general como estado -hecho del príncipe- o por factores exógenos a las partes del negocio –teoría de la imprevisión-. En este sentido lo ha expresado el Consejo de Estado:

“La administración ha reconocido el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, dado que la equivalencia de las prestaciones, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, son principios esenciales de la relación contractual. El equilibrio puede verse alterado por actos de la administración como Estado y no como contratante, y por factores externos extraños a las partes. En el primer caso se encuentra el acto de carácter general proferido por el Estado, como ley o acto administrativo (hecho del príncipe); v.gr. la creación de un tributo que afecte el contrato. Y en los factores externos, se encuentran las

*circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes (Teoría de la imprevisión)*³⁰

En cuanto al hecho del príncipe se entiende como una medida imperativa, general, abstracta y de obligatorio cumplimiento emitida por la administración, actuando como Estado, que si bien no afecta directamente el objeto del contrato influye directamente en hacerlo más oneroso. Por su parte, la llamada teoría de la imprevisión, se trata de aquellos eventos en que surgen imprevistos en la ejecución del contrato, no imputables a las partes.

En este orden de ideas, puede concluirse que en virtud del principio del equilibrio contractual, surge la obligación para la administración de restablecer la retribución o remuneración convenida en el contrato, cuando ésta se vea afectada por situaciones ajenas al contratista. Se trata de un mandato legal aplicable a cualquier contrato estatal y que actúa con independencia de los pactos realizados particularmente por los contratistas.

Los mecanismos dispuestos por la legislación para proceder a restaurar el equilibrio contractual en caso de verse afectado se encuentran establecidos en el artículo 4, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precio, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...)

³⁰ Ibídem

De suerte que, el ajuste y la revisión de precios son mecanismos a los que puede acudir la administración y/o el contratista a fin de preservar el principio del equilibrio económico en los términos referidos.

Finalmente y a modo de conclusión conviene anotar cómo la figura del equilibrio financiero del contrato no ha sido extraña ni a nuestra jurisdicción, ni a nuestra jurisprudencia. Sin duda alguna las partes al contratar son conecedoras del beneficio resultante del contrato: conseguir los fines esenciales del Estado, para la entidad pública contratante; la obtención de un provecho económico, para el contratista. Dentro de este marco habrá, pues, de moverse la regulación financiera del contrato y con miras a mantener su equilibrio económico, se ha de procurar la protección de las partes, y especialmente para el caso del contratista como colaborador que es del Estado, se deben tomar las medidas necesarias para lograr dicho mantenimiento, de tal forma que pueda conservar el beneficio económico que lo llevó a contratar.

Tal ha sido la voluntad del legislador y paulatinamente ha contemplado la figura del equilibrio financiero del contrato, en las leyes 4º de 1964 y 36 de 1966, pasando por los decretos 1670 de 1967 y 150 de 1976, hasta llegar al anterior estatuto contractual, el Decreto 222 de 1983 y, por último, plasmarlo específicamente en la Ley 80 de 1993, entre otras, en el artículo 4º, ordinal 3º al referirse a la consecución de los fines estatales; en el artículo 5º ordinal 1º, al hacer mención de los derechos del contratista; en el artículo 28, en relación con la interpretación de las reglas contractuales y en el artículo 50, referente a la responsabilidad contractual de las entidades estatales.

La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos, como el Consejo de Estado reitera, *“es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias. Frente al mandato legal, mal podría el juez de dicho contrato desconocer, sin razón, tales preceptos normativos”*.

Tiene entonces, suficiente sustento, en legislación y jurisprudencia, el concepto del equilibrio financiero del contrato y, por consiguiente, no podía

resultar extraño para el Tribunal de Arbitramento la aplicación de dicha figura, bajo la óptica fundamental de que el Estado pudiera cumplir con los fines previstos y que el consorcio contratista, a su vez, por no tener obligación legal ni contractual de trabajar a pérdida, lograra obtener el lucro inherente y previsto para su actividad.

Así pues, tenemos entonces que el equilibrio o ecuación contractual, no se refiere únicamente a aspectos económicos, pues busca mantener la igualdad o equivalencia entre todos los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar según el caso. De observarse únicamente el aspecto económico, como susceptible de aplicar la figura de la ecuación contractual es desconocer las restantes prestaciones incluidas en el contrato.³¹

Lo anterior nos conduce al estudio de los factores que pueden llevar a que el equilibrio financiero de un contrato se vea alterado, puntualizando precisamente en la teoría de la imprevisión, argumento esbozado por el demandante como fundamento de sus pretensiones, lo cual nos permitirá dilucidar la incertidumbre respecto del caso puesto a consideración por las partes.

II. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO CAUSA DEL DESEQUILIBRIO

Son diversos los factores que pueden afectar el equilibrio económico de los contratos estatales, cuando éste se rompe por causa no imputable al afectado, y son varios los mecanismos establecidos para restablecerlo. Sobre el punto el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que “la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino

³¹ Sentencia de febrero 15 de 1999, expediente 11.94 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

*que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas.*³² Se ha entendido que dicho equilibrio,

*“implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes, etc.) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables.”*³³

*“Se ha sostenido también que dicho equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas*³⁴: *actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado [hecho del príncipe] y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión)*³⁵.

En el mismo orden, *“La ruptura de la ecuación financiera de cualquier contrato puede verse alterada por actos o hechos de uno de los contratantes, como cuando uno de ellos no cumple con las obligaciones derivadas del contrato; o por factores exógenos a las partes del negocio o “teoría de la imprevisión”, que involucra circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes al nacimiento del contrato y no imputables a una de las partes; es decir, externas al contrato pero con incidencia en él, todas ellas con características y requisitos propios para su configuración puestas en la situación concreta negocial”*³⁶.

³² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, expediente No. 11.194.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de tres de mayo de 2001, expediente No. 12.083.

³⁴ En este sentido ver, entre otras, sentencia del 21 de junio de 1999, expediente No. 14.943 y sentencia del 13 de julio de 2000, expediente No.12.513.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 7 de marzo de 2002, expediente: 21.588 (R- 0340), actor: Consorcio CONASCOL S.A.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2007. Radicación número 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Así pues, desde que surge a la vida jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; *la Administración*, el logro de los fines esenciales del Estado y *el contratista*, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la llamada *ecuación financiera del contrato*. Desde esa situación, se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia y es por ello que las normas que regulan la contratación propugnan porque la ecuación financiera del contrato deba mantenerse para así proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originales.³⁷

Al respecto cabe señalar que el Consejo de Estado ha precisado que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato tiene aplicación en los llamados contratos “*conmutativos*” y, con mayor razón en aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, dado que cualquier variación en la economía de estos durante su vigencia rompe el equilibrio convenido³⁸; ha explicado también que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución, por las siguientes causas:

- 1º. Por actos o hechos de la Administración contratante,
- 2º. Por actos de la Administración como Estado; y,
- 3º. Por factores exógenos a las partes del negocio jurídico.

Por su parte la doctrina ha diferenciado entre las causas de ese rompimiento, así Marienhoff en su obra de contratos administrativos³⁹ señala:

“El equilibrio económico financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

³⁷ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2003. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 85001-23-31-000-1999-2909-01(17213).

³⁸ *En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 29 de abril de 1999; expediente 14855.*

³⁹ *Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. Tomo IIIA. Reimpresión. Buenos Aires. Págs. 473 y 474.*

a) *Causas imputables a la Administración en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo 'modificaciones' al contrato, sean éstas abusivas o no.*

b) *Por causas imputables al 'Estado', inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo.*

c) *Por trastornos de la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.*

En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado 'hecho del príncipe' (fait du prince); en el tercer supuesto surge la llamada "teoría de la imprevisión".

Por otra parte, en el decreto ley 01 de 1984 -C. C. A- se dispuso en la acción de controversias contractuales *que la revisión económica puede ser una de las solicitudes o pretensiones de la demanda; así:*

“ARTÍCULO 87. Modificado por el decreto ley 2.304 de 1989, art. 17. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo quedará así. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones ()”.

Tal disposición dejar ver que el legislador tuvo en cuenta que el contrato puede ser sometido a revisión judicial cuando hechos sobrevinientes al contrato varían las circunstancias dentro la ejecución del mismo. Se reitera la sentencia dictada el día 3 de mayo de 2001 (ver pie de página No. 3).

En sentencia de 29 de mayo de 2003⁴⁰ en caso similar de la contribución especial y refiriéndose no sólo a la ley de creación de ésta (ley 104 de 1993) sino a la regulación anterior al decreto ley 222 de 1983, esta Sección del Consejo de Estado hizo las siguientes consideraciones, entre otras:

“otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la Administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la Administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

El primer tipo de actos se presenta cuando la Administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.

Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de

⁴⁰ Expediente. 14.577. Actor: Sociedad Pavimentos Colombia Ltda..

presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo e inexacto...no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa...no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato...tampoco es una equivalencia matemática rigurosa. Es...la relación aproximada...entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; 'como cálculo', al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar”.

Todo lo visto anteriormente, marco jurídico normativo y jurisprudencial, sirve y provee los elementos jurídicos y de interpretación conjunta de los mismos para estudiar las situaciones del caso, pues dentro de las pretensiones de la demanda se encuentra la referida al desequilibrio financiero.

A. Revisión por el juez. Teoría de la imprevisión⁴¹

La cuestión más debatida, a la vez que más compleja, es la relativa a la adaptación o 'resiliación' (terminación) del contrato por decisión de juez, a solicitud de una de las partes. A dicho propósito ha de observarse que los distintos ordenamientos se distribuyen entre dos posiciones contrapuestas: aquellos que de plano rechazan toda intervención del juez que no esté ordenada singularmente por la ley y aquellos que la aceptan, como principio general, por creación jurisprudencial o por disposición legal.

1. Rechazo de la adaptación judicial del contrato. «El juez ha sido considerado tradicionalmente como un servidor respetuoso del contrato, que por regla general no puede intervenir en el contrato y maltratar sino únicamente cuando se encuentra autorizado al efecto por la ley ». Es bien conocida, a más de controvertida, la posición de la jurisprudencia francesa, que desde la cas. civil 6 marzo 1876 (affaire del canal de Capronne), ha sostenido invariablemente que *"en ningún caso compete a los tribunales, por equitativo que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir con unas nuevas las cláusulas libremente aceptadas por los*

⁴¹ Cfr. Hiestrosa, Fernando. La revisión del contrato. El texto corresponde al Rapport général elaborado para las JOURNÉES BRÉSILIENNES de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 23-27 mayo 2005.

*contratantes*⁴². A lo largo de cerca de ciento treinta años una buena parte de la doctrina ha combatido en vano ese parecer con argumentos jurídicos, económicos y éticos de gran fuerza y vistosidad.

Más que la hostilidad a la teoría de la imprevisión, por exigentes y rigurosas que se planteen sus condiciones, lo que se advierte en los países más directamente influidos o seducidos por el dictum jurídico francés, es el rechazo categórico de un principio legal general de revisión del contrato. Como se puede apreciar en la jurisprudencia belga⁴³, que se atiene a la *"seguridad jurídica"*, y con LE PAGE estima que *"en las mayoría de las oportunidades, si hay 'imprevisión', es más por efecto de la improvidencia de la parte que se comprometió que por la ocurrencia de un riesgo anormal y extraordinario"*⁴⁴; en la de Québec, reforzada por el rechazo tanto de la imprevisión propuesta en 1977 por la Oficina de revisión del Code civil, como por el Ante proyecto de ley de 1987, y por el propio Código nuevo, que amplió formalmente la regla del nominalismo monetario al conjunto de los contratos (art. 1564), y en la jurisprudencia chilena, comoquiera que ya en el fallo de 10 enero 1925 la Corte Suprema chilena señaló que « los tribunales no tienen el poder de abrogar o de dejar sin ejecución la ley del contrato, sea por razones de equidad, o de costumbres o de reglamentaciones administrativas »⁴⁵.

⁴² Cfr. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat et quasi-contrat, régime général, Litec, Paris, 1986, n° 1164 et ss., p. 406 et ss. ; TERRE, SIMLER et LEQUETTE, Les obligations, cit., n° 471, p. 466 et ss. ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, Lacte juridique, cit., n° 411, p. 316 ;

⁴³ En cuanto a los contratos administrativos, « El art. 16 § 2 del cahier général des charges de l'État dispone que: `el adjudicatario, en principio, no tiene derecho a ninguna modificación de las condiciones contractuales por cualesquiera circunstancias a las que el poder adjudicador haya sido ajeno. Sin embargo, el adjudicatario puede, sea solicitar una prolongación del término de ejecución, sea, cuando el perjuicio es muy importante, demandar la revisión o la resiliación del trato, prevalido de una circunstancia que él no podía razonablemente prever cuando depositó la oferta o a la celebración del contrato'. ... Esta noción de `circunstancias extraordinarias' abarca no solamente la de fuerza mayor, sino también las de `inconvenientes imprevistos', `hecho del príncipe' o 'imprevisión'. ... A este propósito, la jurisprudencia considera en general que una alteración del 3% del contrato es muy importante».

⁴⁴ Traité élémentaire de droit civil belge, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 579, p. 569.

⁴⁵ No conocemos un solo fallo de los tribunales ordinarios que haya admitido en nuestro país la revisión de un contrato en virtud del advenimiento de nuevas circunstancias": J. LOPEZ-SANTA MARIA, Los contratos, parte general, t. I, 2ª ed. actualizada, Ed. jurídica de Chile, Santiago, 1998, n° 48, p. 295. "Sin embargo se mencionan tres casos de laudos arbitrales que aceptaron la revisión en circunstancias excepcionales"; Raport II, n° 5.

2. La revisión del contrato administrativo: En cuanto se refiere al contrato administrativo, apenas se hará una breve referencia a su revisión en derecho comparado. La actitud del Consejo de Estado francés al respecto se remite al bien conocido arret Gaz de Bordeaux de 30 marzo de 1916, en el que, no es que se hubiera acogido propiamente la teoría de la imprevisión por el hecho de obligar a la administración a pagar una indemnité, o sea "una compensación pecuniaria, llamada 'indemnité d'imprévision', al concesionario en razón de que un acontecimiento dado "había transformado la economía del contrato de concesión", indemnité que, por lo demás, no corresponde sino a una parte del perjuicio sufrido por el deudor"⁴⁶. Como lo resalta la doctrina, aquella posición consiste en autorizar al contratista reclamar de la administración una indemnité que le permita proseguir la ejecución del contrato, con lo cual la administración asegura la continuidad del servicio público⁴⁷ y, no obstante referencias ocasionales recientes a la necesidad de preservar el equilibrio de las prestaciones, prevalece la consideración del interés público como razón primordial de la intervención del juez⁴⁸. En Colombia, el contratista tiene de suyo derecho al equilibrio contractual (ecuación económica), incluso con efecto retroactivo, de modo que el factor continuidad y calidad del servicio público deja de ser algo decisivo para el reajuste.

3. La jurisprudencia arbitral. El arbitramento internacional no ha sido favorable a disponer la adaptación de un contrato por excesiva onerosidad, a menos que las partes acuerden someter tal cuestión expresamente a un amigable componedor o a un árbitro, o sea que se suma a la tendencia de empleo estricto del principio de la inmutabilidad e intangibilidad del contrato, como parte de la *lex mercatoria*. De otro lado, en los contratos

⁴⁶ Cfr. FLOUR, AUBERT et SAVAUX, Les obligations, Acte juridique, cit., n° 406, p.312 et s., et note 9 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de Droit civil, t. II, Zef. vol., Obligations, Théorie générale, 9e ed., Montchrestien, Paris, 1998, n° 735, p. 860.

⁴⁷ "Esta jurisprudencia, sin ser aislada, no es la prevaleciente. La jurisprudencia administrativa es en realidad bastante próxima a la jurisprudencia civil": Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat, Litec, Paris, n° 281, p. 150. Cfr. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, Les obligations, cit., n° 469, p. 464 ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, L'acte juridique, cit., n° 406, 312 et s.

⁴⁸ « Porque la perspectiva de obtener una 'indemnité d'imprévision' contribuye a incitar al contratista a proseguir la ejecución del contrato » y, de otra parte, « al mantenimiento de la continuidad del servicio público » : D. MAZEAUD, Rapport français, n° 29. Cfr. FLOUR, AUBERT et SAVAUX, Les obligations, 1, L'acte juridique, cit., n° 407, p. 313. En tanto que en derecho italiano, la ley de 24 diciembre 1993 dispuso que « todos los contratos que tengan una ejecución periódica o continuada deben incluir una cláusula de revisión periódica del precio »

internacionales va siendo cada vez más frecuente la previsión de las cláusulas de hardship que incluyan aquella autorización-delegación o simplemente la competencia del arbitramento para resolver sobre la adaptación o la 'resiliación' (terminación) del contrato⁴⁹.

4. Aceptación de la adaptación del contrato por el juez. En contraste con la corriente francesa, otros derechos han admitido la teoría de la imprevisión, ora por vía jurisprudencial, ora directamente por norma legal, puede decirse que a partir del ordenamiento alemán (BGB), hasta el código civil más reciente, el del Brasil de 2002.

5. Por decisión jurisprudencial. La doctrina y la jurisprudencia alemanas, basadas en la norma del § 242 BGB que previene que "el deudor está obligado a ejecutar la prestación conforme a las exigencias de lealtad y buena fe (Treu und Glauben), ha aceptado la revisión del contrato por "*desaparición de la base del negocio*", desde la primera posguerra mundial: desaparición del fundamento económico o jurídico de la operación, a causa de acontecimientos imprevisibles a la celebración del contrato, de manera que la no adaptación a las nuevas circunstancias sería algo contrario a la buena fe y a las buenas costumbres. "La adaptación del contrato consistirá en una disminución de la prestación in natura o en un aumento del precio inicialmente fijado, o en un escalonamiento de la ejecución en el tiempo, o incluso en una indemnización de la pérdida sufrida o del lucro cesante. Si no fuere posible adaptación alguna, en últimas, el juez dispondrá la resolución o la resiliación (terminación) del contrato »⁵⁰. Con un campo de aplicación que no se reduce al desequilibrio monetario, sino que va más lejos, de modo de abarcar el fin contractual⁵¹. Todo basado en la consideración de que « La conservación del contrato originario podría producir efectos intolerables, incompatibles con el derecho y la justicia »⁵².

En general se mencionan como ejemplos de adaptabilidad judicial del contrato autorizados en la ley de manera excepcional, la posibilidad para el

⁴⁹ L. GRYNBAUM, Le contrat contingent, cit., n° 119 et ss., p. 92 et ss.

⁵⁰ F. FERRAND, Droit privé allemand, Dalloz, Paris, 1997, n° 292, p. 306 et ss.

⁵¹ GHESTIN, BILLIAU, Les obligations, les effets du contrat, cit., n° 313, p. 338 et ss.

⁵² Jurisprudencia alemana, GGH, 25 mayo 1977, cit. por C. Castronovo, en Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II, Ed. italiana, Giuffrè ed., Milano, 2001, p. 367.

arrendatario de demandar una rebaja del precio de su locación en caso de pérdida de la totalidad o de la mitad de la cosecha (art. 1769 et ss. Code civil fr.), como también la autorización al operario en el contrato de obra para demandar el aumento del precio «si circunstancias desconocidas ocasionaren costos que no pudieron preverse», contemplada en el art. 2003, al. 3 cod. civil chileno, correspondiente al art. 2060 cod. civil colombiano, que le permitió a la Corte Suprema colombiana, en cas. de octubre de 1936, febrero de 1937 y mayo de 1938, acoger la teoría de la imprevisión como un principio general, por vía de analogia legis, y en el art. 365 inc. 2 del código de las obligaciones turco, en el mismo sentido y con iguales alcances.

6. Por autorización legal general. Probablemente el Codice civile italiano de 1942 fue el primero en admitir la teoría de la imprevisión con la denominación de *eccessiva onerosità*, que se proyectó en varias legislaciones posteriores, especialmente de América Latina, mas no como pretensión de adaptación del contrato, sino de su 'resolución', solo que la parte no afectada por el acontecimiento perturbador, al ser demandada "puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato". Lo que hace ver la ausencia de una variedad suficiente de instrumentos de protección flexibles, que sí aflora en materia de contratos unilaterales⁵³ y aparece ya en algunos textos legales posteriores⁵⁴, que comienzan a mostrar la plasticidad que ha ido adquiriendo la reacción normativa frente a las irregularidades o anomalías del contrato, tanto en su celebración, como sobrevenidas posteriormente, y cómo se ha quedado atrás la rigidez de las soluciones exclusivas de nulidad o rescisión o 'resiliación' (terminación), de modo de asegurar la supervivencia del contrato, depurado, saneado o adaptado. A este propósito llama la atención que el código civil argelino, en contraste, no autoriza al juez para

⁵³ El art. 1468, al. 1 c. c. preceptúa: «En la hipótesis prevista en el artículo precedente, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes ha asumido obligaciones, esta puede pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para volverlo a la equidad". Y el inciso 2 contempla la posibilidad de conservación de contrato. Pauta seguida por los códigos civiles de Perú y Brasil.

⁵⁴ Valga citar por todos el art. 868 Código de Comercio colombiano, que habiendo acogido la iniciativa del ordenamiento italiano, sin embargo previó: "Cuando acontecimientos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de una de las partes al punto de que se vuelva excesivamente onerosa, se podrá demandar su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que han alterado la base del contrato. Y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la resiliación del contrato »

decretar la 'resiliación', pues su competencia está circunscrita a "modificar la ejecución de la obligación contractual vuelta excesivamente onerosa".

En lo que hace a América Latina, en orden cronológico, la reforma al Código civil argentino de 1966, modificó la norma que señalaba los efectos del contrato con la agregación de un inciso tomado directamente del art. 1467 del código civil italiano⁵⁵; el Código de Comercio colombiano de 1971 (art. 868), plantea ya la revisión del contrato como primera opción, para que el juez "ordene, la 'resiliación' del contrato" si aquella no es posible. El código civil boliviano (art. 581) previene la resolución del contrato por excesiva onerosidad, con posibilidad para el demandado de enervar la acción ofreciendo modificarlo en condiciones equitativas en opinión del juez, a la manera del ordenamiento italiano.

Bien se aprecia el contraste entre los remedios prevenidos y las alternativas para las partes, a la vez que una inclinación a ampliar las alternativas que favorezcan la conservación del contrato.

B. Condiciones para la adaptación judicial del contrato o su "resiliación"

1. Contratos susceptibles de imprevisión y de adaptación. La primera anotación en cuanto a condiciones para la intervención judicial es la de que el contrato ha de ser de ejecución sucesiva o de ejecución escalonada, dado que de suyo las prestaciones en tales contratos, por cierto cada día más frecuentes e importantes en la economía nacional e internacional, se proyectan sobre un futuro, más o menos prolongado y distante y, por lo mismo, están expuestas al impacto de factores externos que pueden sobrevenir inopinadamente⁵⁶. De suyo están excluidos los contratos de

⁵⁵ Art. 1198, ley 17.711: " En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. ... la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. ... La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

⁵⁶ "Todo contrato cuya ejecución esté escalonada en el tiempo, en especial, todo contrato sucesivo, expone a las partes a un alea, tanto más grande cuando más largo sea el término convenido": FLOUR, AUBERT et SAVAUX, Les obligations, 1, L 'acte juridique, cit., n° 404, p. 293.

ejecución instantánea. Además, el contrato ha de ser oneroso⁵⁷, en principio, conmutativo, pero también, excepcionalmente, podría ser aleatorio. Basándose la teoría de la imprevisión en un desequilibrio o un desajuste en las prestaciones, no cabe sino en los contratos que, por su naturaleza traen consigo ventajas y sacrificios mutuos proporcionales entre sí. Se discute si la revisión es aplicable a los contratos aleatorios, dado que su naturaleza lleva consigo albur, juego de imprevistos; y, por lo general, se rechazan doctrinariamente los intentos de extensión de su órbita⁵⁸. Sin embargo, no es admisible dejar en ellos confiado todo al azar; por eso, han de tenerse en cuenta eventuales cambios de la realidad económica totalmente imposibles de suponer a tiempo de la celebración tanto más cuanto las deudas se contraigan a plazos evidentemente más largos que de ordinario⁵⁹. Venga el ejemplo paradigmático de la primera posguerra en Alemania: fue de tal magnitud la inflación o pérdida del poder adquisitivo del marco, que la indemnización del seguro de vida contratado años atrás valía menos que el porte del correo que la enviaba.

2. Un desequilibrio mayúsculo o excesiva onerosidad. La revisión o adaptación del contrato obedece a la ocurrencia de hechos que rompen el equilibrio prestacional o desajustan la base económica del contrato, producen una desproporción⁶⁰. No es que el deudor se vea en imposibilidad de cumplir, es que el cumplimiento le resulta muy oneroso. No hay una imposibilidad, en muchos casos, ni siquiera una dificultad. Lo que acontece es se rompió la paridad, y con ella la justicia contractual⁶¹.

⁵⁷ De suyo, de prestaciones correlativas, pero, también a cargo de una sola parte, cual lo previenen los arts. 1468 c. c. italiano, 1442 c. c. peruano y 480 c. c. brasileño.

⁵⁸ El art. 146 cod. civil italiano excluye expresamente de las normas sobre excesiva onerosidad a "los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes".

⁵⁹ El art. 1441.2 del código civil peruano prevé la aplicación de la revisión "a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato". Y está el ejemplo del reajuste, incluso de orden legal, a las rentas vitalicias.

⁶⁰ L. GRYNBAUM, Le contrat contingent, cit., n° 36, p. 33, habla de la "acepción tradicional de desequilibrio contractual", contrapuesta a aquella otra, resultante de la normatividad reciente, que, ampliando el espectro, se contenta con el advenimiento de la desproporción. ID., op cit., n° 275, p. 191.

⁶¹ « Se presenta un caso de 'excesiva onerosidad' (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por la disminución del valor de la prestación a cargo de la otra": Principes Unidroit, cit., art. 6.2.2, p. 156.

Además, la teoría de la imprevisión se enfoca y acoge a partir de sus efectos. El desequilibrio económico, objetivo, legitima la inmiscuencia del juez en el contrato a fin de reequilibrar las prestaciones de las partes”.

La desigualdad de las prestaciones debe ser grande. La revisión se alimenta de principios de moral y equidad, tiende a recobrar la simetría de los contratos, la equivalencia de los deberes, evitando ruinas y enriquecimientos infundados, pero al mismo tiempo ha de tener en cuenta el principio o, mejor, el dictado de la firmeza y seguridad de los tratos. Pensando en la exigencia de condiciones mínimas para que el juez pueda proceder a reajustar el contrato o a darlo por terminado por cambio de su base económica, cabe imaginar un patrón, análogamente a lo que ocurre con la lesión en los sistemas 'objetivos', con todas sus deficiencias⁶², a fin de no caer en la discrecionalidad judicial, a propósito de cuyas dificultades y adversidades se menciona el ejemplo de la calificación de las cláusulas abusivas o vejatorias⁶³.

No hay norma que fije pauta al exceso o indique un lindero preciso entre lo equitativo y lo excesivo. Al juez compete observar los hechos, apreciar la diferencia entre las condiciones actuales y las reinantes a la época del convenio y, con base en tales datos y en su buen criterio, declarar si se da o no el desequilibrio necesario para proceder a la revisión y, en su caso, señalar el nuevo monto de las obligaciones pendientes. Lo cierto es que, "no se trata de un desequilibrio extracontractual", pues la comparación ha de hacerse entre la relación prestacional pactada y la proporción actual⁶⁴.

⁶² En los `comentarios' al art. 6.2.2, los Principios de UNIDROIT, p.157, se lee: "Las circunstancias del caso en concreto determinarán cuándo una alteración es `fundamental'. De ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más podría ser considerada como una alteración fundamental".

⁶³ GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n° 37, p. 34.

⁶⁴ "Se debe establecer el valor de las prestaciones singulares en el momento en que se afirma que se presentó la onerosidad, pero la resolución no podrá concederse por el solo hecho de que los valores de las prestaciones presenten una desproporción notable. Los valores actuales deben ser comparados con los valores que las mismas prestaciones tenían inicialmente, al momento de la celebración del contrato, y solo si la proporción actual entre los valores de las prestaciones es gravemente disconforme con la proporción originalmente prevista y estipulada entre las partes, o sea solo cuando el contenido económico actual del contrato sea notablemente distinto del contenido económico originario, se podrá hablar de resolubilidad por onerosidad sobrevenida": MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., n° 21, p. 57.

Que el desajuste sea 'importante', 'enorme', 'fundamental', a la vez que una exigencia lógica, es algo que responde a una consideración de orden práctico: la jurisdicción no puede exponer la estabilidad de los negocios al advenimiento de un desequilibrio cualquiera: los hechos han de "alterar fundamentalmente el equilibrio del contrato". A lo que se agrega la nota de que sobre ambas partes pesa la carga de providencia: quienes contratan no solo han de tener en mente las condiciones imperantes en ese momento, sino que han de proyectar la mirada hacia el futuro, y ser conscientes de que todo contrato trae consigo un riesgo, tanto mayor y cierto, cuanto más prolongada sea su duración; riesgo general, al que se añade el singular del negocio de que se trata, por lo cual ninguna de ellas podrá volver contra la estabilidad de la disposición, sino en fuerza de una alteración que, si bien no llegue a implicar necesariamente la 'desaparición del fundamento o base comercial', si signifique una erosión grave de esta, con el consiguiente desequilibrio prestacional.

Por lo demás la adaptación del contrato se admite solo en cuanto la prestación de una de las partes es monetaria.

Poco importa que la excesiva onerosidad sea permanente o transitoria. Lo que interesa es que haya producido el desequilibrio y, podría agregarse, que los estragos no hayan desaparecido o no aparezcan compensados, es decir, que subsistan.

3. Origen de los hechos. Las causas determinantes del cambio pueden ser de la más variada índole: alza general de precios, incremento de los precios del combustible, inflación, depreciación monetaria, restricciones del mercado de divisas o en el régimen de comercio exterior; como también factores de orden telúrico: terremotos, ciclones, inundaciones, sequías (catástrofes); o de índole política: conflictos externos o internos, decisiones de política económica o de política internacional; o debidos a innovaciones tecnológicas. En fin, puede no tratarse de una variación económica con repercusión directa o inmediata sobre el balance contractual, sino de la ocurrencia de hechos de otra clase, que a la postre tienen un impacto patrimonial indirecto. Todo lo cual ha de ser ponderado por el juez en un juicio de realidad acerca de la alteración en sí, de su gravedad y de su extraneidad, inclusive para

establecer una eventual morigeración del reajuste, en razón de concurrencia de lo puramente fortuito con el riesgo asumido de suyo por los contratantes.

4. Oportunidad de la ocurrencia de los hechos. Se da por sentado que para la revisión del contrato es menester la sobreviniencia de hechos o circunstancias que alteran su equilibrio, ora porque la prestación de una de las partes se volvió excesivamente onerosa, comparada con la que pesa sobre la otra, ora porque el valor de la prestación de ésta disminuyó. La balanza perdió su fiel en razón de hechos posteriores a la celebración del contrato. Ahora bien, ¿cuál sería la ubicación del caso si se trata de hechos o circunstancias, presentes ya para cuando se celebró el contrato, pero que no fueron conocidos entonces por la parte afectada por ellos, que no vino a tener noticia suya sino posteriormente? Al rompe habrá de responderse que el caso no tiene cabida dentro de la teoría de la imprevisión y que, por el contrario, encaja en la de la lesión, como quiera que ésta consiste en el desequilibrio de raíz, coetáneo con la celebración del contrato, en tanto que aquella obedece al advenimiento de hechos posteriores.

Empero, el art. 6.2.2. de los Principios de Unidroit previene como requisito de la revisión por 'excesiva onerosidad' debida a la sobreviniencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, que "(a) dichos sucesos ocurran o sean conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato", con una equiparación en cuanto se refiere a relevancia de ellos, entre su producción y su conocimiento posteriores a la celebración del contrato. Con la sola explicación de que "si ya conocía los hechos al celebrar el contrato, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (hardship)"⁶⁵.

5. Imprevisibilidad de los hechos. Su irresistibilidad. Se ha solido señalar como requisito para la intervención judicial, el que los acontecimientos determinantes del desequilibrio sean imprevistos y, además, imprevisibles, no solo en el sentido de excluirla cuando las partes los mencionaron con oportunidad de la celebración del contrato a propósito de determinadas eventualidades y dispusieron expresamente sobre la asunción o distribución de sus consecuencias, sino, además, para resaltar la naturaleza de suyo azarosa de todo contrato, tanto mayor cuanto sus efectos

⁶⁵ Principios, cit., p. 158.

se proyecten más sobre el futuro, y negarle protección al contratante improvidente. Inclusive la propia denominación de la figura: 'teoría de la imprevisión', denota esa toma de partido. Sin embargo, con el tiempo, si bien aquella exigencia no ha desaparecido del todo, se ha atenuado⁶⁶, incluso por la dificultad de diferenciar lo 'previsible' de lo 'imprevisible', aun reduciendo esta figura a aquello que "razonablemente se pudo o debió tener en cuenta al momento de la celebración del contrato", esto es al "alea normal". Y así como para el establecimiento del casus (de fuerza mayor o fortuito), definido como 'el imprevisto a que no es posible resistir', cada día se repara menos en el primer elemento, para descargar el mayor peso en la inevitabilidad del suceso, acá lo que se demanda es que quien pretende la intervención judicial no haya propiciado los hechos determinantes del desequilibrio o no procure sacar provecho ilegítimo de ellos. A semejanza de lo que ocurre con la imposibilidad sobrevenida, en la que incumbe al deudor probar que el obstáculo se presentó sin su culpa, la demanda de revisión del contrato exige que la imprevisión se justifique y que en verdad las transformaciones de la ecuación económica sobrevengan fortuitamente, con efecto irresistible.

En cuanto a la imprevisibilidad propiamente dicha, valga anotar, que sobre el contratante profesional, en lo que atañe a la órbita del desempeño de su actividad, pesa una carga de mayor providencia y advertencia, que no dejará de pesar en el ánimo del juez.

6. Los riesgos del contrato. No hay lugar a adaptación del contrato por cambio de las condiciones iniciales, cuando la parte en desventaja tomó para sí ese riesgo, o cuando las partes convinieron una repartición de los riesgos anormales y el riesgo correspondiente incumbe a la parte que pretende la revisión, o es propio de la naturaleza del contrato, salvo que la desproporción resulte excesiva⁶⁷.

7. Extraneidad de las partes a los hechos. Esto es, la no-imputabilidad del suceso o la no responsabilidad de la parte en la aparición del desequilibrio, implica una exigencia implícita de buena fe. El deudor no solo

⁶⁶ Se sigue insistiendo en que los hechos han de ser « extraordinarios » e « imprevisibles ». Sin embargo, el entendimiento de estos adjetivos es elástico, y se mira más al efecto de tales hechos, que a las calidades o características de ellos. El caso brasileño da cuenta de que "es posible observar una tendencia a atenuar las exigencias para la revisión de los contratos por excesiva onerosidad ».

⁶⁷ GHESTIN, BILLAU, Les obligations, les effets du contrat, cit., n° 296, p. 324.

no ha de haber causado o propiciado los hechos, sino que tampoco ha de haber incurrido en una agravación de sus dificultades. La alteración de las bases ha de sobrevenir sin culpa del deudor. Punto este en el cual la concepción de la figura se ha ido ajustando hasta simplemente exigir que el deudor sea de buena fe, entendida en su acepción dinámica de lealtad, corrección, probidad⁶⁸. Otra cosa es si esa condición puede o ha de darse por supuesta, o si al deudor le incumbe probar su honestidad. Cuestión que ha de resolverse acudiendo a la noción dinámica de la carga probatoria: teniendo cada parte interés en el resultado, pondrá empeño en demostrar el correspondiente supuesto de hecho normativo. Lo que importa, en últimas, es que no aparezca que el demandante como causante del fenómeno que originó el desequilibrio, o simplemente, que no haya procurado, pudiendo hacerlo, evitar o morigerar su impacto. Así, no procederá la demanda de reajuste del deudor que al haber retardado el cumplimiento de la prestación dio lugar a que esta se volviera excesivamente onerosa, pero sí aquella del deudor que simplemente incurrió en mora, quizá agobiado por el peso del desequilibrio.

8. La revisión debe invocarse antes del pago. Si se alega el cambio del piso económico del contrato para justificar retardo o incumplimiento, al mismo tiempo que para facilitar la satisfacción justa del acreedor, ha de concluirse que quien ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos, a menos que oportunamente haya hecho la salvedad del caso⁶⁹. Y si el cumplimiento ha sido parcial, la revisión solo podría aceptarse por el remanente aún insoluto. Sin embargo de lo cual, algunos ordenamientos, como se ha visto, admiten el efecto retroactivo de la revisión.

⁶⁸ "Quien demanda la adaptación no debe ser directamente responsable de sus dificultades. Esta exigencia está revestida de un marcado carácter moral, y se la puede traducir en una noción que ha ganado el favor doctrinario y jurisprudencial: la buena fe, comportamiento leal. ... La fuerte connotación moral de la noción parece difícilmente compatible con el rigor exigido por la ciencia jurídica. Sin embargo, el gran mérito de los estándares flexibles radica precisamente en su plasticidad, que le permite al juez una interpelación creadora y que le ofrece a la doctrina federar las nuevas ideas bajo un concepto amplio. Exigir la buena fe para obtener una intervención judicial es afirmar que no todo contratante puede solicitar la adaptación de sus obligaciones": GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n° 276, p. 191 y n° 310, p. 204

⁶⁹ Así en los Principios de Unidroit, cit., p. 160. Según la corte de casación italiana, este recurso puede ser presentado por la parte contratante que debía ejecutar su prestación, que antes de ejecutarla comunicó a la contraparte su intención de acudir a la vía judicial para verificar el advenimiento de la excesiva onerosidad»

9. La acción de revisión o resiliación. La acción de revisión o de resiliación le compete a la parte afectada por el desequilibrio y su contraparte es aquella favorecida por él. Obviamente, conforme a las legislaciones que solamente previenen una de esas medidas, el demandante la habrá de proponer sola. Y en aquellas que contemplan la dualidad de soluciones, con prelación del reajuste, así el demandante haya pedido, sin más, la resiliación, el juez habrá de examinar la posibilidad de adaptación y solo en el caso de no ser esta posible, decretará la resiliación. Se la considera de orden público y, en esa razón, no es dable renunciar preventivamente a ella. La acción puede intentarse en cualquier tiempo, dentro de los márgenes propios del advenimiento de los hechos y la oportunidad de ejecución de las prestaciones.

De más está indicar que la revisión-'resiliación' puede igualmente proponerse como excepción de la parte en desventaja, ante la demanda de ejecución o de resiliación intentada en su contra por la parte favorecida con el desequilibrio.

10. Discrecionalidad de la adaptación. Los distintos ordenamientos que admiten la revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad dejan al cuidado del juez no solo la viabilidad de la demanda de adaptación, esto es, la apreciación de la presencia de sus presupuestos, comenzando por la relevancia del cambio de las condiciones, sino los términos de aquella. Todos se refieren a la equidad, exigen que el juez la restablezca. Para informarse y tener suficientes elementos de juicio, habrá de apoyarse en peritos. Pero como criterio general está el de que lo que se autoriza es un restablecimiento del equilibrio y no una ganancia para el demandante: "La revisión permite el mantenimiento del equilibrio inicial del contrato", "La reducción debe ser proporcional a la economía querida por las partes"⁷⁰.

11. Naturaleza y efectos de la decisión judicial. La sentencia que resuelve sobre la demanda de revisión es una decisión constitutiva, y sus efectos son los de cosa juzgada, lo que simplemente quiere decir que entre las mismas partes no podrán replantearse las mismas pretensiones derivadas de unos mismos hechos. Pero el contrato adaptado es susceptible de una nueva revisión, en vista de la ocurrencia de hechos que hayan

⁷⁰ S. PEMOT, L'«économie du contrat», PUAM, 2004, n° 536 et 538, cit. par D. MAZEAUD

producido nuevamente desequilibrios: repetición de los mismos o advenimiento de otros.

12. Sentencia de 'resiliación'. A la terminación del contrato, sin retroactividad, se puede llegar tanto porque la conclusión del juez es la de que no es posible la adaptación del contrato en términos equitativos, como porque el ordenamiento no previene otra alternativa que la 'resiliación' (terminación) frente a la excesiva onerosidad sobrevenida, como es el caso del código civil italiano y de epígonos suyos latinoamericanos, que le dan a la parte demandada la oportunidad de perseverar en la ejecución del contrato restaurado. Esa angostura y rigidez de soluciones coloca a la parte demandante en desventaja, pues no le permite pretender la continuidad del contrato, por más atractiva que le sea.

B. DEL CASO EN CONCRETO

a. Del desequilibrio contractual por circunstancias imprevisibles: Pretensiones Primera, Segunda y Cuarta.

Dentro del *petitum* de la demanda, solicita el convocante:

“PRIMERA: DECLARAR que durante la ejecución del Contrato ocurrieron situaciones imprevisibles y no imputables al contratista, que afectaron gravemente la ejecución normal del proyecto, y que fundamentaron las solicitudes y las correspondientes prórrogas al contrato 428 de 2003, las cuales ocasionaron un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato”.

Así mismo, solicita en consecuencia

“SEGUNDA: DECLARAR que como consecuencia de estas situaciones se causaron sobrecostos, daños y perjuicios al CONSORCIO materializados en el daño emergente, por concepto de mayor permanencia en obra de maquinaria y equipo, los cuales no han sido reconocidos ni cancelados hasta el momento.

Igualmente, fundamentado en el presunto desequilibrio solicita:

“CUARTA: DECLARAR que con ocasión de la pérdida que tuvo en la ejecución del contrato el CONSORCIO, el contratista tiene derecho a ser resarcido integralmente hasta el punto de no pérdida, incluyendo el porcentaje de utilidad dejado de percibir y equivalente al cinco por ciento (5%) según el formulario No. 4 de la propuesta”

De acuerdo con las posiciones tanto jurisprudenciales como doctrinales enunciadas debemos entrar a hacer un análisis de las situaciones que acaecieron durante la ejecución del contrato, con la finalidad de establecer si le asiste la razón al convocante y se enmarcan dentro de la teoría expuesta, para determinar la procedencia o no de las pretensiones encaminadas a obtener una declaración y la consecuente condena de la existencia de un desequilibrio en el contrato.

A criterio del contratista, el cambio de las fuentes de materiales constituyó una circunstancia imprevisible y no imputable a él, que llevó al desequilibrio en su perjuicio y beneficio del Instituto; afirma que las fuentes de materiales, seleccionadas de la licencia que puso a disposición el Invías, debieron cambiarse en dos ocasiones debido a que la entrada del invierno en la zona de ejecución de la obra afectó las propiedades físicas del material, adicionalmente afirma que la ejecución de las obras durante la época invernal se debió por el retraso de la Administración en otorgar la orden de inicio del contrato, por la obtención del permiso de transporte de cemento y combustibles otorgado por las Fuerzas militares, el problema de orden público existente en la zona y por el diseño de una nueva estructura de pavimento; circunstancias que fueron recogidas en el contrato adicional No. 1 mediante el cual se prorrogó el término contractual hasta el cinco (5) de septiembre de 2004.

En aras de determinar si le asiste razón al Consorcio es necesario confrontar los argumentos de ésta con la normatividad aplicable a la relación comercial surgida por la celebración del contrato 428 de 2003.

El numeral 3.4.3. del Pliego de Condiciones de la licitación pública SRN-014-2003, en el cual se establecen los “aspectos a considerar en el valor de la propuesta” precisa en su ítem número 2 lo siguiente:

“2. Aspecto ambiental

Durante la ejecución del contrato está obligado a organizar los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles con los requerimientos técnicos necesarios y con las disposiciones contenidas en la Ley 99 de 1993, su Decreto Reglamentario 1753 de 1994, las normas especiales para el trámite y obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y la Resolución No. 003000 del 5 de Junio de 1998, emanada de la Dirección General del Invias, por medio de la cual se adopta una política ambiental en el Instituto Nacional de Vías.

El proponente dará cumplimiento a los términos, condiciones y requisitos establecidos en los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades regionales

El proponente asumirá los costos correspondientes a la obtención de los permisos, autorizaciones, licencias, servidumbres y concesiones que serán tramitados y obtenidos por su cuenta y riesgo, previamente a la iniciación de las actividades correspondientes, y los de la restauración morfológica y paisajística de las fuentes de materiales una vez se culmine la explotación. Especialmente dará cumplimiento a lo establecido en el Decreto 2462 de 1989, en sus artículos 12 y 13 y en las normas que lo adicionen, aclaren, modifiquen o reemplacen.

En desarrollo de los trabajos no se permitirá, por ninguna circunstancia, depositar cualquier tipo de material en los lechos de corrientes superficiales. Si esto sucede, el contratista, a su costa deberá retirar el material y conformar el sitio a su estado original.

“4. Materiales

El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el

Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales.

El costo de todos los acarreos de los materiales, tales como el asfalto líquido y los materiales pétreos utilizados en la construcción de afirmado, subbase, base, concreto asfáltico, concretos hidráulicos y obras de arte, deberá incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respectivos, toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos.

Asimismo, los correspondientes precios unitarios deberán cubrir, entre otros, los costos de explotación, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue de los materiales.

Los materiales, suministros y demás elementos que hayan de utilizarse en la construcción de las obras, deberán ser de primera calidad en su género y adecuados al objeto a que se destinen. Para los materiales que requieran procesamiento industrial, éste deberá realizarse preferiblemente con tecnología limpia. La totalidad de sus costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente licitación pública. El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral.”

De la misma manera, el ítem 7 del mismo numeral establece:

“7. Examen de los sitios

El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse por su cuenta acerca de la naturaleza del terreno y del subsuelo, la forma y características del sitio, las cantidades, localización y naturaleza de la obra y la de los materiales

necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y, de manera especial, las fuentes de materiales para su explotación, zonas de botaderos, las vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones del ambiente y, en general, sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta.

Se recomienda la evaluación e identificación de las áreas ambientalmente frágiles y vulnerables que puedan ser afectados por el proyecto, así como reconocimiento del entorno socioeconómico y presencia de minorías étnicas en el área de influencia del proyecto, con el fin de que dentro de la organización ambiental del proyecto sean consideradas prioritarias en su manejo.

El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones”.

A su vez, el contrato establece en su parte inicial que “se regirá por las estipulaciones y condiciones del (...) Pliego de Condiciones de la Licitación No. SRN 014 de 2003 y la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias y las siguientes cláusulas (...).”

De igual manera resulta pertinente señalar el artículo 1602 del Código Civil que reza “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, establece el principio de la relatividad de los contratos y que en su calidad de tal resulta aplicable a la contratación administrativa de conformidad con la remisión consagrada en el artículo 13 de la ley 80 de 1993. Según este principio que irradia la actividad contractual, las personas que se vinculan jurídicamente por medio de un contrato, que reúna los requisitos que la ley le impone para su reconocimiento como tal, deben someter su conducta a lo prescrito en dicho negocio jurídico, convirtiéndose en el reglamento a seguir en la relación surgida a raíz del mismo.

Ahora bien, en concordancia con lo que se ha expuesto respecto de la teoría de la imprevisión, podemos apreciar que las circunstancias que se presentaron en la ejecución del contrato de obra pública 428 de 2003, si bien fueron externas y no dependieron de la voluntad del contratista, por estar fuera de su esfera de control, no reúnen el requisito de la imprevisibilidad ya que el ejercicio adecuado del deber asumido por el contratista para el examen del sitio de la obra y el de la selección de la fuente de materiales, le hubiera permitido prever tales circunstancias, gracias a la información obtenida del proceso de examen y en consecuencia tomar las medidas pertinentes para mitigarlas.

Una vez obtenida dicha información, si fue su decisión no mitigar tales riesgos al momento de la presentación de la oferta, extendiendo ésta por un valor que no le permitiera compensar la materialización de los mismos, no es de recibo que ahora pretenda obtener suma alguna a título de indemnización de su contraparte, la cual no tiene obligación legal ni convencional para hacerlo.

Adicionalmente, es posible apreciar en el texto de los cinco contratos adicionales, que los mismos se sustentaron en situaciones consecuenciales de las anteriormente valoradas, que como ya se señaló no pueden ser consideradas imprevisibles como son las inundaciones, la imposibilidad de avanzar en la ejecución de labores debido al invierno y los cambios en las fuentes de materiales.

Por otro lado, es necesario manifestar que no le asiste razón al demandante respecto de la parte que determinó la fuente, dado que al tenor de lo establecido en el pliego de condiciones, es claro que la selección de la fuente de materiales correspondió al Consorcio, quien en ejercicio de tal facultad se inclinó, no una sino dos veces por las fuentes que se encontraban comprendidas en la licencia

En atención a lo anteriormente expuesto, reitera este Tribunal que las circunstancias que aquejaron al contratista durante la ejecución del contrato escapan del marco de la imprevisibilidad y por tal razón no hay lugar a la procedencia de las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda.

**b. Del factor de expansión aplicable al material de la fuente La Lindosa:
Pretensión Tercera**

Pretende el convocante en su pretensión tercera *“DECLARAR que la decisión del Amigable Componedor que resolvió la controversia técnica relativa al factor de expansión igual a (1.0) respecto al transporte del material proveniente de la cantera “Fuente de Oro”, debe de igual forma, es (sic) aplicable, para los materiales provenientes de la cantera “La Lindosa”.*”

A la luz del análisis efectuado por el Amigable componedor, a cuyo concepto técnico se acogieron de manera voluntaria y libre las partes del contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el cual no fue objetado ante este Tribunal, se puede extraer que los valores promedios para la relación entre las densidades del material compactado y del mismo en su posición original se encuentran entre 0.941 y 1.0 y entre 0.993 y 1.06 sean para cimiento y núcleo de terraplén o para la corona del mismo.

Por otro lado y como de manera acertada señala el demandante, en el oficio No. 2648 GDR del 24 de octubre de 2006, proferido por el representante legal de la firma Interventora del contrato, existe un reconocimiento expreso por parte de esta acerca del reconocimiento de la unidad (1.0) para la toma de la relación de densidades, a efectos del pago del transporte al contratista.

Adicionalmente, en oficio No. 0546.07 GDR del 23 de febrero de 2007, manifiesta expresamente que esa *“...Interventoría, a la luz de los documentos y conceptos presentados, encontró procedente la aplicación como relación de densidades uno (1.0) para los materiales arcillosos”* refiriéndose al material proveniente de la fuente de materiales La Lindosa. Lo cual se reitera en oficio 1541.07 GDR de 5 de julio de 2007, en el cual manifiesta que *“... se encuentra que el factor 1, corresponde a lo dispuesto en las especificaciones generales de construcciones de carreteras, artículo 220 “Terraplenes” numeral 220.2 “Material” y 220.7 “forma de pago”. Por lo*

anterior, es necesario reversar los descuentos realizados en el acta No. 20 correspondiente al mes de Agosto-Septiembre de 2005.”.

Lo anterior nos permite concluir que de manera inequívoca la contratante aceptó la aplicación de dicha relación de (1.0) para la cuantificación de los valores a que hubiere lugar a pagar por concepto del transporte del material de dicha cantera.

Por tanto, considera el Tribunal que se encuentran debidamente acreditados los presupuestos necesarios para la prosperidad de la Pretensión Cuarta declarativa de la demanda, lo que conlleva a declarar que el factor de expansión aplicable al material proveniente de la cantera La Lindosa, es de (1.0) conforme con lo expuesto anteriormente.

En consecuencia, debe proceder el Tribunal a condenar al Instituto a devolver los montos que fueron descontados al Consorcio el acta de recibo parcial de obra N° 20, que corresponde al periodo de pago agosto 22 - septiembre 21 de 2005, según se solicita en la Pretensión Primera de condena, y para el efecto el Tribunal recoge las conclusiones del experticio de *“Bonus Banca de Inversión”*, elaborado por el Ingeniero Juan Manuel Martínez, acompañado con la demanda y cuyas conclusiones no fueron controvertidas por el Invías, en donde en la página 6 (folio 261 y ss. Cdno. Pbas N° 1), se calcula la suma a reintegrar en **TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$38.191.910)**, reclamada por el contratista y avalada por la Interventoría del contrato en los oficios ya mencionados, quien fue la responsable durante el tiempo de ejecución de las obras de efectuar las mediciones del material transportado.

De otra parte, el apoderado del Consorcio solicita que se condene al **Invías** al pago, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo, de todas las sumas resultantes del proceso, indexadas a la fecha de dicha ejecutoria, junto con los intereses a la tasa legal más alta posible, hasta el pago total y completo. Al respecto el Tribunal considera que sólo es procedente la condena al reintegro de lo descontado en el Acta 20 junto con los intereses moratorios comerciales sin indexación sobre el referido valor,

pues tales intereses involucran la actualización del valor del dinero en el tiempo.

Para liquidar los intereses moratorios el Tribunal tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 884 del Código de Comercio, que establece que *“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; **si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente (...)**”*. Igualmente se tienen como base las certificaciones de tasas de interés expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, indicador económico nacional considerado hecho notorio, al tenor de lo dispuesto por el artículo 191 del C. de P. C., que no requiere de prueba conforme al artículo 177 del mismo estatuto. De acuerdo a lo anterior, los intereses moratorios liquidados desde el 22 de septiembre de 2005, fecha de terminación del contrato, según consta en el acta respectiva que obra a folio 400 y ss. del Cdo. de Pbas N° 2, hasta la fecha de este Laudo ascienden a la suma de **VEINTISIETE MILLONES CIENTO ONCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$27'111.585)**; dichos intereses deberán liquidarse hasta la fecha en que se produzca su pago.

Ahora bien, respecto del argumento esgrimido por el Instituto Nacional de Vías, respecto de saldos a su favor, como consecuencia del pago de sumas de dinero por concepto de transporte de materiales, las cuales se liquidaron teniendo en cuenta precios de 2005, consideramos pertinente la evaluación previa de los siguientes argumentos.

1) Pago de lo no debido.⁷¹

“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (art. 1626 c. c.). Es decir, es la ejecución cabal de la prestación debida⁷². *“Decimos que ‘paga’ el que hizo lo que prometió hacer”* (ULPIANO. D. 50, 16, 176)⁷³. Y apenas hay

⁷¹ Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Op. cit.

⁷² Cfr. M. FONTAINE. “Paiement” et “performance”, en Mélanges en l'honneur de Denis Talon, Paris, 1999, p. 58 y ss.

para qué advertir, como lo hace el *code civil français* en su art. 1235, que “*todo pago presupone una deuda*”, por lo mismo que es el *hecho debido*, de modo que a falta de aquella se presentaría el fenómeno de “pago de lo no debido” o “de lo indebido” (art. 2313 c. c.).

2) El derecho a la devolución⁷⁴

Como ha señalado el Consejo de Estado⁷⁵, existen tres eventos en los cuales pueden originarse saldos a favor que permitan al interesado ejercer el derecho a solicitarlos: En las declaraciones, en pagos en exceso y en pagos de lo no debido.

En relación con el pago en exceso o de lo no debido también es posible obtener su devolución, en el primer caso cuando se cancelan por impuestos, sumas mayores a las que corresponden legalmente, y en el segundo evento, cuando se realizan pagos “*sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento*”.⁷⁶

Los pagos en exceso o de lo no debido pueden surgir de las declaraciones, de los actos administrativos o de las providencias judiciales, que fijen o comporten un valor pagado de más o la ausencia de obligación, lo que da derecho a solicitar su compensación o devolución.⁷⁷

3) Enriquecimiento sin causa⁷⁸

En relación con el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, vale la pena traer a colación la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que se manifestó lo siguiente:

⁷³ “El pago efectivo o *solutio* no debiera, en verdad, incluirse y estudiarse ente los modos de extinguirse las obligaciones, sino dentro de la teoría general del cumplimiento”: FUEYO LANERI. *De las obligaciones*, II, n.º 425, p. 25.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 26 de abril de 2007 Radicación número: 25000-23-27-000-2002-01196-01(15055). M.P.: LIGIA LOPEZ DIAZ.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de febrero de 2003, exp. 13271, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁷⁶ Artículo 21 del Decreto 1000 de 1997.

⁷⁷ Sentencia del 10 de febrero de 2003, exp. 13271, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 26 de abril de 2007 Radicación número: 25000-23-27-000-2002-01196-01(15055). M.P.: LIGIA LOPEZ DIAZ.

”En el caso particular, el llamado “principio” del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio, de la siguiente manera:

“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1º. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.

Por otra parte, cuando el artículo 95 de la Constitución Política señala que el respeto de los derechos ajenos es deber de toda persona, ha elaborado un marco jurídico de tan amplio contenido que en su interior cabe la responsabilidad de los particulares y notables títulos jurídicos de la imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya consagración específica se encuentra, como es sabido, en el artículo 90 de la Carta Política. En la riqueza de esta preceptiva constitucional se destaca, para el caso que hoy se juzga, la prohibición del enriquecimiento injusto, cuya trasgresión por una persona jurídica de derecho público hace que se le impute el daño antijurídico que la disminución patrimonial sufrida por la víctima supone.

No se podría entender de otra manera que la razón finalista de nuestro ordenamiento jurídico - político sea asegurar a los integrantes de la Nación, la convivencia, la justicia, la libertad y la paz como lo prescribe, de entrada, el preámbulo de la Constitución de 1991; ni que, entre los fines esenciales del Estado se cuente el de garantizar los derechos que el catálogo constitucional consagra; o que la razón de la existencia de las autoridades y de las instituciones estatales sea, entre otras, la de proteger los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (artículo 2º.), entre los cuales hay que subrayar aquí la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título (artículo 58).

*Existe, pues, todo un complejo normativo integrado por principios y por preceptos constitucionales de los cuales, emerge - como uno de sus fundamentos - una regla jurídica de justicia natural: la prohibición para enriquecerse injustamente a expensas de otro”.*⁷⁹

Asimismo, el Consejo de Estado también ha reconocido que el enriquecimiento sin causa del fisco puede ser fuente de obligaciones a su cargo y a favor del contribuyente que resulta empobrecido con ocasión del actuar estatal indebido.

Es así como acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, se han señalado como requisitos para que se configure el enriquecimiento sin causa, los siguientes:⁸⁰

- 1) Que haya un enriquecimiento o aumento patrimonial;
- 2) Que haya un empobrecimiento correlativo y
- 3) Que el enriquecimiento se realice sin causa, o lo que es lo mismo, sin fundamento legal.

4) Puntos no sujetos a la decisión de los árbitros⁸¹

La competencia del Tribunal de arbitramento está limitada a la materia que le señalen las partes en el correspondiente pacto arbitral, en la demanda y en su contestación, siempre que unos y otros se ajusten a la Constitución y a la ley.

Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros el Consejo de Estado precisó:

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, reiterada en la sentencia del 4 de julio de 1997, exp. 10030, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias del 22 de julio de 1994, exp. 5411, M.P. Jaime Abella Zarate, y del 18 de junio de 1999, exp. 9414, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

⁸¹ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2002. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número: 11001-23-26-000-2001-0031-01(20472).

“cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.”⁸²

Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.

El segundo factor determinante de la competencia de los jueces procede de la relación jurídico procesal que está delimitada por la demanda y su contestación, toda vez que en desarrollo del principio de congruencia debe existir una debida correspondencia entre lo pedido por las partes y lo decidido por el juez o árbitro.

De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen

⁸² En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000, expediente 16394.

extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral (⁸³).

Así las cosas, se tiene que ***“para establecer si los árbitros se pronuncian únicamente sobre puntos sujetos a su decisión, debe realizarse un proceso comparativo entre la cláusula compromisoria, las pretensiones de la demanda y la contestación de la misma frente a la decisión arbitral”*** (subrayado y negrita fuera del texto original)⁸⁴.

En este orden de ideas, se reitera que la convocatoria de este Tribunal no tiene como finalidad ordenar *“la restitución o el reembolso de las sumas pagadas en exceso, **lo cual es propio de la jurisdicción ordinaria**”*⁸⁵

De conformidad con lo expuesto, podemos apreciar que fundamentada en los oficios y liquidaciones del Interventor, la Administración reclama del contratista el pago de sumas de dinero que no encuentran asidero en causa alguna, tal situación ubica dicha conducta del Instituto dentro del pago de lo no debido.

Así mismo, en relación con lo argumentado anteriormente, este Tribunal cuya competencia se determina por lo dispuesto en el compromiso, el *petitum* de la demanda y las excepciones de la contestación, encuentra que dentro de los anteriores no existe pretensión que permita avocar conocimiento sobre la figura del pago de lo no debido, por lo tanto no se realizará ningún pronunciamiento al respecto, por cuanto este Tribunal no es competente para ello.

Con base en lo expuesto por el presente Tribunal en el análisis de las pretensiones y excepciones del asunto sometido a su consideración, decide declarar liquidado el contrato, sin perjuicio de que las partes persigan los saldos no reconocidos por falta de competencia de este órgano, frente a la

⁸³ Así lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala; al efecto puede consultarse sentencia 5326. del 15 de mayo de 1992 y la sentencia 14499 del 25 de febrero de 1999.

⁸⁴ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2002. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número: 11001-23-26-000-2001-0031-01(20472).

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de febrero de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0528-01(AG-002) Consejera ponente: Ligia López Díaz

jurisdicción de lo contencioso administrativo, por las vías y en ejercicio de las acciones que les estén dadas en la ley.

DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL

El 6 de mayo la apoderada del Invías formuló objeción por error grave contra el dictamen rendido en este proceso por el Ingeniero **Jorge Torres Lozano**, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 238 de C. de P.C, corresponde al Tribunal resolver dichas objeciones en este Laudo.

Para resolver el tema el Tribunal previamente debe definir el marco dentro del cual debe estudiar las objeciones, y para el efecto se remite a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, quien precisó en qué consiste la objeción por error grave, en los siguientes términos:

“(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”⁸⁶. Pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 13 de Junio de 1957. Magistrado Ponente: José Jaramillo Giraldo.

para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...⁸⁷.

Sobre la anterior base jurisprudencial el Tribunal procede a resolver la objeción formulada, y encuentra que está dirigida específicamente contra la respuesta dada a las pregunta 8 del dictamen y a la pregunta C de las aclaraciones y complementaciones del mismo relativas ambas al material de cantera, respecto de la cual la objetante manifiesta que el perito incurrió en error grave *“ya que de conformidad con los pliegos de la licitación que dio lugar a la celebración del contrato mencionado, era obligación del proponente haber previsto las alternativas que fueran viables en el evento de que no se obtuviera material de cantera en las fuentes inicialmente contempladas en esos pliegos, de donde se colige que el perito incurrió en error grave al sostener en forma reiterada que el contratista no podía prever la utilización de ese material en fuente distinta a la contemplada en los Pliegos”*.

En traslado de la objeción el apoderado de la parte convocante manifestó que éstas deben ser negadas y rechazadas *“pues su único soporte lo constituye la clara inconformidad con los resultados de la pericia, sin que en el documento de objeción exista fundamento fáctico, pruebas ni soportes de las imprecisiones en las que afirma incurrió el auxiliar de la justicia”*. Advierte además que el perito no incurrió en error grave, por cuanto fue consciente de la obligación del contratista, pero lo que *“no podía prever el contratista en su oferta era la utilización del material de Fuente de Oro como fuente de materiales”* porque esa fuente no se encontraba contemplada en la licencia ambiental ni en espliego de condiciones. Señala además el apoderado convocante que la objetante no transcribe de manera correcta y completa la respuesta dada por el perito relativa a que el contratista tenía que prever alternativas diferentes, como efectivamente lo hizo y con esa omisión la objeción pierde todo sustento legal.

Para resolver el Tribunal considera que la objeción formulada por la

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 29 de Septiembre de 1941. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

apoderada del Invías contra el dictamen del Ingeniero Jorge Torres Lozano está llamada a fracasar, por cuanto la respuesta del perito a la pregunta 8 del dictamen y al literal C de las aclaraciones y complementaciones al mismo solicitadas por la parte convocante, relativas al uso del material proveniente de la cantera “Fuente de Oro” (folios 313 y 323 Cdo. Pbas. 2), no contienen error grave alguno que permita desvirtuar las conclusiones a las que llegó el perito. Advierte el Tribunal además que la objetante no precisó en qué consisten los errores endilgados y su efecto en las resultas del proceso. En efecto, en cuanto a la pregunta 8 se advierte que el perito se limitó a responder lo preguntado, en el sentido de que al contratista no le era posible prever, al momento de presentar su oferta, los sobrecostos ocasionados por la utilización de una fuente de materiales distinta a la contemplada en la licencia ambiental, y a la que debió recurrirse por fuerza de las circunstancias. Por lo expuesto el Tribunal declarará no probadas las objeciones que se acaban de estudiar. Por otro lado, dado que esta prueba no sirve de sustento a condena alguna, ni sus conclusiones se han tenido en cuenta como fundamento para resolver la litis, el Tribunal hubiera podido omitir el estudio de este aspecto y sin embargo lo ha desarrollado en los anteriores acápite por considerar que es útil para la clarificación del debate.

DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO.

En la contestación de la demanda la apoderada del Invías propuso como medio de defensa la excepciones de mérito que denominó “*Previsibilidad de los hechos que soportan las pretensiones*” y “*Compensación*” (folios 243 a 247 del Cdo. Ppal.). En consideración a que todas las pretensiones de la demanda han sido resueltas por el Tribunal por una vía argumentativa doctrinaria y jurisprudencial diferente, esto lo releva del estudio de las referidas excepciones.

COSTAS DEL PRESENTE PROCESO.

En la cláusula tercera del Compromiso que dio origen a este proceso arbitral, las partes pactaron: “*Los costos del Tribunal incluyendo Honorarios de los árbitros y secretario, gastos de la Cámara de Comercio y gastos de protocolización estarán a cargo exclusivamente del Convocante independientemente de los resultados del proceso arbitral, siguiendo las*

tarifas fijadas por la Cámara de Comercio. En razón de lo anterior, considera el Tribunal que no hay lugar a reconocimiento de suma alguna por gastos procesales, decisión que se extiende a las agencias en derecho, y que además fundamenta el Tribunal en lo dispuesto por el artículo 171 del C. C.A., atendida la conducta asumida por las partes en el proceso, razón por la cual éstas deberán asumir los gastos de su representación judicial pues no se impondrá condena en costas en este asunto.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1.- DECLARAR no probadas las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada contra el dictamen rendido por el Ingeniero Jorge Torres Lozano, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

- 2.- DECLARAR que la decisión del Amigable Compondor que resolvió la controversia técnica relativa al factor de expansión respecto al transporte del material proveniente de la cantera “*Fuente de Oro*”, debe de igual forma, considerarse igual a uno (1.0) para los materiales provenientes de la cantera “*La Lindosa*”, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

- 3.- NEGAR la Pretensión Primera de la demanda mediante la cual se pretendía declarar que durante la ejecución del Contrato ocurrieron situaciones imprevisibles y no imputables al contratista, que afectaron gravemente la ejecución normal del proyecto, y que fundamentaron las solicitudes y las correspondientes prórrogas al contrato 428 de 2003, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

4.- NEGAR la Pretensión Segunda de la demanda mediante la cual se pretendía declarar que como consecuencia de la Pretensión Primera anterior se causaron sobrecostos, daños y perjuicios al Consorcio materializados en el daño emergente, por concepto de mayor permanencia en obra de maquinaria y equipo, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo, y por la misma nugatoria de la pretensión primera.

5.- NEGAR la Pretensión Cuarta de la parte Convocante mediante la cual se solicitaba declarar que con ocasión de la pérdida que tuvo en la ejecución del contrato el Consorcio tiene derecho a ser resarcido integralmente hasta el punto de no pérdida, incluyendo el porcentaje de utilidad dejado de percibir y equivalente al cinco por ciento (5%) según el Formulario No. 4 de la Propuesta, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

6.- CONDENAR al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS** a pagar, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo, a las sociedades **R Y M CONSTRUCCIONES S.A.** y **CONSTRUCCIONES A.P. S.A.**, quienes conforman el **CONSORCIO ARABIA**, el valor correspondiente al ítem de transporte de los materiales provenientes de la cantera “*La Lindosa*”, de acuerdo con lo establecido por el Amigable Componedor para la cantera “*Fuente de Oro*” de acuerdo con un factor de expansión igual a 1.0, y devolver los montos que le fueron descontados en esta actividad al contratista en el Acta No. 20, por valor de **TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$38.191.910)**, más los intereses moratorios sobre esa suma hasta su pago, a la tasa legal más alta de acuerdo al artículo 884 y ss. del C. Co., los cuales a la fecha de este Laudo ascienden a la suma de **VEINTISIETE MILLONES CIENTO ONCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$27'111.585)**.

7.- DECLARAR liquidado el contrato de obra pública 428 de 2003 celebrado entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y el **CONSORCIO ARABIA** -integrado por las sociedades **R Y M CONSTRUCCIONES S.A.** y **CONSTRUCCIONES A.P. S.A.**

8.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

9.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva, no hay lugar a condena en costas en este proceso.

10.- ORDENAR la protocolización del expediente en una Notaría de esta ciudad.

11.- ORDENAR la expedición por Secretaría de copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes. La copia del Laudo que se entregue a la **UTVD** deberá llevar la constancia de ser la primera que se expide en tal sentido y de prestar mérito ejecutivo (artículo 115, num. 2º C. de P. C.).

12.- ORDENAR la entrega por Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo.

13.- RÍNDASE por el Presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

14.- ENTRÉGUENSE a los integrantes del Tribunal y a la Secretaria el saldo en poder del Presidente, correspondiente a sus honorarios.

NOTIFÍQUESE. Esta providencia queda notificada en estrados.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

Presidente

ROBERTO NÚÑEZ ESCOBAR

Arbitro

LUIS MANUEL ESCOBAR MEDINA

Arbitro

FLORENCIA LOZANO REVÉIZ

Secretaria