

Laudo Arbitral

Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda.,

v.

Instituto Nacional de Vías, Invías

Noviembre 12 de 1999

Laudo arbitral

Santafé de Bogotá, D.C., doce de noviembre de 1999.

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda., y de la otra parte por el Instituto Nacional de Vías, Invías .

I. Antecedentes

1.1. Integración del tribunal. Instalación

1.1.1. Demanda: Presentación, aceptación, traslado, contestación

El día nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda., por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y presentó su demanda con el lleno de los requisitos formales, la cual fue admitida; de esta se corrió traslado al Instituto Nacional de Vías, Invías mediante diligencia de notificación personal al doctor Guillermo Gaviria Correa, director general del establecimiento público (ver fl. 7 al reverso).

Por tratarse de un asunto de mayor cuantía se dio aplicación a los artículos 428 a 430 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de los términos procesales. Oportunamente y por conducto de apoderado especial la entidad demandada dio contestación a la demanda mediante escrito del diez y siete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), presentando la excepción de mérito de falta de competencia.

1.1.2. Conciliación

Durante el trámite inicial del proceso que se adelantó en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, prorrogado en su vigencia por las leyes 192 de 1995, 278 de 1996 y 446 de 1998, según acta que obra a folio 71 del cuaderno principal 1, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, el nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), presidida por la doctora Mónica Janer Santos, con la asistencia de los representantes de las partes y de sus apoderados, finalizando sin lograrse acuerdo alguno sobre las cuestiones en conflicto.

En esta audiencia las partes de común acuerdo establecen modificar la cláusula compromisoria, en el sentido de que los árbitros fueran designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.1.3. Integración del tribunal

Fueron designados como árbitros por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá previo sorteo los doctores Bernardo Carreño Varela, Alirio Gómez Lobo y José Antonio Lema Villegas, quienes aceptaron los cargos y previas las citaciones de rigor y su aceptación se instalaron el día tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), a las tres de la tarde, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la carrera 9ª N° 16-21, piso 4º, de Santafé de Bogotá; en la audiencia fueron designados por unanimidad presidente del tribunal el doctor Bernardo Carreño Varela y como secretaria la doctora María Patricia Zuleta García, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó

posesión del mismo (acta 2).

1.2. Pacto arbitral

El origen del proceso arbitral se encuentra en el contrato de construcción de obra pública (el número 151) suscrito entre las partes el primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997) (Hecho 1º de la demanda, fl. 1º, cdno. 1), aceptado como cierto por la entidad demandada (contestación de la demanda, fl. 12, cdno. 1); su copia auténtica figura en los folios 3 a 8 del cuaderno de pruebas 1, que contiene en su cláusula décima sexta, el pacto arbitral.

Y que dice así:

“Décimo sexta solución de controversias

Las partes podrán acudir a mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de las controversias contractuales surgidas en desarrollo del presente contrato. Así mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato. Igualmente, las diferencias de carácter exclusivamente técnico podrán someterse por acuerdo escrito de las partes, al criterio de expertos designados directamente por ellas o al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva”.

En su oportunidad el tribunal arbitral calificó la idoneidad de la cláusula y de ella derivó su competencia para dirimir en derecho el presente conflicto.

1.3. Trámite arbitral

1.3.1. Trámite

El tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias a él sometidas por las partes el día veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite (acta 3).

1.3.2. Pruebas

El trámite se desarrolló en doce sesiones, se recibió un testimonio; además de la prueba documental aportada en las oportunidades iniciales, se allegaron al proceso documentos aportados por diferentes entidades, conforme con los oficios librados por el tribunal a solicitud de las partes y del tribunal.

Fue rendido un dictamen pericial por peritos ingenieros, el cual fue sometido a la contradicción de ley y en desarrollo de la misma el apoderado de la parte demandante solicitó aclaración y complementación y la apoderada de la parte demandada lo objetó por error grave.

1.3.3. Conciliación

Concluido el debate probatorio quedando finalizado la instrucción del proceso el día dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha en la cual se citó a las partes para la audiencia de conciliación de que trata el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991 habiéndose declarado fracasada, mediante auto 17 de fecha 26 de agosto del mismo año, fecha en la cual se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión. Esta se llevó a cabo el cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), con intervención de los señores apoderados de las partes quienes presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes de las mismas al expediente.

1.3.4. Auto para mejor proveer

El veinticinco (25) de octubre de 1999 el tribunal ordenó de oficio, práctica de unas pruebas. Notificadas las partes

fueron recibidos los documentos que al tribunal ordenó allegar.

1.3.5. Cuestiones accidentales

1.3.5.1. Cesión de derechos

Antes de que el tribunal reconociera su competencia, Inconstruc cedió el derecho litigioso, a título gratuito a su apoderado, después la revocó (con anuencia del cesionario) y la cedió a título oneroso a Afitec Servicios Técnicos Ltda. El tribunal no decidió sobre este punto porque no se había demostrado el pago del impuesto de timbre. Posteriormente, el 29 de junio de 1999 (acta 4, fls. 183 y ss.) el representante de la parte actora, con anuencia de la cesionaria, cedió nuevamente el crédito a su apoderado, a título gratuito; el doctor Alfonso Beltrán aceptó y manifestó que actuaría como sustituto procesal de “Inconstruc”, lo que fue aceptado por la apoderada de Invías.

1.3.4.2. Embargo

Se recibió el oficio 1979 del Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, embargando los derechos o créditos a favor de Inconstruc, hasta por \$ 441.000.000. (cdno. ppal. 2, fl. 203).

1.3.4.3. Un tercero

1.3.4.3.1. Intervención

La fecha inicial que el tribunal fijó para que las partes alegarán de conclusión mediante auto 17 fue la del 30 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) a las diez de la mañana, sin embargo en esta fecha el doctor Rafael H. Gamboa Serrano en calidad de apoderado de la sociedad Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., se presentó al proceso invocando el artículo 127 de la Ley 446 de 1998, norma que se refiere a la intervención de terceros en el proceso arbitral, solicitando que la sociedad que representa fuera admitida en tal calidad. Su petición fue despachada en forma desfavorable en las sesiones del 30 de septiembre y 4 de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

1.3.4.3.2. Tutela

Cuando los árbitros estudiaban el Laudo que hoy se profiere recibieron sendos oficios de la Sala civil del H. tribunal superior del distrito judicial de Santafé de Bogotá en los cuales se les pedía pronunciarse sobre los hechos que conforman la solicitud de tutela que, ante ese despacho, presentó el tercero atrás citado. Los árbitros dieron contestación conjunta a los oficios del honorable tribunal y ordenaron adjuntar al expediente los oficios de ese despacho, su anexo, y la contestación correspondiente y poner en conocimiento de las partes este hecho, todo lo cual se cumplió.

1.4. Término del proceso

Conforme con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, al no señalar las partes término de duración del proceso, este es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, pero podrá prorrogarse una o varias veces, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello, sin que el total de las prórrogas exceda de seis meses. El tribunal también puede prorrogar ese término hasta por tres meses (L. 80/93, a. 70, inc. 3º) facultad que no se utilizó.

La primera audiencia de trámite se realizó el día veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), el término del proceso no se suspendió ni se prorrogó durante el desarrollo del mismo.

Se encuentra el tribunal dentro del término legal para proferir el laudo.

1.5. Apoderados

Inconstruc y (sic) Invías acudieron al proceso representadas por apoderados judiciales cuya personería les fue reconocida dentro del trámite inicial. El tribunal en la primera audiencia de trámite (acta 3, fl. 156) exhortó al instituto demandado que revisara el poder conferido a su mandataria, lo que la entidad oficial no hizo.

1.6. Presupuestos procesales

Como quiera que están demostrados en el proceso la existencia y la debida representación de las partes, así como el hecho de haber ellas comparecido por medio de apoderados judiciales, corresponde entonces proceder a examinar y decidir de fondo, las cuestiones sometidas al tribunal, por no existir causal alguna que invalide lo actuado.

II. Controversias sometidas al tribunal

2.1. Por el actor

2.1.1. Las peticiones de la demanda

Se transcriben textualmente y dicen así:

“Que el Instituto Nacional de Vías, en adelante Invías, incumplió el contrato de obra 151 de 1997 celebrado con Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda., en adelante Inconstruc, para la ejecución de obras de mejoramiento y mantenimiento en la carretera Bogotá - Villavicencio, al negarse a pagar los ajustes de precios previstos en la ley y en el mismo contrato.

Que como consecuencia de la declaración anterior, se decrete la terminación del contrato, ordenando que Invías pague a Inconstruc el valor de la totalidad de los ajustes con el último índice conocido del Invías, más intereses moratorios a la tasa máxima establecida en la Ley 80 de 1993 desde cuando han debido pagarse los ajustes hasta cuando el pago se realice.

Que Invías debe pagar las costas del proceso”.

2.1.2. Los hechos de la demanda

Las anteriores solicitudes se basan en once hechos; los primeros siete narran la firma de un contrato entre Inconstruc e Invías, la de algunas modificaciones, el contenido de algunas cláusulas contractuales.

Los tres siguientes narran la manera como, según el actor Invías ajusta los “precios de sus contratos”, las fórmulas que utiliza Invías y la interpretación que, según el demandante ha hecho la convocada de los términos contractuales, y critica esa fórmula.

En el último de los hechos la sociedad convocarte manifiesta que

“El no pago de los ajustes de precios correspondientes al contrato 151 de 1997 ha ocasionado un grave perjuicio a Inconstruc y una pérdida considerable”.

2.2. Por la parte demandada

2.2.1. Contestación de la demanda

Sobre los hechos manifestados por la sociedad demandante y relacionados anteriormente, la entidad demandada se pronunció de la siguiente manera:

— Teniendo en cuenta la numeración adoptada sobre los hechos de la demanda, la entidad demandada aceptó como ciertos los indicados en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º.

— Por otro lado, negó el hecho 8 y el 10 y parcialmente el 9.

— Con respecto al hecho 11 la apoderada de la parte demanda no se pronuncio.

Antes de examinar las pretensiones y sus hechos, el tribunal analiza la objeción por error grave al dictamen pericial.

2.2.2. Excepciones formuladas por Invías

Invías propuso excepción de falta de competencia basada en una interpretación de la cláusula contractual que contiene el pacto arbitral.

El tribunal por auto ya en firme declaró que este tipo de excepciones, que son previas, no tiene cabida en el proceso arbitral y menos cuando los árbitros deben pronunciarse en primer lugar sobre su competencia, mediante auto susceptible de recurso.

Pese a esa circunstancia, por cuanto el punto se ha debatido en otro contexto en el presente proceso, y porque ambas partes lo pidieron en sus alegatos de conclusión, el tribunal se pronunciará en este laudo sobre este punto.

2.3. Objeción por error grave

2.3.1. Objeto de este aparte

De conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Decreto 1818 de 1998, que remite a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la práctica de pruebas, en los procesos arbitrales, las objeciones por error grave a los dictámenes periciales deben decidirse en el laudo; por esta razón procede el tribunal a analizar el tema en mención.

2.3.2. Antecedentes

La actora solicitó, y el tribunal decretó la práctica de un experticio sobre algunos puntos de la controversia que da origen a este litigio. Luego de los trámites procesales de rigor los señores peritos, ingenieros Mauricio Nieto Reyes y Óscar Torres Gómez rindieron su dictamen, que posteriormente aclararon y complementaron por orden del tribunal, a solicitud del actor.

Cumplido lo anterior, se desarrolló la contradicción de la prueba; y la parte demandante solicitó la aclaración y complementación al dictamen en ejercicio de derecho consagrado en el artículo 238 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil. La parte demandada presentó un escrito de objeción por error grave al dictamen pericial.

Esta es la oportunidad procesal para la decisión de las objeciones propuestas, pues de ella dependerá que la prueba pericial deba ser apreciada como tal para decidir en el presente proceso arbitral.

2.3.3. El error grave

La ley procesal se encarga de fijar el marco del error grave, bajo la consideración de que no es cualquier yerro ni cualquier divergencia o discrepancia o apreciación subjetiva la que puede ser tenida en cuenta para fundamentar la objeción.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil hace precisiones en orden a destacar lo que debe entenderse por error grave:

“Que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

Es decir, debe ser ostensible y manifiesta la equivocación, el error debe quedar comprendido en el campo de la evidencia y la notoriedad; es más debe ser perceptible y con más razón cuando no se solicitan pruebas para su cabal demostración.

Como bien lo anota el doctor Antonio Rocha en su obra magistral “De la prueba derecho” (3ª edición, Universidad Nacional de Colombia),

“...grave es lo que pesa, grande de mucha entidad importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho”.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia “...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 ... (G.J. T. LII, pág. 306) 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 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 las 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 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...”. (Auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446 magistrado sustanciador doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

2.3.4. La objeción en este caso

2.3.4.1. Formulación

Se basa en que los peritos ni tienen clara la fecha de iniciación del contrato, ni su valor básico, ni el cambio de valores por un contrato adicional, ni las fechas de pago de los anticipos. Critica también la forma de hacer el cálculo los peritos, sobre la base de una distinción entre “anticipo y pago anticipado”, manifestando que la apreciación de los peritos es equivocada y, en resumen achaca al dictamen el tener bases equivocadas por las razones antedichas.

2.3.4.2. Las argumentaciones de la demandante

Al recorrer el traslado, la parte actora manifiesta que hay unos errores leves que no alteran el dictamen y que, en relación con los criterios utilizados, se podrían sustentar con un diccionario de la lengua.

2.3.5. Consideraciones del tribunal

El objeto de la pericia como el de las pruebas simples, es el hecho y no el derecho; es claro que el juez nunca podría recurrir a los peritos para oír su opinión en cuestiones de derecho, ni sobre la interpretación de un contrato, lo cual es función del juez. Adicionalmente, la jurisprudencia que cita Invías le da la razón a los peritos, pues estos como auxiliares de la justicia que son, cumplieron con el experticio en la forma que la ley los autoriza, exponiendo la razón de su ciencia y contestando el cuestionario que a ellos se les entregó tal y como se les ordenó.

Todos los defectos señalados por la objetante recaen sobre puntos de divergencia conceptual, y en el método empleado. Para el tribunal las anotaciones de la objetante no debilitan la firmeza del dictamen, labor que dentro de la crítica de la prueba le corresponde al juez, en cumplimiento del artículo 247 del Código de Procedimiento Civil que establece:

“Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso”.

De esta labor se ocupará el tribunal al analizar cada una de las pretensiones que se fundamenten en hechos cuya prueba sea el dictamen pericial.

Por otro lado mal puede calificarse de error el contestar las preguntas que se formularon. Si quien objeta no está de acuerdo con el cuestionario tiene el derecho de recurrir la decisión del juez que lo ordena, o de solicitar la complementación con las preguntas que estime pertinentes.

Por lo expuesto el tribunal declarará que no se ha probado el error grave del dictamen.

III. Consideraciones del tribunal

3.1. Planteamiento del tema

3.1.1. La demanda

Como ya se vio, a transcribir las pretensiones de la parte convocante, corresponde al tribunal decidir si, como se afirma en ella, el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato de obra 151 de 1997, suscrito entre quienes son partes en este litigio. De lo que se defina con relación a ese punto se desprenden las demás consecuencias que solicita la actora. Por esa razón es primordial definir este punto de la litis.

3.1.2. Los contratos involucrados

Del examen del contrato 151 de 1997, ya citado, y de la actuación durante el proceso arbitral, resulta que es necesario estudiar no solamente el contrato de obra en sí mismo, sino el contrato arbitral que en él consta, y el contrato suscrito entre Invías e Ingenieros Consultores Civiles y Eléctricos, Ingetec S.A., para la interventoría de la obra, así como algunos otros contratos suscritos por el ente oficial con la misma sociedad actora y con otros contratistas. Por ello resulta imprescindible definir la manera como el tribunal los interpretará, para lo cual es conveniente establecer unas pautas.

3.2. La contratación estatal

3.2.1. Antecedentes

3.2.2.1. El Estado prestador de servicios

El Estado presta unos servicios que se denominan “públicos”; no es del caso entrar a estudiar cuándo un servicio es público, aspecto sobre el cual la doctrina es larga. En cambio es importante señalar que no es preciso que el Estado los preste directamente; de hecho, es posible que el único que debe prestar directamente —no se concibe de otro modo— es la formulación del derecho primario. En niveles más reducidos los particulares crean derecho; como cuando celebran contratos (C.C., 1602).

3.2.2.2. La vinculación de los particulares al servicio público

Los particulares se vincularon a la prestación de los servicios públicos del Estado, desde el principio, mediante delegaciones que hacía el soberano por medio de concesiones que, dependiendo de los países, recibieron numerosas denominaciones: el *octroi* francés, *el compact* inglés, las patentes de toda Europa, las capitulaciones españolas, etc. Pero también, desde siempre, mediante la delegación de funciones, que se hacía en algunos funcionarios, como los recaudadores de impuestos, los delegados de reyes y emperadores, y las organizaciones comerciales o artesanales (los oficios). Cuando apareció el derecho administrativo, estudió solamente la actuación de los servidores públicos; de paso advirtió la existencia de la colaboración con el Estado de quienes no revisten ese carácter, y de quienes crean empresas comerciales para la prestación de servicios públicos, respecto de los cuales dedicó su atención fundamentalmente a las concesiones, pues se ajustaban a la tradición.

De lo anterior se concluye que las particulares adquieren la capacidad, para prestar los servicios públicos por una de dos vías posibles: por estar en una situación de derecho público (v. gr. los árbitros) o por contratar con el Estado la prestación del servicio, en su nombre; por este último medio —la contratación— el Estado también logra la ayuda de los particulares en la consecución de los elementos materiales necesarios para prestar los servicios a su cargo⁽¹⁾.

3.2.2.3. Evolución doctrinaria del contrato estatal

Al estudiar la actuación del Estado cuando celebra contratos, desde el principio, los tratadistas la vincularon a la noción del servicio público; y crearon una división artificial y hoy superada entre los contratos que solo puede celebrar el Estado, y los de derecho común atribuyendo a los primeros características especiales derivadas de los

atributos del Estado⁽²⁾. Los desarrollos posteriores, muy ligados a las consecuencias prácticas sobre el juez competente, distinguen entre “el contrato de la administración” y el “contrato administrativo⁽³⁾ para, en últimas, aceptar⁽⁴⁾ que

“... La administración no puede enajenar por la vía contractual las facultades y prerrogativas de que goza para salvaguardia de los intereses públicos”.

De todo lo anterior se concluye que el contrato estatal gira en torno de dos postulados: el servicio público (noción que no ha tenido cambio desde cuando se formuló inicialmente, así haya cambiado lo que se entiende por servicio público) y las características especiales del Estado.

Respecto de esta última es preciso tener en cuenta dos tipos de consideraciones: las que configuran sus, prerrogativas como representante del bien común; y las que regulan la actividad de los servidores públicos y el régimen jurídico de la propiedad común.

3.2.2.4. La legislación positiva en Colombia

La Ley 80 de 1993, que entre nosotros regula la contratación estatal, es clara en afirmar que ella tiene por objeto la prestación de un servicio público que denomina “el cumplimiento de los fines estatales”; pero reconociendo la realidad dice que los particulares contratistas tienen, también, la finalidad legítima de obtener utilidades.

Esta concepción del contrato estatal como una herramienta para cumplir los fines del Estado y para prestar el servicio público llevan al establecimiento de las llamadas cláusulas exorbitantes que otorgan al Estado poderes por encima de los que normalmente tienen las partes en los contratos, tales como los de la interpretación y terminación del contrato y otras del mismo jaez; como su fin es proteger la prestación del servicio público, solo se ejercen para brindar esa protección.

La simple lectura del articulado que las consagra denotan que se acoge ese principio por lo cual de todas ellas se dice que tienen lugar durante la ejecución del contrato y que su utilización se condiciona a evitar “la paralización o afectación grave del servicio público”.

Importancia especial para el caso que resuelve el tribunal tienen el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que consagra la interpretación unilateral y el 27 que establece la ecuación contractual.

El primero de ellos dice, a letra:

“Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes, sobre interpretación de algunas de sus estipulaciones, que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia” (negrilla del tribunal).

Para el tribunal no existe la menor duda en que las decisiones que puede tomar la administración en estos casos hacen relación exclusivamente a aquellas que interfieran u obstaculicen hasta paralizar o demorar con grave perjuicio público la ejecución del contrato. Y que las decisiones deben tomarse por acto administrativo, lo que significa que son pasibles de acusación ante la jurisdicción, independientemente del curso que siga la ejecución del contrato, constituyéndose así en lo que la doctrina denomina actos separables del contrato que pueden impugnarse ante los jueces dentro de un término de caducidad propio.

En la interpretación de los contratos, en cualquiera de las etapas, y quienquiera que sea el intérprete, debe tener en cuenta que los contratos estatales son los mismos que se suscriben entre los particulares, pero que por la intervención del Estado, que tiene prerrogativas especiales, como queda dicho, están sujetos a una regulación particular que contempla esas circunstancias; esta concepción es la que informa el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que a la letra dice:

“Los contratos que celebren las entidades estatales 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”.

El segundo principio a que atrás se hizo referencia es el de la ecuación contractual, de amplia cabida en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia tanto civiles como comerciales. Dice así el citado artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

“En los contratos estatales se mantendrá la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar según el caso”.

Sabido es que, en el derecho administrativo, el origen de esta estipulación legal (que se conoció como la “cláusula de la imprevisión”) está en el famoso caso de la compañía de alumbrado público de Burdeos, que había contratado la iluminación a gas de la ciudad, con unos precios preestablecidos que se volvieron precarios por algún suceso que encareció el gas y que, llevado el problema al conocimiento del Consejo de Estado francés, esta corporación autorizó el alza de precios y ordenó la indemnización al contratista arguyendo que el objeto de la contratación pública era prestar un servicio; y que si la variación de las condiciones económicas lo impedía, el contrato debía modificarse.

3.2.2.5. Conclusiones

De todo lo anterior se deduce que los llamados contratos estatales son contratos sujetos a la normatividad civil y comercial, con especiales connotaciones dadas las características especiales del Estado, de sus servidores y de sus bienes, así como por el hecho especialísimo de que tienen por objeto la prestación de un servicio público, para cuya eficiencia se deben tomar todas las medidas que la ley permite dentro de las cuales está la de remunerar adecuadamente al contratista.

Las facultades exorbitantes del Estado no tienen cabida cuando el contrato terminó de ejecutarse.

IV. La competencia del tribunal

4.1. Justificación del tema

El tribunal, en la oportunidad legal, decidió sobre su competencia (autos 5 y 6, dictados en la audiencia de 21 de junio de 1999, acta 3, fls. 155 a 177); el asunto se ha debatido posteriormente en el proceso y ambas partes en sus alegatos de conclusión pidieron que el tribunal se refiriera a él en el laudo, por lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

4.1.2. El fundamento de las decisiones

En las providencias citadas el tribunal pone de presente que la Constitución en su artículo 116 adoptó la tesis publicista sobre el origen y funciones de la Institución del arbitramento, al manifestar que los árbitros ejercen la función de administrar justicia, lo cual ha sido ratificado por la ley estatutaria de la justicia y por la Corte Constitucional.

Apoiado en jurisprudencias de la Corte Constitucional el tribunal afirmó que debe separarse la cuestión institucional de habilitar a los particulares para la administración de justicia, lo cual se hace mediante un contrato privado al cual la misma carta ha dado poderes suficientes para hacerlo, del aspecto puramente procedimental sobre la manera de designar los árbitros.

Y encontró que el pacto arbitral incluido en el contrato 151 de 1997, al que se refiere este litigio, era claro en cuanto habilitaba a unos particulares, cuya designación —que, se repite, es cuestión procedimental— tenía algunas dificultades de interpretación.

Como las partes en la etapa de conciliación, y válidamente acordaron superar ese escollo conviniendo en que los árbitros fueran designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, y como esta institución designó a los árbitros que integran este tribunal, y como, además, se dan las demás características (la materia es transigible, las partes son capaces) es obvio que tiene competencia.

El tribunal, con apoyo en la documentación que existe en el expediente, encontró que el señor jefe de la oficina jurídica del instituto demandado, quien acordó el procedimiento para designar los árbitros, tenía su representación

legal, ya que se le había conferido por los medios idóneos, es decir por una resolución del director aprobada por la junta directiva, conforme lo disponen los estatutos de Invías.

4.1.3. La jurisprudencia arbitral

4.1.3.1. En el mismo sentido de la de este tribunal

Algunos tribunales de arbitramento, en presencia de la misma cláusula se han pronunciado, en el mismo sentido en que lo ha hecho esta instancia de decisión.

La argumentación de los tribunales integrados por los doctores Antonio José de Irisarri, Harold Chaux y Luis Carlos Rodríguez (Equipo Universal y Cía. Ltda., *v. Invías*; auto de 10 de septiembre de 1999) y por los doctores Ricardo Vanegas, Patricia Mier y Alfonso Cabrales (Construcciones Axioma Ltda. *v. Invías*, auto de septiembre de 29 de 1999), con modificaciones propias del estilo de cada uno de los redactores son iguales a las expuestas por este tribunal.

4.1.3.2. En sentido adverso a la de este tribunal

En cambio, en el conformado por los por los doctores José Orlando Montealegre, José Antonio Lema (quien salvó el voto) y Juan Carlos Henao Pérez (Construcciones GBG Universal Ltda., y Esgardo Navarro Vives *v. Invías* auto dictado el 24 de agosto de 1999), y en el constituido por Ricardo Schembri Carrasquilla, Marco Tulio Gutiérrez Moradt y Pedro José Bautista Moller (Joioco Ltda. *v. Invías*, auto de 27 de mayo de 1999) se declararon (en el primero por mayoría como es obvio), incompetentes, ante una cláusula compromisoria igual a la que da origen a este tribunal, aduciendo que la justicia arbitral envuelve una derogatoria de la jurisdicción ordinaria (sic), que “es la natural” y que es, la de mayor jerarquía, afirmación esta última que no hace expresamente, pero que está implícita en su raciocinio. Así por ejemplo, luego de transcribir el primer inciso del artículo 116 de la Constitución, dice que

“A pesar de lo anterior, el propio constituyente permitió una derogación del principio general de la jurisdicción en cabeza de los jueces permanente”.

Y deduce de allí que el pacto arbitral

“debe ser de tal manera claro que no permita duda alguna acerca del querer de las partes de producir la ruptura del mencionado principio general”.

Analiza en segunda el pacto arbitral sujeto a su estudio —que se, repite, es igual al que dio origen a este proceso arbitral— y concluye que es solamente enunciativo y que se requiere un acuerdo adicional para que se derogue la competencia ordinaria y surja la de los árbitros. Y que en cuanto a la modificación de la cláusula arbitral —que es igual a la que se estudia aquí— ella solo es eficaz

“...para cuando llegue el caso de que las partes tengan un acuerdo sobre la convocatoria del tribunal”.

Este tribunal considera errada al argumentación del auto comentado, por las siguientes razones:

Para ejercer la función de administrar justicia, el Estado pone, a disposición de la comunidad varios sistemas.

El primero está integrado por una organización permanente, atendida por servidores públicos —a la cual la providencia comentada, con evidente falta de técnica llama “jurisdicción ordinaria”— integrado por las cortes Constitucional y Suprema de Justicia (cabeza esta de la jurisdicción ordinaria), el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces y la justicia penal militar.

El segundo, que es excepcional, está constituido por autoridades administrativas a las cuales la ley permite que ejerzan la función jurisdiccional (con limitaciones).

Y el tercero está compuesto por particulares —es decir a quienes no están investidos de la calidad de servidores públicos— que ejercen la función, cuando son

“...investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes”.

Esta apreciación —que es, apenas, una paráfrasis del artículo 116 de la Carta— lleva a dos conclusiones obvias: La administración de justicia por personas que no sean servidores públicos no es una delegación de las facultades de disposición de los particulares, sino una asignación de funciones que hace la propia Constitución; por lo tanto no es una transacción, como se dijo bajo el imperio de la Carta de 1886, cuando sin embargo, la Corte Suprema de Justicia encontró que

“...el arbitramento tiene carácter jurisdiccional como una especie de habilitación legal de los particulares para participar en la función pública de administrar justicia”⁽⁵⁾.

La segunda conclusión es la de que la justicia arbitral es tan “natural” (para usar la terminología del auto que se comenta) como otra cualquiera, y tiene tanta jerarquía como la que imparte cualquier despacho judicial.

Esta concepción halla respaldo y fundamento no solo en el artículo 116 de la Constitución, sino en muchos otros textos constitucionales, como v. gr. —y se citan solo como ejemplos que no agotan la lista— el artículo 1º, que predica la solidaridad y la participación ciudadana en los asuntos públicos y el 95, que en su numeral 2º reitera la solidaridad y dice:

“Que es deber de los ciudadanos, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia” (negrilla del tribunal).

En desarrollo de esos principios, la ley ha considerado conveniente que se utilice el arbitraje, no solo para descongestionar los despachos judiciales, sino para fomentar el cumplimiento de los fines constitucionales expuestos, lo cual es más importante en la contratación pública, porque el Estado, en todas sus actuaciones debe inducir al cumplimiento de los deberes constitucionales.

Por ello, la Ley 80 de 1993 advierte que las entidades estatales y sus contratistas, para solucionar los conflictos que surjan en su actividad contractual deben acudir a sistemas alternativos de administración de justicia; en su artículo 68 dice, en forma imperativa:

“...al surgir las diferencias acudirán al empleo de solución de controversias contractuales previsto en esta ley...” (negrilla del tribunal).

En el artículo 69 dice que las autoridades administrativas no pueden prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa, ni la cláusula compromisoria, ni el compromiso. No sobra advertir que la ley en los artículos 70 a 72 reglamenta el pacto arbitral.

De suerte, pues, que al contrario de lo que sostiene el auto glosado, no es procedente buscar en la cláusula compromisoria la claridad que “... no permita duda” de que las partes quieren derogar la competencia de los jueces que son servidores públicos (jueces permanentes, los llama el auto), sino que debe presumirse que las partes obedecen al mandato legal de acudir a uno de los sistemas que ofrece el Estado y por lo tanto, interpretar las cláusulas contractuales en ese sentido.

La providencia tampoco hace una distinción que puso de presente este tribunal en los autos mediante los cuales se declaró competente, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional: una cosa es el pacto arbitral, y otra el procedimiento que se adopte para ponerlo en práctica.

Entonces, la cláusula décimo sexta del contrato 151 de 1997 que ocupa la atención de este tribunal, está incluida por orden de la ley, vale decir, por voluntad del Estado y por tanto de Invías, con la cual coincide el contratista.

Es decir que la voluntad de las partes cumplió su misión, que no es derogar la competencia de los jueces “permanentes”, sino la de habilitar a unos particulares para ejercer la función de administrar justicia.

Y ese efecto se dio desde cuando se suscribió el contrato, de manera general y abstracta, pues tal es el cometido y el efecto de la cláusula compromisoria.

Adoptando la tesis de Invías —que es violatoria del art. 69 de la L. 80/93 que, como se vio, declara improcedente que las entidades estatales establezcan la prohibición de pactar la cláusula compromisoria— la providencia glosada dice que, en la forma como está pactada esa cláusula (que, se repite, es igual a la que juzga este tribunal) es, apenas, una mera facultad que se conceden los contratantes para invitarse a pactar el arbitraje.

Con el debido respeto, la argumentación no es seria. Para proponer a la otra parte la constitución de un Tribunal de Arbitramento no se requiere que el contrato lo autorice, en la misma forma en que el contratista no requiere autorización escrita en el contrato para elevar solicitudes a la entidad oficial; interpretarlo así hace perfectamente inútil la cláusula que, como se ha visto, se escribió acatando una orden de la ley.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1620 del Código Civil, que de acuerdo con el artículo 30 de la ley de la contratación estatal debe aplicarse en la interpretación de este contrato:

“El sentido en que una cláusula puede producir un efecto deberá preferirse a aquel que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Como el efecto de habilitar a los particulares para administrar justicia se dio, en cumplimiento de la orden legal, desde cuando se suscribió el contrato, la parte correspondiente debe entenderse, necesariamente, como un procedimiento para la designación de los árbitros, que es la interpretación que produce algún efecto.

En el aparte siguiente el tribunal hará unos comentarios sobre el desarrollo de los acontecimientos que dieron origen a la constitución de este tribunal.

4.1.4. Consideraciones adicionales

La jurisprudencia aquí citada, incluyendo la de este mismo tribunal, considera superado el escollo procedimental sobre la forma de designación de los árbitros por el acuerdo celebrado por las partes durante la etapa conciliatoria. Se encuentra, también, en la citada jurisprudencia, que los requisitos de forma se han llenado a cabalidad, punto sobre el cual se detiene, especialmente, el primero de los tribunales citados.

Este tribunal quiere hacer aún más énfasis en el aspecto puramente literal del pacto arbitral contenido en el contrato 151 de 1997 para cuyo efecto hace las siguientes consideraciones: dice la cláusula décimo sexta del contrato:

“Así mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra, por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento”.

La cláusula no establece a dónde, ni cómo debe enviarse el escrito en que se solicita, por una parte, a la otra, la convocatoria del tribunal. En el caso *sub judice* la convocada eligió un medio que, si se quiere, es poco usual: en vez de enviar una carta, o un memorial, directamente a Invías y por cualquiera de los medios que se suponen comunes para ello (un fax, mensajería propia, mensajería contratada, correo certificado, telégrafo, internet, etc.) le pidió al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá que entregara el escrito a su contraparte, y lo hizo en forma de demanda, en la cual dijo:

“...me permito solicitar la convocatoria del un Tribunal de Arbitramento para que, previo el trámite correspondiente...”.

Invías recibió la comunicación porque el centro se la entregó al doctor Guillermo Gaviria Correa el 3 de julio de 1998, como consta en el folio 7 vto. del cuaderno principal.

Invías acudió a la cita que le puso su contraparte, y de acuerdo con ella removió los posibles obstáculos para la designación del tribunal, al acordar con Inconstruc que los árbitros fueran designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Nótese bien que la misma cláusula, redactada por la entidad convocada, establece que las partes pueden acordar cualquier sistema alternativo para la solución de conflictos. Que para la constitución del tribunal crea un mecanismo especial; y que la conciliación —para la época regulada por el D.2651/91— no era obligatoria, por lo

cual la convocante podía, libremente, acudir al método que utilizó, de solicitar directamente el arbitramento.

Resalta el tribunal que si bien es cierto que la primera parte de la cláusula contractual tal como está transcrita atrás puede indicar la necesidad de que las partes se avengan al procedimiento alternativo de solución de conflictos que más les convenga, la iniciativa, necesariamente tiene que partir de una de ellas. No es concebible que las partes se avengan a cualquiera de esas soluciones porque lo encontraron así y lo expresaron simultáneamente. Cualquiera de las partes debe tomar la iniciativa; pero aun suponiendo que las partes se avengan en la solución alternativa, para la solución arbitral hay otra regulación contractual: la segunda oración. Y aquí, de acuerdo con el contrato y por los medios que juzgó idóneos, la convocante tomó la iniciativa, e Invías aceptó que el tribunal fuera integrado por la Cámara tantas veces nombrada.

El tribunal, en sus decisiones previas, analizó la conducta de las partes en cuanto a la manera de constituir el tribunal y la encontró correcta.

4.1.5. Conclusión

De esta manera resulta probado hasta la saciedad que este tribunal tiene competencia para resolver el conflicto que la parte actora ha sometido a su consideración.

V. La violación del contrato por Invías

5.1. El debate

5.1.1. La demanda

La demanda, como queda transcrita, pide expresamente, que el tribunal.

“... se pronuncie en derecho sobre las siguientes pretensiones:

“Primera: “Que ... Invías incumplió el contrato de obra 151 de 1997 ... al negarse a pagar los ajustes de precios previstos en la ley y en el mismo contrato”.

En el hecho 8° dice:

“Para el ajuste de precios de sus contratos de obra Invías utiliza la siguiente fórmula matemática

$P1 = Po \times I/Io$, en la cual P1 es el valor ajustado del acta, Po es el valor básico del acta; I es el índice económico establecido por Invías para el mes anterior al del pago del acta, e I o es el índice económico establecido por Invías para el mes de presentación de la propuesta o para el mes de celebración del contrato en caso de que no esté precedido de licitación, como fue el caso del contrato 151 de 1997”.

En el hecho 10, el mismo libelo afirma:

“El anterior es un sistema corriente y normal que utiliza Invías para el ajuste de los precios en sus contratos de obra.

No obstante que se trataba de una práctica normal y de que existía una expresa obligación legal y contractual, el interventor y el Invías negaron a Inconstruc el ajuste de precios unitarios del contrato 151-97, con el argumento de que donde decía una vez legalizado el pago anticipado debería leerse una vez amortizado el pago anticipado.

(La forma de amortización pactada del anticipo implica que este terminó de amortizarse con la última acta de obra del contrato. Así que esta interpretación es una burla)”.

5.1.1.1. Alegato de conclusión

En el contrato de conclusión tanto en la forma verbal, transcrita, que obra a los folios 776 y siguientes, colmo en el resumen, que obra en los folios d634 y siguientes el actor —cesionario— manifestó que no había presentado las actas de ajuste porque ante la negativa del interventor no tenía otra solución. En la exposición verbal es

especialmente enfático:

“La subdirectora de construcción del Invías, y la interventoría le negaron al contratista el pago de ese derecho, desde un principio. El contratista por último,

ya cuando faltaban dos meses para terminar el contrato hizo su última petición y la interventoría naturalmente con aceptación y beneplácito de la Subdirectora de Invías, le contestó como un ultimátum que no, que definitivamente no tenía derecho al pago de los ajustes, faltando dos meses para la terminación del contrato”.

5.1.2. La defensa

5.1.2.1. La contestación a la demanda

El instituto demandado, al contestar la demanda fue tajante al decir:

“En cuanto al hecho 8º, no es cierto, por cuanto con respecto al contrato 151 de 1957 (sic) “I es igual al valor del índice de costos de construcción de carreteras “para cada grupo de obra, correspondiente al mes al que se efectúe el pago anticipado” (contenido textual del par. (sic) 2º de la cláusula 8ª, del contrato 151 de 1997) y no como afirma el contratista”.

“En cuanto al hecho décimo no es cierto porque el Instituto Nacional de Vías en ningún momento ha negado a la firma Inconstruc Ltda., el pago de los ajustes correspondientes al contrato 151 de 1997, máxime cuando ni siquiera el mencionado contratista presentó con las actas mensuales de obra ejecutada, el acta correspondiente al reajuste de los precios unitario...”.

5.1.2.2. Alegato de conclusión

En el alegato de conclusión (tanto en la versión mecanográfica fl. 763 y ss, como en el resumen fl. 637 y ss.), la convocada afirma que está demostrado que Invías no pagó los ajustes, pero agrega, porque la actora no presentó las actas que, según el contrato ha debido presentar ni, ante la discrepancia con el interventor, acudió al procedimiento previsto en el contrato para resolver esas situaciones. Verbalmente dijo:

“En el contrato que esta (sic) en discusión por el tema de ajustes tenemos que tener en cuenta que en primera instancia, el contratista incumplió con la obligación pactada en el contrato de presentar las actas de ajustes por lo que haya sido, o sea, el interventor, si bien es cierto, que es el representante del instituto en la interventoría y el que está en la obra verificando la calidad y cumpliendo sus funciones que le ha asumido el instituto que le ha dado, también es cierto que si en un momento dado se llega a presentar un conflicto, se llega presentar problemas de interpretación, el contratista tenía la oportunidad de dirigirse por vía administrativa a otras instancias del Instituto Nacional de Vías a reclamar sus derechos. No lo hizo, No lo hizo”.

5.2. Consideraciones del tribunal

5.2.1. Interpretación de la demanda

En el examen necesario para responder el interrogante, el tribunal tiene que interpretar la demanda, para lo cual tiene amplias facultades, como lo tiene establecido, de viejo la jurisprudencia, que ha sostenido, también, que los hechos, al sustentar las solicitudes, constituyen un elemento básico de la demanda, pues son “...integrantes de la *causa petendi* o título de donde se hace provenir el derecho que se invoca”⁽⁶⁾.

También tiene establecido la jurisprudencia que “... el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como *causa petendi* , aunque se hayan probado plenamente y alegado antes de la sentencia”⁽⁷⁾.

Y la demanda, como se deja reseñado, pide que se declare que la entidad oficial incumplió el contrato que da origen a este proceso, “al negarse a pagar los ajustes de precios ...”, porque entendió que el contratista solo tenía derecho a ellos una vez amortizado el pago anticipado.

Por lo tanto le correspondía demostrar: (a) que Invías negó el pago de los ajustes; (b) que los negó por la citada interpretación; y (c) que esa negativa viola el contrato.

Por su parte el instituto demandado alega que no incumplió porque la sociedad actora no presentó las “actas de reajuste” ni agotó el procedimiento previsto en el contrato para dirimir las diferencias con el interventor y que no negó el pago de los ajustes.

5.2.2. El examen del tribunal

5.2.2.1. Las pruebas

Después de un examen minucioso, folio por folio el tribunal ha encontrado, con relación específica al presunto incumplimiento por parte de Invías, el siguiente material probatorio:

- a) La demanda, su contestación y los alegatos de conclusión de las partes;
- b) Correspondencia cruzada entre el actor y el interventor (cdno. de pbas. 1, fls. 14, 15 y 16);
- c) Los contratos 151/97, 151-1/97, 151-2/97 (cdno. de pbas. fls. 3 a 13);
- d) Certificación de la señora jefe de la división de contabilidad (cdno. ppal. 2, fl. 262);
- e) Contrato de Invías con el interventor (contrato 515 de 1994 y sus modificaciones, fls. 212 y ss.);
- f) Testimonio del ingeniero Jaime Santamaría (íd., fls. 446 y ss.), junto con los siguientes documentos que se incorporaron al proceso por orden del tribunal (auto 12):
 - i) Cartas de Invías (id, fls. 523, 524).
 - ii) Liquidación de los ajustes por Invías (id. fls. 540 a 542).
- g) También por iniciativa del tribunal aparecen:
 - i) Resolución 2187 de 22 de abril de 1997 de Invías (cdno. 2, fls. 500 a 502);
 - ii) Las actas de obra (cdno. 2 fls. 685 y ss.);
 - iii) Constancia sobre liquidación del contrato 151/97 (fls. 683 y 684), y
 - iv) Resolución 5179 de 1999 de Invías, por la cual se liquida el contrato (fls. 653 y ss.);
- h) Las actas de obra presentadas por Inconstruc que obran a los folios 55 a 63 del cuaderno 1 de pruebas, y los comprobantes de pago emitidos por Invías que obran a los folios 38 a 53 del mismo cuaderno;
- i) Contrato 109 de 1997 suscrito entre quienes son partes en este conflicto, junto con las respectivas actas de obra, que obra a los folios 15 y siguientes del cuaderno principal de pruebas;
- j) Las liquidaciones hechas por Invías como prueba de la tacha a la aclaración del dictamen pericial (fls. 241 y ss. cdno. ppal.), y
- k) El dictamen pericial y su aclaración.

5.2.2.2. Los hechos demostrados

5.2.2.2.1. La cronología del contrato

De los documentos que obran en el expediente se desprende que en la ejecución del contrato, para los fines que aquí se analizan, tuvo la siguiente cronología:

La obra comenzó el 23 de abril de 1997, tal como lo autorizó la Resolución 2187 de 22 de abril de 1997 de Invías

(contrato 151-97, par. cláusula tercera, fl. 4, cdno. pbas.).

El contrato 151 de 1997 se suscribió el 15 de mayo de 1997, y en él se estableció (cláusula 4ª) un plazo de 9 meses contados a partir del 23 de abril de 1997, lo que quiere decir que vencía el 23 de enero de 1998 (íd.).

El 16 de enero de 1998, según lo afirma el interventor en la carta que figura en el folio 15 del cuaderno de pruebas, Inconstruc hizo una solicitud verbal para que se le reconocieran los ajustes; y también (según esa carta) la solicitud fue negada por el interventor y por algunos funcionarios de Invías.

El 23 de enero de 1998 se firmó el contrato 151-1-97 por medio del cual se amplió el plazo de ejecución del contrato inicial hasta el 23 de abril de 1998.

El 27 de enero de 1998 Inconstruc, por medio de la carta que figura al folio 14 del cuaderno de pruebas “reitera” la solicitud de que se le paguen los ajustes.

El 19 de febrero de 1998 Inconstruc solicita un nuevo pago anticipado y el 25 de esos mes y año, se le comunicó que se le daría (fl. 523).

El 27 de febrero de 1998 Ingetec, firma interventora en carta suscrita por el doctor Jaime Santamaría Serrano, que adelante se analizará, dice que no se puede acceder a la solicitud de Inconstruc (fl. 15 y 16).

El 6 de marzo de 1998 Inconstruc presenta el acta de obra correspondiente al tres de febrero de 1998, con la cual amortiza la totalidad del pago anticipado, quedando, inclusive, un saldo a su favor (dictamen pericial, cdno. 1).

El 24 de marzo de 1998 Invías hace un pago anticipado por \$ 1.500.000.000 de pesos (id; comprobante de consignación fl. 522).

El 2 de abril de 1998 se firma el contrato 151-2-97 por medio del cual se aumenta el valor del contrato original.

El 20 de abril de 1998 se firma el contrato 151-3-97 por medio del cual se amplía el plazo del contrato original hasta el 30 de mayo de 1998.

El 6 de mayo de 1998 se recibe por Inconstruc un nuevo pago anticipado por \$ 1.800.000.000 de pesos (id).

5.2.2.2.2. No ha habido pago

Un primer hecho surge, demostrado en todos los documentos y en declaraciones de arribas partes, de forma tan evidente que sirve de excusa para omitir todos los pasajes donde se comprueba: Invías no ha pagado suma alguna por concepto de ajustes.

5.2.2.2.3. No ha habido “cobro”

Enunciados por Invías en forma de negación indefinida, cuya prueba, por lo tanto correspondería a Inconstruc hay un hecho: que esta sociedad no presentó “actas de ajuste”. La manera como se enunció priva al demandante de la oportunidad de demostrar su ocurrencia, por lo cual el tribunal escudriñó entre las probanzas y encontró:

a) La carta que dirigió la interventoría Inconstruc (cdno. de pbas. 1, fl. 15) donde se dice que

“La solicitud de reconocimiento de ajustes de precios se efectuó verbalmente ...”;

b) La certificación de la jefe de la división de contabilidad (cdno. de pbas. 2, fl. 262) que dice que el 22 de julio de 1999, ya instalado el tribunal.

“... a la fecha no ha presentado actas de ajustes ...”;

c) Preguntado por el doctor Beltrán, el ingeniero Jaime Santamaría en su declaración manifiesta, (cdno. ppal. 2, fl. 458).

“doctor Beltrán dice que el contratista no presentó actas de ajuste, ¿no hay una contradicción por el hecho de que

usted mismo le dijo que no tenían derecho a ajustes?

Señor Santamaría: La contradicción puede presentarse doctor Beltrán a partir de que la interventoría consideró que no tenía ajustes hasta que no se terminó de amortizar el anticipo, sin embargo eso sucedió enero de 1998, el contrato se ejecutó desde mayo de 1997 y el contratista no presentó actas durante esa época, de mayo de 1997 a enero de 1998 luego es posible que no haya presentado también por esa carta de la interventoría, pero antes no presentó”;

d) En el documento sobre liquidación de ajustes por Invías (id. fls. 540 a 542) que dice que durante la vigencia del contrato no se presentaron actas de ajuste;

e) Finalmente, anota el tribunal que el interventor no aprobó los ajustes (ver la carta y la declaración citadas). Y que para que las actas pudieran pagarse necesitaban esa aprobación (contrato 151/97, cláusula 8, par. 1°):

“Estos pagos serán efectuados por el instituto dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las respectivas actas en las oficinas del instituto debidamente acompañadas de los documentos exigidos en este contrato y aprobadas por el interventor” (negrillas del tribunal), y

f) En su alegato de conclusión, tanto en la transcripción de su exposición oral, como en el resumen, el actor cesionario acepta que no se presentaron.

Así pues, es un hecho probado: las “actas de ajuste no presentaron”.

5.2.2.2.4. La disculpa del actor

Del relato anterior, y de la minuciosa revisión, que, de todo el expediente, hizo el tribunal resulta evidente que la afirmación hecha del alegato de conclusión del actor de que “desde el principio” el interventor e Invías negaron los ajustes está huérfana totalmente de pruebas; no existe, ni siquiera, un indicio que permita sostener lo contrario.

Tampoco es cierto, como lo afirma el actor, que cuando hizo la solicitud de que se le reconocieran los ajustes faltaban tres meses para la terminación del contrato. Cuando la hizo verbalmente —y aquí el tribunal acepta lo dicho por el interventor, porque coincide con las afirmaciones del actor, lo cual lo convierte en un indicio que, de acuerdo con el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil puede ser apreciado— el 16 de enero de 1998 faltaban, apenas, once días para que el contrato concluyera. Y cuando la formuló por escrito, el 27 de enero de 1998, faltaban dos meses para su conclusión.

Advierte también el tribunal que, como la argumentación del interventor —que adelante se analizará— según la entiende el actor, le impedía cobrar ajustes mientras tuviese un saldo del pago anticipado sin amortizar (o legalizar, como se quiera), el escollo desapareció el 28 de febrero de 1998, como lo demuestra el acta de la obra ejecutada ese mes, que se presentó el 6 de marzo de 1998, pues ese día, como se dijo atrás, el pago anticipado había sido totalmente cancelado —o amortizado o legalizado, tanto da—, y desde ese día, 6 de marzo, hasta el 24 del mismo mes y año, en que recibió el nuevo pago anticipado nada impedía a Inconstruc presentar las cuentas para el pago de las actas de ajuste.

El 24 de marzo de 1998, cuando se recibió el nuevo pago anticipado faltaba, apenas, un mes para el vencimiento del plazo acordado en el contrato 151-1-97. No había, pues, tiempo para presentar actas por obra ejecutada.

E igual ocurre cuando se amplía nuevamente el plazo.

De suerte pues que la excusa del actor para no formular las cuentas de ajuste no es valedera porque hasta el 16 de enero de 1997 no hizo —o por lo menos no lo probó en el proceso— ninguna gestión tendiente a que se le reconocieran los ajustes. El instituto demandado ha aseverado continuamente que el actor simplemente no presentó las actas de ajuste, y su aseveración no está desvirtuada; al contrario, está confirmada. Por lo tanto, hasta ese momento no se había hecho gestión alguna para ese pago.

Y a partir del momento en que, como afirma el actor, el interventor e Invías le negaron el pago, tuvo dieciocho días durante los cuales pudo solicitar el pago de los ajustes. El Invías ha manifestado que está dispuesta a pagárselos, de

acuerdo con una interpretación de la cláusula contractual de ajustes que arrojaba una suma que adelante se analizará.

Y por último durante el período comprendido entre el 24 de marzo y la finalización del contrato, dados los términos previstos para este último acontecimiento, en dos contratos diferentes, simplemente el actor no tuvo oportunidad de presentar actas con ajustes, si se aceptaba la teoría del interventor.

Sin embargo a partir de ese momento se entregaron, diligenciaron y pagaron las actas 11, 12, 13A y 13B, que no se ajustaron.

5.2.2.2.5. La argumentación de Invías

En relación con este punto Invías ha argumentado que la decisión del interventor estaba sujeta a lo que, curiosamente su apoderada llamó, en la intervención oral de conclusión “vía administrativa”, aludiendo a que la decisión del interventor no era la de Invías, ya que esta debía pronunciarse por un acto administrativo.

Tal interpretación no tiene asidero en los hechos, como pasa a demostrarse, para lo cual el tribunal parte de la base de que el interventor es un mandatario de Invías, que lleva su representación, y que por lo tanto habla por el instituto demandado, salvo cuando este último tiene que expresarse, por mandato de la ley, mediante un acto administrativo porque, por amplias que sean las facultades del mandatario, nunca alcanzarán para producir un acto que la Constitución y las leyes reservan a la administración misma; en otras palabras la facultad que la ley asigna a determinados órganos del Estado no se pueden desplazar por la vía contractual, lo que se había justificado ya desde la óptica conceptual (3.2.2.2.4).

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 80 de 1993

“Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia” (negrilla del tribunal).

De la evidencia recolectada resulta claro que cuando, el 27 de enero de 1998 Inconstruc formalizó por escrito su solicitud de que se le pagaran los ajustes, el plazo inicial, contemplado en el contrato inicial ya había vencido; y solo quedaba el poco tiempo que para su finalización (3 meses) había pactado; y un mes después se produciría la cancelación total del anticipo; y en ninguna parte del expediente hay nada que induzca a creer que la falta de pago de los ajustes paralizara la obra con grave perjuicio para el servicio público.

Para esa fecha ya se había gestionado y aprobado un nuevo pago anticipado (que se entregaría más tarde). Nada hay que permita suponer que el servicio público peligraba si no se entregaba al contratista ese dinero y, además, el valor de los ajustes.

Por consiguiente la decisión del interventor no era de aquellas que de acuerdo con la ley tuvieran que tomarse por medio de acto administrativo lo que afirma ambas partes en sus alegatos de bien probado aun cuando llegan a conclusiones distintas.

La verdad, que el tribunal acoge, es que lo resuelto por el interventor en esa oportunidad, era una de aquellas actuaciones en las cuales podía representar al Instituto oficial.

5.2. Otras posibilidades

5.2.3.1. Enunciación

Según el raciocinio anterior dentro del período comprendido entre el 24 de mayo de 1998 y el 30 de mayo del mismo año, Inconstruc presentó tres actas la 12, la 13A y la 13B, que aparecen relacionadas en los folios 254 a 256 del cuaderno principal. La pregunta obvia es: la afirmación que hace en el memorial de conclusión el actor, sobre que no presentó los ajustes por razón de la carta del interventor ¿es cierta y válida jurídicamente?

5.2.3.2. Análisis

5.2.3.2.1. Poder de convicción

En primer lugar destaca el tribunal el hecho de que solo fue presentada a última hora, en forma que, de no ser por las circunstancias procesales que arriba se anotaron, el tribunal no la tendría en cuenta; esa misma circunstancia la vuelve endeble y le resta consistencia, sobre todo cuando se la compara con la cronología del negocio tal como quedó arriba establecida; en efecto quedaba poco tiempo para la ejecución total del contrato: cuando se presentó la primera quedaba un mes y cuando se presentaron las otras dos la ejecución de la obra ya había concluido.

5.2.3.2.2. La carta del interventor

Si el tribunal usara el lenguaje periodístico diría que la carta que obra a los folios 15 y 16, del cuaderno de pruebas y que fue dirigida por el interventor a Inconstruc es “la prueba teína de este proceso”.

Para su análisis es prudente transcribir de ella los siguientes párrafos:

“Allí se le expresó, verbalmente al contratista, por parte de la interventoría y del Instituto, que de acuerdo con lo establecido en el contrato 151-97, no se han cansado los ajustes de precios previstos en la cláusula octava del contrato, porque desde el comienzo del contrato, el instituto le entregó al contratista un pago anticipado, el cual no ha sido amortizado” (negrilla fuera del texto).

Y ya al final, como resumen de la carta repite, casi textualmente el párrafo transcrito.

Nótese que, como aparece en las partes que el tribunal resaltó en negrilla, el interventor no dice que no se van a pagar los ajustes sino que estos no se han causado todavía y hace alusión a unas explicaciones verbales en una reunión. Para entender cabalmente lo que afana el interventor se debe recurrir a la declaración del ingeniero que lo representó en la ejecución de la interventoría ingeniero Jaime Santamaría quien en su declaración folios 446 a 462 del cuaderno 2 dice

“El parágrafo 2º en la cláusula octava que se llama actas de obras y ajustes indica lo siguiente (a continuación lo leyó), y está definido que es el índice de construcción para el mes en que se efectúe el pago anticipado o sea mayo de 1997 ...”.

“En este contrato la interpretación que se dio a la palabra legalizado fue esa que tan pronto que recibe un pago anticipado, en mayo, el índice queda definido y luego ese índice se modifica y tan pronto se ha legalizado el pago anticipado, o se termine de amortizarlo el contratista como ya dije tenía dos oportunidades o legalizarlo muy rápidamente amortizando la totalidad de las actas y poderse acoger a unos índices mejores o poder amortizarlo con el mínimo permitido en el contrato y dejar congelado ese índice y eso fue lo que sucedió en ese contrato.

Tan pronto se terminó de legalizar que fue en febrero o marzo, en ese momento sí subió al índice del mes anterior en que se ejecutó la obra, de ese mes eso sucedió en ese momento, ahí están los cálculos que efectuó el instituto y revisó la interventoría para las actas uno, dos, tres, etc. ... y llegamos al acta número diez que fue la febrero de 1998, ¿ahí qué sucede? Sucede el fenómeno que estamos hablando, termina de amortizar el primer anticipo, entonces todos los pagos que se habían hecho hacia atrás de la obra ejecutada tenían ese índice inicial pero en el momento en que terminó de amortizar se toma el índice correspondiente al mes anterior de la obra ejecutada, entonces se toma el otro índice y allí se aumenta considerablemente el cálculo de los ajustes, a manera de ejemplo los ajustes se venían calculando para las actas de obra de acuerdo con la tabla que calculó el instituto era de 1.5 millones ...”. (fl. 455)

Por otro lado en el memorial por medio del cual Invías impugnó el dictamen pericial también afirma que los ajustes se están debiendo, lo que repite en el memorial de conclusión, y está demostrado en el expediente por la existencia de la liquidación que hizo Invías para hacer su oferta, según documentos allegados al expediente por el ingeniero Jaime Santamaría, de acuerdo con orden dada por el tribunal.

Así pues, podría decirse —con buena lógica— que la carta tiene otro sentido.

Empero, se dirá, que la carta afirma, contundentemente que los ajustes no se han cansado y que en el memorial de conclusión la apoderada de Invías reconoció que la interventoría negó el derecho de los ajustes. El segundo punto, que es cieno, debe examinarse con la siguiente óptica:

Sea lo primero advertir que de acuerdo con el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil:

“La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101”.

Es fácil ver que lo dicho por la señora apoderada de Invías no está comprendido en ninguna de las circunstancias anotadas por el artículo transcrito.

A este hecho se suma lo dispuesto por el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil según el cual

“No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales los municipios y los establecimientos públicos”.

Continúa el artículo últimamente citado diciendo que los representantes administrativos de las entidades públicas solo pueden rendir declaración de pone mediante un procedimiento especial.

A todas luces brilla entonces que lo afirmado por la señora apoderada de Invías no puede tenerse en cuenta como una confesión, caso sobre el cual dice el doctor Hernando Devis Echandía⁽⁹⁾.

“Esas confesiones ineficaces, de representantes, mandatarios y apoderados judiciales, tiene, sin embargo, el valor de testimonios o indicios libremente valorables por el juez, en el proceso contra el representado o mandante”.

Ni como testimonio, ni como indicio, las afirmaciones de Invías de que el interventor negó el pago pueden entenderse fuera de su contexto, dentro del cual son premisas para demostrar que el actor podía intentar la presentación de las cuentas por ajustes —a las que se da el nombre “actas de ajuste”— acudiendo directamente a Invías. En ese contexto, no prueban que Invías hubiera negado el pago de los ajustes.

Ahora; lo dicho por el interventor, ¿es definitivo?

Como se ha dicho en otros apartes de este laudo, el contrato 151-97 es un contrato de ejecución de obra, y el contrato de interventoría es un contrato de mandato. Y ambos se rigen por las disposiciones pertinentes de los códigos Civil y de Comercio. Y el primero de ellos, como ya se dijo, dentro de las reglas para interpretar los contratos establece que sus cláusulas deben examinarse en su conjunto y que unas señalan el entendimiento de otras. Pues bien: en el contrato 151-97 se lee, en las cláusulas 2ª y 3ª que el valor del contrato y la consiguiente apropiación presupuestal comprenden los posibles ajustes; el párrafo de la cláusula 6ª establece que se hará un pago anticipado y que Invías puede conceder otros; el párrafo 1º de la cláusula 8ª establece que el instituto hará el pago de las actas ajustadas en aquellas partidas que no objete.

“... sin que la aceptación de este pago implique renuncia del contratista al saldo en discusión”.

Establece también el Código Civil que las cláusulas de un contrato se interpretarán por la ejecución que las partes hayan hecho de contratos similares. Pues bien: el contrato 109 de 1997, que se ejecutaba simultáneamente con el que aquí nos ocupa y que fue suscrito entre las mismas partes, pero cuyo interventor no era Ingetec se pagaban los ajustes, no en la forma que pide la demanda sino en la que establece Invías.

Aquí vale la pena hacer una disgresión admonitoria, por vía de “pedagogía judicial”, que diría el Consejo de Estado. Pareciera que todos los que han intervenido en este proceso se engolosinaran con un solo renglón de un inciso de un párrafo de una cláusula de un contrato lamentablemente redactado. Así el interventor lee únicamente un renglón que subrayó en una cláusula; los funcionarios de Invías estudian exclusivamente una cláusula, y la aplican de diversa manera según sea el funcionario que lo haga y el interventor que aconseje; los escritos del actor adolecen de los mismos defectos.

Adelante el tribunal complementará las anteriores ideas.

5.2.3.2.3. Conclusión

De suerte, pues, que escudriñando todas las posibilidades que plantea la demanda —y solo ellas— es preciso concluir que habían mecanismos suficientes para que Inconstruc removiera el obstáculo presentado por la carta del interventor, para, por lo menos, obtener unos pagos en la forma en la cual interpreta Invías la cláusula contractual sobre ajustes. Y que no lo hizo.

Por lo tanto no resulta probado el motivo —que según el actor— tuvo para no presentar “actas de ajuste”: antes del 16 de enero de 1998, porque nada demuestra que hubiera obstáculos; y después porque el obstáculo, que según él, se lo impidió; no tenía el poder jurídico para hacerlo.

5.2.3.3. Consecuencias de no presentar las “actas de reajuste”

5.2.3.3.1. Proceso de cobro

La presentación de las “actas” no es un capricho del ente oficial: para que el pesado andamiaje oficial se mueva y para que se manejen adecuadamente los caudales públicos, la inercia ha creado unos mecanismos, que han recogido la ley y los reglamentos; el contrato señala esos trámites sin los cuales es imposible que el Estado haga un pago.

Examinado el trámite para que, de acuerdo con el contrato, Invías pague, se requería que Inconstruc elaborara el acta de obra y que el interventor la aprobara; enseguida Inconstruc debía elaborar actas de ajuste (en las cuales se requiere la firma del interventor) y, finalmente, incorporar los ajustes y someterlos a la aprobación del interventor. Y por último Inconstruc debía presentar toda la documentación, junto con una cuenta, a Invías, para que esta hiciera los pagos.

Al cobrar Invías operaba el mecanismo atrás descrito, presentando una sola cuenta con los valores discriminados pero sumados. Es evidente que ese papeleo no tiene ninguna significación jurídica; lo que interesa es saber si Inconstruc presentó, o no las cuentas de cobro por los ajustes —en cualquier formulario, y cualquiera que sea la denominación.

Y de la evidencia probatoria resulta que no fueron presentadas.

5.2.3.3.1. Consecuencias jurídicas

Los hechos que aparecen demostrados según acaba de indicarse llevan a la convicción de que la aplicación práctica que hicieron las partes del contrato significaba que ambas estaban de acuerdo en que la interpretación del contrato era la de que los ajustes no se debían pagar sino apenas el pago anticipado estuviera totalmente amortizado.

En estas condiciones el tribunal encuentra que es innecesario entrar a la discusión planteada por el demandado de si legalización y amortización tienen el mismo significado, aun cuando considera conveniente poner de presente que el interventor, que defiende la tesis de la equivalencia con mucho celo, varias veces utiliza la palabra “legalizar” asimilándola al momento en que el pago anticipado fue entregado al contratista, y que en el uso común legalizar significa cumplir con todos los trámites que exige la ley para convalidar un hecho, acepción que acepta el Diccionario de la Real Academia cuando dice que legalizar es “dar estado legal a una cosa”.

Pero las partes, con su conducta en otro contrato, entendieron que los ajustes se podían cobrar, solo que utilizando los índices vigentes en el momento de suscribir el contrato y en el momento de que se verificaba el pago, lo que daba unos coeficientes, así fuesen pequeños. En este contrato sin que en el expediente aparezca la razón, las partes entendieron que los ajustes no podían cobrarse mientras hubiera pago anticipado por amortizar, y aún así, hubo un período durante el cual Inconstruc hubiera podido cobrar los ajustes —el comprendido entre el 6 y el 24 marzo de 1998— pero no lo hizo, sin que se sepa la razón, sobre la cual solo pueden hacerse conjeturas que el juzgador no puede utilizar.

También resulta exacto para el tribunal afirma que el interventor hablaba en nombre de Invías y que en este punto

tiene razón absoluta las partes cuando en su memorial de conclusión afirma que para que la decisión de Invías tuviera el carácter de acto administrativo se requerían determinadas condiciones. Pero también es un hecho que el contrato tenía fórmulas alternativas para solucionar ese tipo de conflictos sin que se paralizaran los pagos ni las obras.

En este punto el tribunal quiere hacer una acotación: la demanda deja entrever que no hizo reclamos por temor. Esta interpretación no es válida, toda vez que el contrato prevé fórmulas para resolver las diferencias, lo que no significa, en ningún caso, de que el hecho de tenerlas signifique herir sentimientos, y provocar reacciones injustas, que por el otro lado solo pueden presumir violando el artículo 82 constitucional que presume la buena fe en las actuaciones.

Como se ha visto, la demanda pide que se declare que Invías incumplió el contrato 151 de 1997 por negarse “a pagar los ajustes de precios previstos en la ley y en el mismo contrato”; ante la afirmación de que no presentó las cuentas, manifiesta que no lo hizo por la opinión expresada por Invías, a través del interventor. Y que el hecho de que Inconstruc no presentara la cuentas de ajustes tuvo como causa la adopción de una fórmula que impedía su pago.

Pues bien: en el proceso está demostrado que Inconstruc no presentó las cuentas de ajuste pero no por la opinión de Invías que no se conoció sino en febrero de 1998, sino porque ella, por aplicación de las cláusulas contractuales entendió que no se le debían pagar hasta cuando el pago anticipado estuviera amortizado en su totalidad. De ahí el que inicialmente pretendiera amortizarlo en su totalidad, con el objeto de que se le reconocieran los ajustes más rápido.

La solicitud de Inconstruc se presentó, verbalmente, poco antes de que venciera el plazo inicial para la ejecución de las obras; por escrito, cuatro días después de que se firmara la ampliación del plazo, por primera vez. La opinión de Invías se manifestó cuando ya se había vencido el plazo del contrato inicial y tres meses antes de que vencieran sus prórrogas. Durante el plazo inicial Inconstruc jamás pidió ajustes, como ya queda dicho. Posteriormente no se volvió a pronunciar sobre el tema, por lo cual era lícito para Invías pensar que Inconstruc había aceptado las razones de Ingetec. Si el pago de los anticipos hubiese sido definitivo para la construcción de la obra Inconstruc podía haberlo manifestado, para que Invías se pronunciara por medio de acto administrativo, y si no lo era ha podido presentar las cuentas, ajustadas, para que se las negara y hacer el reclamo pertinente. Su omisión lleva a la convicción de que esos pagos no eran determinantes del servicio público.

Pero, además, Invías, ni directamente, ni, por intermedio del interventor negó el pago. Simplemente, dijo no se había causado.

Es bueno resaltar que Invías en su memorial de conclusión afirma:

“No obstante esta situación, el Instituto Nacional de Vías en el momento procesal de la conciliación en el trámite prearbitral, reconoció y ofreció al demandante el pago de los ajustes a que tiene derecho de conformidad con lo estipulado en el contrato y conforme a la fórmula convenida en el pacto contractual ...”.

Y más adelante:

“... el instituto por su parte, aceptó que al contratista no se le han causado los ajustes pactados y por tanto ofreció pagar al mismo, la suma que resulta de la liquidación de la fórmula de ajustes incluida en el contrato, más la respectiva actualización e intereses moratorios, según lo señalado en la Ley 80 de 1993 ...”.

Y que hace enseguida una explicación sobre la fórmula que adopta Invías.

5.3. La determinación del tribunal

El tribunal no puede apartarse del sendero que le fija la demanda, que ha interpretado en la forma más amplia que le ha sido posible. Sin embargo debe concluir que los supuestos fácticos en que se basan las solicitudes no se han demostrado. El incumplimiento de Invías no está corroborado por los hechos que, al contrario, demuestran que las partes entendieron siempre que las actas de ajuste no se presentaban sino cuando el pago anticipado estuviese

amortizado; esa circunstancia, además, no sirve de excusa a Inconstruc para no haber reclamado los ajustes sino en enero de 1997, es decir, tres meses antes de que el contrato terminara; antes no existe ninguna excusa para que no lo hubiese hecho.

Como se ha visto seis días después de que se produjo la carta del interventor Invías presentó un acta cuyo valor amortizaba totalmente pago anticipado, y que dada, además, un saldo a su favor. En ese momento ha podido pedir los ajustes; y no lo hizo. El 24 de marzo recibió un nuevo anticipo que, según la teoría practicada en ese entonces le impedía cobrar anticipos; pero de allí en adelante solamente presentó tres actas, dos de las cuales se referían al período que terminaba con la ejecución de la obra y que, al parecer, son materia de discusión pues fueron involucradas en el acta de liquidación del contrato, adoptada por acto administrativo contra el cual se interpuso un recurso.

Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁰⁾ dice

“Si al proferir su resolución el juez altera la pretensión del demandante, ora sea modificando el objeto de esta o ya cambiando su causa o razón y como consecuencia reconoce en su fallo un derecho diferente del pedido, o concede lo suplicado pero por hechos distintos de los alegados, su sentencia resultará incongruente por decidir *extra petita* y por lo mismo lesiva del interés de los litigantes” (negrilla del tribunal).

Por lo tanto el tribunal declarará que no se ha probado el incumplimiento por el Instituto Nacional de Vías, Invías del contrato 151/97 suscrito por él con Ingeniería Construcciones Ltda., Inconstruc, en la forma y por los hechos relacionados en la demanda.

5.3. La segunda petición de Inconstruc

5.3.1. Formulación

Como se ha visto Inconstruc pide como segunda pretensión:

“Que como consecuencia de la declaración anterior se decrete la terminación del contrato, ordenando que Invías pague a Inconstruc el valor de la totalidad de los ajustes con el último índice conocido del Invías, más intereses moratorios a la tasa máxima establecida en la Ley 80 de 1993 desde cuando han debido pagarse los ajustes hasta cuando el pago se realice”.

5.3.2. Consideraciones del tribunal

5.3.2.1. Relación de causa a efecto

La demanda establece una relación de causa a efecto entre sus dos peticiones, en la cual la segunda es un efecto directo de la primera, de tal suerte que si esta no resulta cierta es imposible predicar que la segunda, es decir la orden de pago se ha causado.

Atrás se ha dejado establecido que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el juzgador no puede ampliar la *causa petendi*. Por esta poderosa razón la petición no está llamada a prosperar.

5.3.1.2. La terminación del contrato

El actor pide que se declaren que el contrato ha terminado, solicitud que el tribunal entiende hecha en desarrollo del artículo 1.546 del Código Civil, es decir que el contrato termina por incumplimiento de uno de los contratistas. Esta solución sin embargo, y aun en el caso de que se hubiese demostrado la relación causa efecto que se deja anotada, no puede tomarse porque no apareció prueba alguna del estado del contrato, salvo que, pedida por el tribunal aparece una resolución del instituto demandado que liquida el contrato, y que está recurrida por la sociedad actora. De donde se deduce que el contrato ya está terminado y que hay diferencia entre las partes sobre la liquidación de las cuentas que nacen de él, además de las que se sometieron a este tribunal.

5.4. Aclaraciones del tribunal

El tribunal quiere ser especialmente enfático en las siguientes aclaraciones:

a) El presente laudo no entra a analizar si la entidad oficial adeuda o no adeuda sumas de dinero a Inconstruc en virtud de las estipulaciones contractuales. Se limita a decir que en la forma como está presentada la demanda es imposible declarar que Invías haya incumplido el contrato;

b) El tribunal también aclara que la demanda afirmó que la interpretación hecha por Invías de la fórmula de liquidar los ajustes sería una burla porque el dividendo y el divisor serían iguales en virtud de que la fecha de los índices de precios sería la misma, es decir la que existiera en el momento en que se terminara de amortizar el pago anticipado.

El laudo se limita a verificar el hecho demostrado en el expediente de que Invías, no acoge esa interpretación, sin analizar si la versión que aparece en autos como suya se ajusta, o no, al contrato y a la ley, y

c) Atrás (en el numeral 5.3.2.2.2) el tribunal hizo algunas consideraciones sobre la forma como las partes han interpretado el contrato que da origen a esta controversia. En este momento juzga pertinente recomendar a las partes que actúen entre sí con mayor claridad, con lo cual casi seguramente encontrarán una solución satisfactoria a sus divergencias, sobre todo si tiene en cuenta que en una transacción o en una conciliación ninguna puede aspirar a obtener todo aquello a que cree ser merecedora.

VI. Economía del proyecto arbitral

6.1. Costas

6.1.1. Causación

De acuerdo con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, por lo cual será necesario hacerlo.

6.1.2. Liquidación

Para liquidar las costas se tendrá en cuenta que en el expediente existen constancias de que Inconstruc depositó en manos del presidente la suma total (inclusive con un excento) fijada por el tribunal en el auto 1. Que aparece demostrado que Inconstruc pagó, además, los honorarios de los peritos Gómez y Nieto, y que se hicieron algunos gastos para el funcionamiento del tribunal. Todo eso está comprobado en el cuaderno de gastos.

Resta determinar el valor de las agencias en derecho que deberá pagar la parte vencida. En el proceso, tal como se advirtió desde la primera audiencia de trámite, el poder con que actúa la doctora Mabel Cecilia Monroy adolece de serios defectos, que sin alcanzar entidad suficiente para decretar nulidades u otros casos similares, sí justifica el que no se condene a la parte actora al pago en agencias en derecho.

6.2. Depósito a nombre del presidente del tribunal

De acuerdo con la ley, las partes deben cubrir, al comenzar el proceso arbitral, el valor de los honorarios y los gastos que se causen en él. Así se hizo en este proceso, en el cual el presidente, con las sumas a cargo de las partes, que fueron depositadas en su totalidad por la parte actora, abrió a su nombre, en el Banco de Bogotá, sucursal San Martín, la cuenta de ahorros 052-089-240. En el momento oportuno de acuerdo con la ley, pagó la mitad de los honorarios a que tienen derecho los árbitros y la secretaria, y los gastos que se ocasionan por el uso de las instalaciones de la Cámara de Comercio, y entregó una suma a la señora secretaria para atender gastos menores.

El saldo, que representa la mitad restante de los honorarios de árbitros y secretaria, y un remanente para gastos del proceso, permaneció en la citada cuenta donde obtuvo unos rendimientos financieros que, en criterio del tribunal, deben repartirse en forma proporcional entre los árbitros, la secretaria y la parte actora, que los depositó, porque el tribunal realiza los gastos por su cuenta.

6.3. Proporción

Inconstruc depositó \$ 80.659.269 pesos, de los cuales \$ 71.512.511 es decir 88.66% corresponde a los árbitros y a la secretaria y el 11.34% corresponde a Inconstruc. A cada árbitro le corresponde el 25.33% y a la secretaria el 12.67%. En esa proporción se repartirán los intereses pagados por el Banco de Bogotá.

6.4. Liquidación de condenas

6.4.1. Estado de la cuenta

| | |
|---|---------------|
| El presidente del tribunal recibió | \$ 80.659.269 |
| De ellos entregó: | |
| A cada uno de los señores árbitros, \$ 9.194.465 lo que arroja un total de | \$ 27.583.395 |
| A la secretaria | \$ 4.597.232 |
| A la Cámara de Comercio de Bogotá | \$ 4.779.698 |
| A Inconstruc Ltda., por retenciones en la fuente que ella pagó, incluidos los gastos necesarios para la expedición del cheque correspondiente | \$ 7.151.251 |
| Menos entregado a la señora secretaria | \$ 50.000 |
| Valor de intereses, menos impuestos, comisiones bancarias y retenciones en la fuente | \$ 2.039.540 |
| Saldo disponible es | \$ 38.537.233 |

6.4.2. Gastos

En el expediente aparecen constancias, debidamente comprobadas, de los siguientes gastos hechos para el funcionamiento del tribunal

6.4.3. Liquidación

6.4.3.1. Reparto de frutos

Como el valor neto de los intereses es de \$ 2.039.540

A cada árbitro corresponde \$ 516.820

A la secretaria \$ 258.410

Y a Inconstruc \$ 230.670

Como los honorarios de cada árbitro, deducidas la retención en la fuente es de \$ 9.194.465 al aumentarle el producido hace un total de \$ 9.711.285; para la secretaria \$ 4.855.642. Con esas bases se ordenarán los pagos correspondientes.

6.4.3.2. Protocolización

El saldo permanecerá en la cuenta abierta a nombre del señor presidente del tribunal hasta cuando protocolice el expediente y pague los gastos del caso. El producido pertenecerá a Inconstruc Ltda., porque el tribunal estima que la cesión que del derecho litigioso hizo Inconstruc al doctor Alfonso Beltrán no alcanza a esta suma que no estaba en litigio. Sin embargo el presidente obrará de acuerdo a las instrucciones que le de el doctor Beltrán que es cesionario del crédito y, además, apoderado con facultad para recibir de Inconstruc.

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal de Arbitramento integrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de

la Cámara de Comercio de Bogotá para fallar en derecho sobre la demanda presentada por Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda., contra el Instituto Nacional de Vías, Invías, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y debidamente habilitado por las partes,

FALLA:

1. Deséchense las súplicas de la demanda.
2. Condénase en costas a la parte actora, a quien, por lo tanto, no deberá devolverse ninguna suma, salvo el sobrante de que se habla en el punto 4°.
3. Declárase no probada la objeción por error grave formulada por la demandada contra el dictamen rendido por los peritos ingenieros Mauricio Nieto Reyes y Óscar Torres Gómez.
4. Una vez en firme el laudo entréguese a los árbitros y a la señora secretaria el saldo de sus honorarios, acrecidos con la parte proporcional de los rendimientos obtenidos por el depósito hecho a nombre del presidente del tribunal, en la cuantía establecida en la parte motiva.

El sobrante de la cuenta de ahorros a que se hace mención en la parte motiva, y que está abierta a nombre del señor presidente del tribunal será entregado por este a la parte actora, en la forma indicada en la parte motiva tan pronto como se protocolice el expediente.

5. Entréguese a la doctora Patricia Zuleta ciento dos mil ochocientos catorce pesos (\$ 102.814) y a la señora Claudia Rojas quinientos cuatro mil trescientos cincuenta pesos (\$ 504.350).
6. Envíese al Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, con referencia al proceso en el cual embargó los saldos a favor de Inconstruc copia auténtica del encabezamiento de esta providencia y de su parte resolutive.
7. Entréguese a la señora delegada de la procuraduría y a las partes copia completa de la presente providencia.
8. En la oportunidad legal se protocolizará el expediente en la Notaría 52 del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

Santafé de Bogotá, 12 de noviembre de 1999

En la fecha, en audiencia llevada a cabo en la sede del tribunal, con las formalidades legales se leyó el laudo anterior, y se notificó a las partes y al Ministerio Público en la forma prevista por la ley. Para constancia firmamos

Ingeniería y Construcción Ltda., Inconstruc Ltda. v. Instituto Nacional de Vías, Invías

Acta 14

En Santafé de Bogotá, 12 de noviembre de 1999, a las 4:00 p.m., se reunieron en la sede del tribunal, los doctores Bernardo Carreño Varela, presidente, José Antonio Lema V. y Alirio Gómez L., árbitros y la suscrita secretaria, con el fin de proferir el laudo en derecho. Igualmente se hicieron presentes los doctores Luis Hernán Ulchur Collazos apoderado de Invías y María Fernando Pedreros Sáchica apoderada parte quienes presentaron poderes de sustitución actora y la doctora Alena Manrique, delegada de la procuraduría en lo civil.

En consideración a lo anterior, el tribunal profirió el siguiente

Auto

Acéptanse las sustituciones que hacen los señores apoderados de las partes, el actor en cabeza de la doctora María Fernando Pedreros Sáchica, y la convocada al doctor Luis Hernán Ulchur Collazos, a quienes se reconoce personería.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

Enseguida, el presidente del tribunal toma la palabra para indicar que se está llevando a cabo la audiencia en la cual se leerá y notificará el laudo que ponga fin al presente proceso. Informó a la señora delegada de la procuraduría y a las partes que alguien que dijo llamarse Rafael H. Gamboa había hablado con la secretaria del tribunal para decirle que la tutela por él interpuesta había sido fallada favorablemente a sus pretensiones; pero que, el tribunal como tal ni los árbitros personalmente han sido notificados en forma legal, por lo cual se procederá a cumplir con el deber de proferir el laudo y que para el efecto le concedía la palabra a la señora secretaria quien en uso de ella lo leyó; el laudo no se incorpora al acta pero se adjunta debidamente firmado por los apoderados de las partes, por la delegada de la procuraduría —quienes se dieron por notificados de esa providencia—, y por los tres árbitros y por la señora secretaria.

El laudo se terminó de leer y de notificar a las 6:00 p.m., y luego de un breve receso, empleado para redactar la presente acta, se firma por quienes en ella intervinieron.
