

Laudo Arbitral

Diego Jaramillo Gómez

v.

Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, “CAR”

Mayo 5 de 1998

Acta N° 21

En la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a las tres de la tarde (3:00 p.m.), del día cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), fecha y horas señaladas en auto de 16 de abril de 1998, notificado personalmente por secretaría a los señores apoderados, se reunieron en la sede del tribunal, los doctores Humberto Mora Osejo, presidente del tribunal, Álvaro Tafur Galvis y Martha Cediél de Peña, árbitros y la suscrita secretaria.

Asistió el apoderado de la parte convocante doctor Alfonso Beltrán García.

Iniciada la audiencia, el presidente del tribunal autorizó a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso arbitral, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por unanimidad por los árbitros.

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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 Diego Jaramillo Gómez y de otra por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, “CAR”, en adelante CAR.

A. Antecedentes

1. Pacto arbitral

Entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, “CAR”, y Diego Jaramillo Gómez se celebró el contrato 040/96, para la construcción de la planta de aguas residuales y obras complementarias Madrid 1, del municipio de Madrid, departamento de Cundinamarca. Su cláusula vigesimoprimera contiene el pacto arbitral, cuyo texto es el siguiente:

“Vigesimoprimera. Cláusula compromisoria. En el evento en que se presenten diferencias entre las partes con ocasión de la celebración del contrato, estas tratarán de resolver sus diferencias directamente y de no ser posible se someterán a la decisión de árbitros, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993”.

2. El tribunal de arbitramento

Diego Jaramillo Gómez, persona natural, mediante apoderado judicial solicitó el 15 de octubre de 1996 la convocatoria del tribunal de arbitramento ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, presentando su demanda contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, “CAR”, y Camilo Nassar Moor, este, en su calidad de interventor del contrato. Admitida la demanda, el centro de arbitraje notificó a la CAR, quien le dio contestación oponiéndose a ella y además interpuso demanda de reconvencción para ser tramitada dentro del mismo procedimiento arbitral. El interventor del contrato, por su parte, se opuso a su vinculación a este proceso, por considerarse un tercero frente a la relación procesal debatida y al pacto arbitral existente en el contrato 040/96.

Contestada la reconvencción por el convocante, este además reformó la demanda original, la cual fue a su vez contestada por la CAR oponiéndose nuevamente a todas las pretensiones.

Así planteado el litigio, el centro de arbitraje, ante la falta de acuerdo entre las partes para la designación de árbitros, procedió a efectuar los nombramientos correspondientes, designando a los doctores Humberto Mora

Osejo, Álvaro Tafur Galvis y Martha Cediél de Peña, quienes aceptaron los cargos dentro de la oportunidad legal.

Por no existir ánimo conciliatorio entre las partes durante el trámite inicial, el 29 de mayo de 1997 se celebró la audiencia de instalación de este tribunal con asistencia de los árbitros designados, de la directora del centro de arbitraje y de los apoderados de las partes.

Instalado el tribunal, fue nombrado como presidente el doctor Humberto Mora Osejo y como secretaria la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien posteriormente tomó posesión del cargo (acta 2). La sede del tribunal fue fijada en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la secretaría en las oficinas de la doctora María Cristina Morales de Barrios.

Las sumas decretadas por concepto de honorarios fueron canceladas por mitades por Diego Jaramillo Gómez y por la CAR y consignadas a órdenes del presidente del tribunal oportunamente.

3. El proceso arbitral

Durante la primera audiencia de trámite, el tribunal asumió competencia para decidir las controversias suscitadas por razón del contrato 040/96, formuladas en la demanda y su reforma por Diego Jaramillo Gómez y las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenición por la CAR, así como las defensas planteadas en las respectivas contestaciones. El tribunal no asumió competencia para decidir las pretensiones de Diego Jaramillo contra Camilo Nassar Moor, dada su calidad de tercero frente al pacto arbitral (cláusula vigesimoprimera del contrato), origen de la jurisdicción arbitral.

El tribunal decretó las pruebas del proceso incorporando los documentos aportados por las partes; en audiencias fijadas para ello, se rindieron ocho testimonios y se practicaron los interrogatorios de parte solicitados; se presentaron dos dictámenes periciales: el uno de carácter contable y al otro rendido por ingenieros civiles; este, durante el trámite de su contradicción, fue objetado por la CAR y para la demostración de los errores graves señalados, el tribunal designó nuevos peritos ingenieros, quienes a su vez rindieron concepto sobre los supuestos errores.

Recaudado así el acervo probatorio, las partes acudieron a una audiencia de conciliación, la cual se desarrolló en tres sesiones (actas 18, 19 y 20), acordándose por las partes durante la última, un arreglo parcial de las controversias debatidas.

Oídos los alegatos de conclusión, el tribunal citó a las partes para esta audiencia de fallo.

El término legal de seis meses, que comenzó a correr el seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997), —primera audiencia de trámite—, fue suspendido por un mes (dic. 15/97 a ene. 15/98 - acta 13) y prorrogado por el tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 inciso 4° de la Ley 80/93, por el término de tres meses (acta 16), por lo cual el término expira el 6 de junio de 1998.

4. Ámbito del laudo arbitral

4.1. Partes

Tal como se estableció durante la primera audiencia de trámite, las partes que integran la relación sustancial (contrato 040/96) son la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, contratante y Diego Jaramillo Gómez, contratista. Es sobre ellas, sobre quienes recaerán los efectos de este laudo arbitral, tal como lo dejó establecido el tribunal al asumir competencia en la mencionada oportunidad procesal.

4.2. Tema a decidir

Procede el tribunal a delimitar las controversias que decidirá en este laudo arbitral, dado que por efectos de la conciliación parcial acordada por las partes (acta 20), algunos temas sobre los cuales asumió competencia durante la primera audiencia de trámite fueron solucionados directamente por Diego Jaramillo y la CAR, desapareciendo el litigio planteado sobre ellos.

Los términos del acuerdo conciliatorio aprobados y admitidos por el tribunal, sobre algunas de las controversias sometidas originalmente a su conocimiento, son los siguientes:

“La CAR pagará a Diego Jaramillo por concepto de sobrecostos por mayor permanencia en obra, la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$ 180.000.000) moneda corriente, en el término de un mes contado a partir de la fecha.

(...).

“La CAR desiste de las pretensiones contenidas en su demanda de reconvención”.

Así las cosas, el tribunal en su labor de interpretación de la demanda y teniendo presente los temas conciliados directamente por las partes limita su decisión a aquellas pretensiones que no fueron objeto del acuerdo y son las contenidas en la reforma de la demanda presentada por Diego Jaramillo Gómez, que a continuación se transcriben:

“Primera. Que circunstancias ajenas al contratista Diego Jaramillo Gómez y posteriores a la celebración del contrato de obra 040 de 1996, rompieron su equilibrio económico ...”.

“Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, y para restablecer el equilibrio económico del contrato 040/96, apunto de no pérdida, la CAR ... debe pagar a Diego Jaramillo Gómez, ...:

a) Los sobrecostos correspondientes al cambio de botadero o depósito de los materiales de excavación, con respecto al sitio previsto en la propuesta para la licitación pública del contrato 040/96, según estimación pericial.

(...).

Tercera. Que la CAR y ... debe(n) pagar las costas del proceso arbitral”.

Así las cosas, estas peticiones serán resueltas en lo que atañe únicamente al cambio de lugar de botaderos; los principales hechos en los cuales se fundamentan estas pretensiones son los relativos a las diferencias de las partes contratantes sobre la ubicación del sitio de botadero o depósito de materiales de descapote en los pliegos de la licitación 01 de 1995 abierta por la CAR, en la propuesta presentada por Diego Jaramillo Gómez y en el contrato estatal de obra 040/96, para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales y obras complementarias Madrid 1, suscrito entre Diego Jaramillo Gómez y la CAR, así como los sobrecostos en que, según el contratista, incurrió por tal razón.

También este laudo recaerá sobre la oposición presentada por el apoderado de la CAR en su contestación a la reforma de la demanda y sobre todos aquellos hechos que el tribunal encuentre probados y que constituyan excepciones de mérito, salvo aquellas que requieren alegación expresa de la parte demandada (CPC, art. 306).

5. Presupuestos procesales

Al asumir competencia para conocer y fallar las divergencias planteadas en este proceso, el tribunal analizó la capacidad de Diego Jaramillo Gómez, como persona natural y la capacidad de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, como ente corporativo de carácter público. Ambas partes comparecieron al proceso mediante apoderados especiales para el caso, quienes las representaron judicialmente con las facultades otorgadas por sus poderdantes, y son las que sirvieron de base para su reconocimiento e intervención en el proceso arbitral. Las divergencias que se deciden son susceptibles de transacción, como lo analizó el tribunal en providencia de 6 de agosto de 1997 (acta 3). El proceso se tramitó cumpliendo con todas las etapas y requisitos señalados por la ley, por lo cual el laudo que se dicta se pronunciará de fondo sobre el tema a decidir.

B. Objeción por error grave

Antes de determinar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el proceso y que son la base de las controversias que se decidirán mediante este laudo, corresponde al tribunal analizar la objeción por error grave formulada por el señor apoderado de la CAR al dictamen pericial rendido por los ingenieros señores Francisco Pérez Silva y Epifanio Forero Galvis; esto con el fin de establecer la eficacia del medio probatorio y su aptitud para conferir al tribunal certeza sobre los hechos técnicos allí examinados que fueron su objeto.

Mediante providencia dictada durante la primera audiencia de trámite (acta 3 –ago. 6/97) el tribunal designó a los ingenieros civiles Francisco Pérez Silva y Jorge Triana Soto como peritos para rendir el dictamen solicitado en la demanda por Diego Jaramillo Gómez. Sus nombres fueron escogidos de lista enviada para tal efecto, por la Sociedad Colombiana de Ingenieros; al no aceptar el cargo el ingeniero Jorge Triana Soto, de la misma lista, se designó al ingeniero Epifanio Forero Galvis, quien, junto con el ingeniero Pérez Silva rindió oportunamente el dictamen pericial solicitado.

Durante el trámite de contradicción, ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, de las cuales fueron decretadas todas las presentadas por el apoderado de Diego Jaramillo Gómez y solamente algunas de las presentadas por el apoderado de la CAR, por las razones que el tribunal expuso en auto de fecha 23 de octubre de 1997 (acta 10); los peritos aclararon y complementaron los temas decretados en el término fijado por el tribunal.

Dentro del término previsto por el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil el señor apoderado de la CAR objetó por los errores graves en que, según su memorial, incurrieron los peritos en sus conceptos. Para demostrarlos pidió la práctica de un dictamen de ingenieros, el cual fue decretado por el tribunal y fue rendido por José Manuel Escallón y Bernardo Cerón, peritos escogidos de la lista enviada al proceso por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, quienes efectuaron además las aclaraciones solicitadas por la CAR y decretadas por el tribunal (acta 13).

Es el laudo, según lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley 23 de 1991, la oportunidad para decidir la objeción y a ello procede el tribunal, analizando los supuestos errores, su existencia y el grado de gravedad, que tienen que ver con los temas sobre los cuales no recayó el acuerdo conciliatorio de las partes (acta 20 mar. 5/98) y son los identificados por el objetante como 1, 4, 5, 6 y 7, dado que el señalado como número 3 no fue objeto del dictamen pericial rendido por los ingenieros Cerón y Escallón, por haber considerado el tribunal que su tema era referido a hechos objeto del laudo arbitral (acta 13).

Procede entonces el tribunal, por separado, a decidir el tema en cuestión pero antes de hacerlo considera de la mayor importancia precisar los límites del error grave y dentro de ellos analizar la ocurrencia de aquellos formulados como base de las objeciones.

“ El código judicial —afirma el doctor Antonio Rocha— que rigió hasta la expedición del actual (que es la Ley 105 de 1931) ⁽¹⁾ no hablaba de error grave sino de error esencial, calificación que aproximaba el problema a las normas de filosofía.

La jurisprudencia de aquellos tiempos (véase por ejemplo la sustancial obra de Luis F. Latorre “Jurisprudencia Razonada del Tribunal Superior de Bogotá”, 1917 a 1923, Tipografía Moderna, Bogotá, 261 a 272) vinculaba el error esencial que la ley exigía como causa justificativa de la objeción a un dictamen, a la esencia de la cosa, es decir, a sus atributos permanentes e invariables y que constituyen su ser y su naturaleza, no a las cualidades accidentales de ella, como lo sería su valor o su precio, lo cual no impedía que pudiera haber error esencial en los avalúos, o lesión enorme en las ventas apreciadas pericialmente. El actual código solo exige el error grave.

“Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción es, sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas, sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial ...”.

(...).

“Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades objetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse” ⁽²⁾ .

El actual Código de Procedimiento Civil, Decreto 2282 de 1989, en su artículo 238 regula el procedimiento para la contradicción de la pericia y en su numeral 4 confiere a las partes el derecho de objetarla por error grave “... siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubiesen llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas ...” (el CPC, D. 1400/70, en el art. 238, solamente decía “objeción por error grave”).

Esto significa que la norma actual le exige al juez la apreciación de la prueba, permitiéndole separar aquellos temas que a pesar de estar equivocados, son irrelevantes, pues no inciden en los resultados y conclusiones de la pericia y en su numeral 4 le señala dos claros parámetros para establecer la existencia del error grave: que haya sido determinante de las conclusiones a que hubiesen llegado los peritos o por que el error se haya originado en estas. Con estas orientaciones analizará los errores formulados por el señor apoderado de la CAR.

“1. Error de cálculo al considerar que la distancia entre la planta de Madrid al botadero y la planta de Mosquera es de 1.200 metros, cuando es solamente de 900 metros”.

Esta medición, había sido motivo de aclaración por parte de los ingenieros Forero Galvis y Pérez Silva quienes habían conceptuado:

“Si se analiza el plano del anexo 1 del experticio conjuntamente con el acta de medición de longitudes de transporte, se ve claramente la aparente discrepancia de 300 metros; con ello se desvirtúa esa y todas las insinuaciones de error aritmético que de él pudieron derivarse, exclusivamente imputables a eventos interpretativos” .

Los ingenieros Escallón y Cerón manifestaron al respecto:

“Estando las partes de acuerdo en que las distancias entre la planta de Madrid I (c. de gravedad) punto A y el botadero (c. de gravedad) punto D es de 6.100 metros, la distancia adicional a transportar material entre los puntos A y E es de 900 metros. Es evidente que la incidencia de esta diferencia, habiéndose transportado un total de $162.920.64 \text{ m}^3$, pierde importancia”.

Sobre este concepto el señor apoderado de la CAR les solicitó a los peritos rectificar las operaciones aritméticas con base en la conclusión de que la distancia sí es de 900 metros; a esto respondieron:

“Mayor distancia de acarreo: 300 metros

“En nuestro criterio no puede considerarse error grave una diferencia del 5.93 por mil. El tribunal juzgará sobre esta aseveración”.

Considera el tribunal

Según los conceptos periciales transcritos, la cantidad adicional de 300 metros calculada en la distancia entre los puntos atrás mencionados, corresponde al 0.593% de la distancia calculada en el dictamen original, incremento que no es relevante para la conclusión del mayor costo por transporte al nuevo sitio del botadero, ya que es mínima su incidencia en los cálculos finales; por tanto, acoge el criterio de los ingenieros Escallón y Cerón, al considerar que no existe error grave en este punto de la pericia, por no afectar en forma grave las conclusiones de la misma.

Al momento de apreciar en conjunto los dictámenes practicados en el proceso, el tribunal determinará cuál de los criterios técnicos, es el que, sobre este punto, le confiere certeza para fundamentar su decisión. El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil en su inciso 2º prescribe:

“Si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, “excepto cuando prospere objeción por error grave”.

“4. Error grave al tomar los peritos como base de cálculo de la pretensión del demandante, de obtener el reconocimiento y pago de mayores costos por el acarreo de una mayor distancia, el valor total del ítem “descargue,

acarreo y disposición final de material sobrante”

5. Error grave al utilizar como mecanismo de actualización de precio el precio pactado por el contratante el 10 de septiembre de 1997 en el contrato adicional para el ítem “descargue, acarreo y disposición final de material sobrante para las excavaciones del emisario final””

Los supuestos errores transcritos, se refieren al cálculo del costo del ítem 24 de las especificaciones técnicas de la licitación pública internacional 01/95, denominado “descargue, acarreo y disposición final de los materiales sobrantes”, y su actualización; dada la comunidad del tema, el tribunal los estudiará conjuntamente:

A juicio del objetante, los métodos empleados por los peritos para llegar a las conclusiones (valor del ítem 24 y su actualización), son errados, por tanto también considera errados los resultados del dictamen sobre este tema.

Los ingenieros Pérez y Forero al responder la pregunta del apoderado de Diego Jaramillo Gómez, referida al valor del ítem 24, teniendo en cuenta el sitio del botadero en la hacienda del doctor Diego Uribe Vargas, proyectaron dos cálculos basados en criterios distintos para que el tribunal acogiese el que considerara que jurídicamente más se ajusta a las circunstancias de hecho del contrato.

El apoderado de la CAR en su objeción a esta respuesta consideró que los peritos debieron desagregar los costos del ítem, en sus diversas actividades y realizar sus cálculos solamente en relación con el pretendido mayor costo por el acarreo, sin incluir el descargue y la disposición final del material sobrante.

Para conceptuar sobre esta objeción los ingenieros Escallón y Cerón, consideraron que en efecto se incurrió en una inconsistencia en el dictamen por esta razón, dado que la licitación establece que, “el precio unitario debe incluir todos los costos de transporte, equipo y mano de obra necesaria para la correcta disposición, compactación, nivelación y drenaje de las zonas del botadero”. Sin embargo, explicaron que en las especificaciones técnicas del ítem existe imprecisión en la determinación del trabajo a ejecutar, puesto que no se establecen parámetros claros sobre el porcentaje de compactación ni el costo de los equipos que deben emplearse, haciendo difícil al contratista evaluar con exactitud el costo de estos trabajos. Resaltaron además que los componentes: descargue y disposición final del material, no son determinantes dentro del precio final del ítem.

Al responder a la aclaración solicitada por el apoderado de la CAR, relativa al análisis del precio unitario del ítem 24, fue necesario que los peritos examinaran el libro de bitácora de la obra y con base en los trabajos realizados y sus costos, dedujeron el valor de los componentes del costo unitario directo del ítem 24.

Discriminando con este método cada una de las actividades que lo componen y concluyendo que el precio del transporte es de \$ 1.322 y el de disposición de material \$ 174, se obtuvo que el costo del ítem 24 por m³ fue de \$1.496 según los costos reales del contrato.

Para el tribunal, es evidente que existe una diferencia entre el precio calculado en el dictamen rendido por los ingenieros Pérez y Forero, frente al precio calculado por los ingenieros Escallón y Cerón. Sin embargo, no ve un error conceptual que afecte las conclusiones del dictamen en su integridad, sino una base diferente para realizar las operaciones y cálculos, justificada por la interpretación del pliego de licitación y la oferta del contratista, en los cuales se aprecia la dificultad que quiere la CAR señalar como error del dictamen, dado que en ellos no se discriminaron por precios las diversas actividades componentes del ítem.

Por tanto, el tribunal no encuentra error en los cálculos efectuados en el dictamen objetado, sino una metodología diferente para obtenerlos, lo cual no implica de por sí equivocación alguna, que le lleve a encontrar el error grave formulado por el apoderado de la CAR. Al momento de decidir sobre este punto en particular (valor del ítem 24 y su actualización) determinará cuál es el criterio pericial que más se ajusta a la decisión jurídica que tomará respecto del hecho debatido (art. 241 inc. 2º).

El transcrito error número 5, fue desvirtuado por los ingenieros Escallón y Cerón al conceptuar que el ítem comprende todos los materiales provenientes de las excavaciones, sin diferenciar si el trabajo se efectuó en las lagunas de oxidación, en el emisario final o en cualquier otra actividad. Mediante este claro concepto, basado en las especificaciones de la licitación, los peritos no encontraron error grave en este punto del dictamen pericial y el

tribunal acoge su criterio por serle absolutamente clara y concreta su explicación.

“6. Error grave porque los peritos ignoraron que los precios pagados incluyeron invariablemente los reajustes pactados; error igualmente al aplicar como índice inicial para calcular el valor presente el 30 de junio de 1995, cuando aun no se había abierto la licitación”

Los ingenieros Escallón y Cerón, al analizar este específico punto son enfáticos al llamar la atención del tribunal sobre que en la página 6 del dictamen pericial, acápite B.2 se establece claramente que “estos valores se encuentran sin aplicarles la fórmula de reajuste estipulada en el contrato. Por otra parte, el índice inicial para calcular el valor presente debe partir de la fecha establecida por la CAR, para cualquier efecto en los pliegos de condiciones donde aparece claramente estipulado: fecha actualización julio/95”. Al tribunal esta explicación le basta para entender que no existe error alguno en los cálculos de actualización a valor presente elaborados en el dictamen pericial, sino inadvertencia del objetante en las explicaciones del dictamen y en las normas fijadas en la licitación.

“7. Error grave en la respuesta a la pregunta 2, porque no respondieron la pregunta “Establecer la diferencia entre los dos precios únicos para el volumen total de m3 por excavar, transportar y expandir”

Este supuesto error también se refiere a la fijación del precio unitario correspondiente al ítem 24 de la licitación, denominado “descargue, acarreo y disposición del material sobrante”.

Encuentra el tribunal que los ingenieros Escallón y Cerón discriminaron y evaluaron por separado las actividades que integran dicho ítem, como se estudió al analizar el señalado error 5; también encuentra que aplicaron el precio del transporte del material sobrante a la distancia recorrida al lugar del botadero como se analizó al estudiar el denominado error número uno; por consiguiente no entiende el tribunal cuál es el error al que se refiere el objetante, como tampoco los ingenieros Escallón y Cerón, quienes conceptuaron que no existe un tema diferente de los ya tratados.

Es claro para el tribunal que sobre los temas referidos a este ítem no se presentan errores graves en el dictamen rendido por los ingenieros Pérez y Forero, ya que las diferencias presentadas en la distancia de acarreo y en la composición del precio de esta actividad son de carácter conceptual e interpretativo y no afectan las conclusiones del dictamen pericial técnico.

Corresponde al tribunal, al analizar los hechos en que se basan las pretensiones que ha de decidir, valorar los conceptos rendidos, teniendo 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 (CPC, art. 241).

C. Tacha de testigos

El artículo 113 de la Ley 23 de 1991, determina que es el laudo la oportunidad para resolver sobre las tachas a los testigos. Procede a ello el tribunal sobre las formuladas por el apoderado de la CAR a las declaraciones del señor Alejandro Gómez Koop y del señor Héctor Osuna, durante los testimonios rendidos a solicitud de la parte convocante de este proceso arbitral.

Por considerar que el señor Alejandro Gómez Koop, fue afectado de manera directa por la ubicación del lugar del botadero de desechos fuera de los terrenos de la Hacienda Casablanca, de la cual es propietario, el apoderado de la CAR tachó su testimonio; también lo objetó, por razón de la existencia de un litigio del testigo contra la CAR.

Según lo expresó el apoderado, la querrella se ocasionó en los hechos que se debaten en este proceso y por tanto el testigo tenía intereses directos en contra de la CAR al rendir su declaración.

En la audiencia, el tribunal informó al testigo sobre el objeto de este proceso y le solicitó referirse al conflicto con la CAR, sobre lo cual este relató que en efecto se trató de una querrella policiva en 1992 instaurada por la CAR contra los propietarios de la Hacienda Casablanca y la Hacienda El Nopal, por considerarlos “invasores u ocupadores” de bienes de uso público; este trámite, según el declarante, fue finalizado por desistimiento conjunto de las partes dado que se llegó a un acuerdo privado entre ellas.

Analizado por el tribunal el testimonio objetado, y las razones para ello, no encuentra en el contenido de la declaración razón alguna que le permita dudar de la imparcialidad del testigo, así como tampoco encuentra justificado el motivo de la tacha, pues el acuerdo para finalizar la controversia o querrela aludida por el apoderado de la CAR, no demuestra que exista causal de enemistad del señor Gómez Koop contra esta entidad. Por tal razón, al decidir “las pretensiones de la demanda, una vez determinada la pertinencia de la prueba, el tribunal la valorará en conjunto con las demás que obran en el proceso”.

Con relación a la tacha formulada por el apoderado de la CAR al testigo Héctor Osuna, el tribunal encuentra que se fundamenta en que “depende laboralmente del demandante y porque la forma en que asume ciertas aseveraciones denotan de manera fehaciente que él tiene una carga emocional y espiritual muy grande frente al asunto” .

En efecto, de las condiciones generales del testigo relatadas al tribunal, se deduce que trabajó como empleado de Diego Jaramillo durante la ejecución del contrato objeto de este proceso y de que le constan todas las circunstancias de hecho que lo rodearon a partir de la propuesta, incluida la visita al lugar de la obra; sin embargo, esta relación laboral no implica por sí misma parcialidad en la declaración rendida en el proceso. Entiende el tribunal que el objeto de este testimonio fue el tratar de demostrar, por parte del demandante, que el lugar del botadero estaba previsto por la CAR en los terrenos de la Hacienda Casablanca, desde antes de formalizar el contrato y así se lo había dado a entender a todos los proponentes; por tal razón, Diego Jaramillo había estructurado el precio del ítem 24 con base en tal distancia.

Estos hechos, corresponden al ámbito laboral del demandante y por tanto el testigo es idóneo para rendir testimonio sobre ellos, ya que ha tenido una injerencia directa en todo lo relacionado con la formulación de la propuesta y la adjudicación del contrato, por haber presenciado e intervenido en los preparativos y definiciones que ello implica.

Para el tribunal no hay demostración alguna de carga emocional del testigo pues su declaración fue coherente y sólida sin advertirse en ella contradicciones o afirmaciones diferentes a la descripción objetiva de unos hechos, sobre los cuales, tal como él los relató, no existe en el proceso prueba en contrario. Por consiguiente, no prosperará la tacha a este testigo y el tribunal valorará su declaración al decidir las controversias planteadas en este proceso.

Consideraciones del tribunal sobre la conformación del acuerdo de voluntades en relación con el sitio de botadero

A partir de la conciliación, como ya se dijo, el alcance del conflicto que debe dirimir el tribunal se contrae a establecer si en efecto, como lo pretende el demandante, con ocasión del denominado “cambio de botadero” se produjeron sobrecostos que deban ser asumidos por la entidad demandada con fundamento en el rompimiento del equilibrio financiero del contrato por causas que le son ajenas, o si, por el contrario, se trata de sobrecostos, que, si en efecto se produjeron, deben ser asumidos por el propio convocante.

El conflicto así planteado debe partir del análisis de las pruebas que obran en el proceso respecto de la voluntad de las partes con relación al sitio donde habrían de colocarse los escombros producto de las excavaciones de la obra cuya construcción asumió el ingeniero Diego Jaramillo con fundamento en el contrato 040.

La celebración del contrato 040 estuvo precedida de licitación pública, lo cual implica que deben tenerse en cuenta los pliegos de licitación, las comunicaciones que con ocasión de la expedición de los mismos se cruzaron la CAR y los proponentes, la propuesta presentada por el ingeniero Jaramillo, el acto de adjudicación y por supuesto el contrato, pues todos ellos constituyen la voluntad de las partes en relación con el centro del conflicto.

Obran en el expediente los siguientes documentos que constituyen la base del análisis del tribunal: El pliego de condiciones, la oferta y el contrato.

1. El pliego de condiciones

Asumido que el pliego de condiciones de la administración licitante constituye un acto administrativo en el cual la administración consigna, de una parte, su invitación a contratar y de otra, las reglas del juego de la selección, debe el tribunal analizar su contenido en lo que se refiere a las condiciones que fueron establecidas y que inciden en la materia objeto del conflicto.

Revisado este aspecto el tribunal encuentra que la CAR consignó las siguientes previsiones de tipo general:

1.1. Visita obligatoria al sitio de la obra. Bajo este numeral en relación con el tema, la CAR precisó que los proponentes tenían el deber de visitar “los sitios donde se ejecutarán las obras, para informarse en general de todas las circunstancias ... y en especial ... sitios para disposición de materiales ...”.

1.2. Documentos que debía contener la propuesta. De conformidad con el tenor literal del numeral 1.3.2., relativo a los documentos de la propuesta, solo los consorcios y uniones temporales debían presentar, entre otros, el “(d) El formulario de cantidades y precios debidamente diligenciados de conformidad con el numeral 1.3.5 que al respecto precisa que no se requiere realizar el análisis de los precios unitarios ya que no serán objeto de revisión. Los precios unitarios serán presentados para cada ítem en el formulario de cantidades y precios de obra (cantidades de obra, sus precios unitarios y valores totales) y no será responsabilidad de la CAR las omisiones voluntarias o involuntarias del proponente en la fijación de los precios unitarios”.

1.3. Formulario de cantidades y precios de obra. En el numeral 1.3.5 se precisó sobre el contenido del formulario de cantidades y precios y se indicó entre otros:

a) Que dicho formulario debería contener el presupuesto completo de la obra, el suministro de materiales, transportes, mano de obra, equipos y accesorios licitados y que por lo tanto este sería el formulario básico de las propuestas;

b) Que debían anotarse los precios aproximados al peso para cada uno de los ítems, y

c) Que los precios allí consignados no se podrían modificar y que con base en los mismos se establecería el valor de la propuesta y la comparación económica de las ofertas.

1.4. Análisis de precios unitarios. El numeral 1.3.6. señala que no se requiere el análisis de los precios unitarios ya que no serían objeto de revisión, que debían ser tramitados para cada ítem y que no serían responsabilidad de la CAR, las omisiones voluntarias o involuntarias del proponente en la fijación de precios unitarios. Se agrega que “con su participación el proponente da por aceptado que para la fijación de los precios unitarios de la misma tuvo en cuenta todos los gastos que deberá hacer para la realización de las obras a que se refieren esos precios ...”.

1.5. Evaluación de las propuestas. En los numerales 1.4 la CAR consignó la información relativa a la forma en que se llevaría a cabo la evaluación de las propuestas y la adjudicación de la licitación. Bajo el numeral 1.4.1 se consignaron las causales de rechazo de las propuestas; dentro de estas, para el caso que nos ocupa resultan relevantes las consignadas bajo los literales (g) y (l). En el primero se indica que será causal de rechazo la modificación del formulario de cantidades y precios y en el segundo que la omisión de alguno de los documentos de la propuesta señalados en el ítem 1.3 al que se hizo referencia y dentro de los cuales se encuentra el formulario de cantidades y precios.

En relación con la metodología de evaluación se precisó, entre otras cosas, que se verificaría el valor de las propuestas, capacidad de contratación y plazo propuesto. Se indicó que la adjudicación se haría a la propuesta evaluada como la más baja.

1.6. Formulario de cantidades y precios para estructuración del valor de la planta de tratamiento. En los formularios de cantidades y precios que debían ser tramitados por los proponentes, se encuentra el que debía diligenciarse para establecer el valor de la oferta en relación con la planta de tratamiento. En este, el ítem 24 corresponde a “Descargue, acarreo y disposición final de material sobrante”. La unidad prevista fue el m³ y la cantidad estimada por la CAR fue de 164.000 m³.

En lo que hace a previsiones directamente vinculadas con el sitio de botadero, la CAR consignó bajo el aparte correspondiente a las especificaciones técnicas lo siguiente:

“1.5. Especificaciones técnicas.

19.1. Descripción.

El contratista deberá seleccionar los sitios de botadero y disposición final de los materiales sobrantes y estos deberán ser aprobados por la interventoría.

Todos los materiales provenientes de las excavaciones, los residuos y los desperdicios provenientes de las obras, deberán ser retirados de los sitios de trabajo y llevados a las zonas de botadero o de depósito, si no resultan adecuados para la utilización en las obras. El contratista deberá obtener por su cuenta y a su costa los permisos correspondientes con los propietarios de los predios donde se dispondrán los materiales.

Antes que el contratista inicie los trabajos de excavación, deberá someter para la aprobación de la interventoría, detalles completos de los sitios de disposición y características del equipo de transporte, volúmenes a ser depositados y sistema de compactación de los materiales y cualquier otra información adicional que la CAR considere necesaria. Solamente después de que el plan presentado por el contratista sea aprobado por la interventoría, este podrá iniciar los trabajos de excavación. Esta aprobación no exime al contratista de la responsabilidad de asumir todos los riesgos y costos por emplear tal plan.

Las zonas de botadero o de depósito deberán dejarse en condiciones satisfactorias de nivelación y drenaje. El contratista preparará adecuadamente estos sitios y colocará los materiales en forma adecuada para obtener estabilidad. Si el interventor considera inadecuada su colocación, ordenará al contratista cambiar la disposición de los materiales, sin que esto sea motivo de algún tipo de reclamo o pagos adicionales.

Solamente cuando sea aprobado por la CAR, los materiales excavados en tramos diferentes que tengan características similares, podrán ser almacenados por el contratista en el mismo sitio.

El acarreo y el manejo de los materiales excavados hasta las zonas de botadero y la obtención, preparación y conformación de estas zonas, serán efectuados por el contratista.

Con la presentación de la propuesta, el contratista se obliga a cumplir con todas las normas establecidas en el código de los recursos naturales y en los acuerdos expedidos por la corporación, con respecto a la disposición de residuos sólidos”.

2. La oferta.

El ingeniero Diego Jaramillo Gómez presentó su oferta y en lo que se refiere a sitio de botadero obran en el expediente los siguientes documentos:

- a) Carta que con fecha 18 de septiembre remitió el contratista al secretario general de la CAR solicitando precisiones sobre el punto, y
- b) Formulario de precios unitarios debidamente diligenciado, en el cual estableció un precio unitario y un precio total para el ítem 24.

3. Documentos previos al contrato examinados por el tribunal

3.1. Escritura pública 2939 del 8 de septiembre de 1994.

3.2. Carta con fecha 12 de septiembre de 1995 dirigida a la CAR, en donde la administradora de la Hacienda Casablanca informa cual sería el único sitio donde se permitiría arrojar la tierra de las excavaciones.

3.3 Carta del secretario general de la CAR al ingeniero Jaramillo Gómez en la cual le comunica la adjudicación del contrato.

4. El Contrato 040 suscrito por las partes el 5 de marzo de 1996.

Las pretensiones

1. Como ya se expresó, mediante la primera pretensión el demandante persigue que se declare que circunstancias ajenas a él, y posteriores a la celebración del contrato de obra 040 de 1996, rompieron su equilibrio financiero y no

permitirán terminar la obra en el plazo previsto inicialmente.

A través de la segunda pretensión (tal como ella subsiste luego de la conciliación ocurrida en la oportunidad procesal) el demandante pide que como consecuencia de la declaración de rompimiento del equilibrio económico y para el restablecimiento del mismo “a punto de no pérdida”, se ordene a la CAR pagarle los sobrecostos correspondientes al cambio de botadero o depósito de los materiales de excavación “con respecto al sitio previsto en la propuesta para la licitación pública del contrato 040/96, según estimación pericial”.

2. En la demanda se invocan, como fundamentos de derecho de las pretensiones formuladas, “Ley 80 de 1993 —26 ord. 3°—, artículo 25 ord. 12, art. 24 ord. 25 (sic); art. 4° —ord. 3° y 8°—; artículo 5° ordinal 1°; artículo 25, ordinales 13 y 14; artículo 27; artículo 53”. También se enuncian, el artículo 1603 del Código Civil, los artículos “428 y siguientes” del Código de Procedimiento Civil y los decretos 2279 de 1989 y 2651 de 1991.

3. En la parte de antecedentes del presente laudo se ha efectuado el recuento de los hechos en que se basan las pretensiones, igualmente en los alegatos de conclusión las partes se han referido a los mismos y a las pruebas en que se ha buscado su sustentación.

De los alegatos de conclusión, el tribunal, en este punto, estima pertinente destacar:

— El señor apoderado de la parte demandante expresa que en el ámbito de derecho contractual público se introdujo una excepción al individualismo contractual más amplia que las aceptadas en el derecho privado “... que se extiende a todas las situaciones de desequilibrio económico con respecto a la equivalencia prestacional inicial. Se ha enunciado como el derecho de las partes contratantes a que se restablezca el equilibrio económico inicial, cada vez que sea roto por motivos ajenos a su responsabilidad. Naturalmente que solo se aplica para contratos cuyas obligaciones o parte de ellas deban cumplirse en tiempo futuro, y especialmente para contratos de ejecución sucesiva”.

Conforme al criterio del señor apoderado, en el derecho público, los riesgos del contrato, incluso los de fuerza mayor, corresponden al Estado para que el contratista siempre esté obligado a la continuación del contrato. A su juicio la Ley 80 de 1993 extendió la obligación de reembolsar los mayores costos en que hubiera de incurrir el contratista a “todos los casos de desequilibrio y sobrecostos del contrato no debidos a culpabilidad del contratista”. “Y la ley no se contentó con hacerlo en una sola norma; utilizó seis: artículo 4°, ordinales 3° y 8°, artículo 5°, ordinal 1°, artículo 25, ordinales 13 y 14 y el artículo 27. Es decir, la ley no quiso que se dudara sobre este derecho que consideró fundamental”.

Arguye el señor apoderado que de acuerdo con los resultados de los dictámenes periciales decretados y practicados resultó evidente que el contratista “experimentó un sobrecosto muy apreciable en su contrato con la CAR, por el hecho de que debió transportar y extender materiales de excavación en un sitio más distante que el previsto y en condiciones mucho más difíciles. Que incluso debió transportar y extender 20.000 m³ de materiales a sitios ordenados por la CAR ...”.

— El señor apoderado de la parte demandada, a su turno, hace un recuento de la evolución de la teoría del equilibrio económico financiero del contrato y trae a colación tanto doctrina extranjera como la legislación colombiana que sucesivamente ha regido sobre el particular. Con invocación de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado busca fijar el sentido de los principios y reglas propios de la materia a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, cuyas disposiciones, como ya se vio, han sido invocadas por la parte demandante, entre los fundamentos de derecho de las pretensiones formuladas.

Sobre el particular, expresa el señor apoderado que “resulta entonces perfectamente claro que el principio del equilibrio financiero o ecuación económica del contrato, definido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, consiste en el derecho-deber para ambas partes de mantener durante la ejecución y liquidación del contrato la ecuación obtenida al momento de proponer en los casos de licitación pública o de contratar, cuando se trate de contratación directa”.

Así mismo, en torno de lo dispuesto en los artículos 4° numeral 4.3 y 5°, numeral 5.1, de la Ley 80 de 1993, expresa que “... podemos afirmar que el equilibrio que la ley obliga preservar es el existente al momento de

proponer, obviamente cuando la oferta es acogida por la entidad pública mediante la adjudicación del contrato”. Y con invocación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil concluye que “... quien pretenda obtener el reconocimiento en su favor del restablecimiento del equilibrio financiero quebrantado, debe probar que las condiciones de su oferta acogida por la administración y por ende las condiciones en que se celebró el contrato, fueron modificadas por la administración una vez entró en la etapa de ejecución del mismo”.

El señor apoderado de la parte demandada luego de efectuar un repaso de los hechos de la demanda afirma que “el actor inequívocamente demanda el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato originado en una supuesta decisión unilateral de la administración que modificó las condiciones pactadas en el contrato”. Por eso, a su juicio, lo primero que debe probar el demandante en el proceso “es que existan esas condiciones iniciales, es decir, concretamente que las partes habían pactado, mediante la adjudicación de la licitación o el contrato, un sitio específico de botadero y que el mismo fue luego cambiado por la administración”. Y luego de analizar las pruebas practicadas, en especial la testimonial que obra en el expediente en relación con la forma como se llegó a la determinación del sitio del botadero, señala que “en ninguna parte de la propuesta el contratista señaló ese sitio (el de la Hacienda Casablanca) ni ninguno otro como de botadero y si lo hubiera hecho no se habría sometido al pliego de condiciones lo que hubiera ocasionado el rechazo de la propuesta. También expresa el señor apoderado de la parte demandada que de conformidad con el pliego de condiciones numeral 136 “Análisis de precios unitarios”, el contratista no debía acompañar el análisis de precios unitarios “por ello tampoco podía deducirse del mismo que su propuesta se refería a un sitio específico de botadero” .

4. En armonía con las consideraciones atrás expresadas acerca del contenido mismo del acuerdo de voluntades plasmado en el contrato 040 y en los documentos que hacen parte del mismo “y obligan jurídicamente a las partes” (cláusula quinta del contrato), el tribunal destaca que según lo expresado en la cláusula segunda del contrato 040, la construcción de las obras objeto del contrato se ha de realizar, precisamente, “de conformidad con la descripción, especificaciones, cantidades y precios de la propuesta, que hace parte íntegramente del presente contrato”. Así mismo, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo primero de la mencionada cláusula segunda, el contratista declara que los precios unitarios establecidos en ella son precios fijos e incluyen todos los gastos directos e indirectos para la ejecución de la obra y por tanto será su única remuneración por la obra contratada” .

5. De conformidad con el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 los servidores públicos han de tener en consideración que al celebrar contratos y con su ejecución, “las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la ejecución de dichos fines” .

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

Así mismo, de acuerdo con el mandato del artículo 28 de la Ley 80 de 1993 “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

Dentro del marco de esas normas de principio y en consonancia sistemática con las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, estima el tribunal que deben resolverse los litigios que surjan entre las partes de un contrato celebrado, precisamente, por las entidades estatales.

En este orden de ideas, el tribunal, teniendo en cuenta lo estipulado por las partes en la cláusula tercera del contrato 040 debe considerar las disposiciones de los artículos 4° y 5° de la misma Ley 80 de 1993, en los cuales se establecen los derechos y deberes tanto de las entidades estatales como de los contratistas dentro de los contratos que aquellas deben celebrar para el cumplimiento de las finalidades y funciones a su cargo.

Así, el mencionado artículo 4°, en su numeral 8°, prevé que las entidades estatales “adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y

financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso o de contratar en los casos de contratación directa”. Dispone la norma en mención que, para el cumplimiento de dicho deber, las entidades “utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”, normas claras que por su naturaleza pública no son negociables y resultan abiertamente vulneradas por toda condición que imponga al contratista la presentación de ofertas o la suscripción de contratos con precios fijos e inmodificables.

El artículo 5º, en regla complementaria de la disposición que se viene de citar, preceptúa que los contratistas “Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”.

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

En consonancia con estas disposiciones, el artículo 27 de la misma Ley 80 de 1993 bajo el epígrafe “De la ecuación contractual”, prevé que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Frente a situaciones no imputables al afectado, que rompan la dicha ecuación, deben tomarse las medidas necesarias para su restablecimiento. La disposición legal alude a que en esos supuestos “las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

Para garantizar la adopción de medidas que al respecto hayan de adoptarse, la propia ley impone a las entidades estatales el deber de incluir en sus presupuestos apropiaciones globales destinadas a cubrir los costos imprevistos ocasionados por retardos en los pagos o aquellos costos que se originen “en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados” (L. 80/93, art. 25, num. 14).

En torno a la ecuación económica del contrato y de las obligaciones de restablecimiento del equilibrio económico, cuando este resulte alterado, es pertinente traer a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, que por otra parte han sido aducidos por los apoderados de las partes en sus escritos de conclusión:

La ecuación financiera del contrato “es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no ...” y que “... es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando este se rompa en aquellos casos no imputables al contratista por distintas circunstancias. Frente al mandato legal, mal podría el juez de dicho contrato desconocer, sin razón, los preceptos normativos ...” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. oct. 24/96. Exp.11632).

También ha señalado el Consejo de Estado “... se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su co-contratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y a un extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones oficiales de contratación” (Sección Tercera, sent. mayo 09/96. Exp. 10151).

6. Entonces, el análisis de la ruptura del equilibrio económico del contrato, en armonía con los citados artículos 42, 52 y 27 de la Ley 80 de 1993, debe referirse a la ecuación económica plasmada en la propuesta que dentro del marco trazado en el pliego de condiciones de la licitación 01 de 1995 fue formulada por el contratista y aceptada

por la CAR al adjudicarle a aquel la construcción de la planta de tratamiento de Madrid I, mediante Resolución 246 de 15 de febrero de 1996.

6.1. El señor apoderado de la CAR, como ya se destacó, ha puesto de presente que la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato solo puede predicarse frente al acuerdo de voluntades plasmado en el contrato y cuando la ecuación allí establecida haya resultado alterada por efecto de modificaciones ulteriores a la celebración del contrato, en su ejecución. En ese orden de ideas ha recalcado a lo largo del proceso que la escogencia del sitio del botadero correspondía al contratista una vez celebrado el contrato y que por ello la incidencia económica que pudiera derivarse de dicha escogencia era de exclusiva responsabilidad del contratista. Dicho de otra manera, que la estructuración del ítem 24, no obstante referirse este a “Acarreo, descargue y disposición de los materiales sobrantes” era independiente del sitio que se determinara como adecuado para botadero o depósito, y que era una regla clara y aceptada por todos los proponentes que la escogencia de dicho sitio estaba sujeta a la aprobación del interventor. Es decir que, en último análisis, los proponentes habían aceptado, al concurrir a la licitación y presentar propuestas, que la determinación del sitio de botadero dependía del interventor quien podía aceptar o no los sitios de botadero que presentara el contratista.

6.2. En el proceso aparece demostrado que el contratista, dentro de la libertad que al respecto determinó la CAR, escogió para efectos del numeral 19.1 “Acarreo, descargue y disposición de los materiales sobrantes” del pliego de condiciones, un precio unitario teniendo como punto de referencia la posibilidad de depositar los deshechos en un sitio dentro de la Hacienda Casablanca ⁽³⁾ ver Testimonio de Héctor Osuna, declaración de Diego Jaramillo; carta de Diego Jaramillo al secretario general de la CAR de sep. 18/95).

Si bien, por imperativo de los pliegos no hay en la propuesta un análisis de los precios unitarios en cada caso establecidos y ofrecidos, parece claro que en el precio unitario referido al numeral 19.1 del pliego de condiciones se incluyen en la propuesta los costos no solo del descargue y disposición de los materiales sobrantes sino también, por supuesto, del acarreo de los mismos hasta el sitio del botadero. Sobre la distancia tenida en cuenta por el contratista en la formulación de la propuesta también aparece demostrado que ella es de 4.175 m, tal como se comprueba con los dictámenes periciales que obran en el proceso. (Dictamen rendido por los señores ingenieros Pérez Silva y Forero Galvis).

También está demostrado en el expediente que la propuesta presentada por el contratista fue aceptada por la CAR al adjudicar, sin observación, la licitación y que precisamente, conforme a la cláusula segunda del contrato 040, como ya se recordó, la construcción de las obras objeto del mismo se debía efectuar de conformidad con la descripción, especificaciones, cantidades y precios que aparecen en el formulario de cantidades y precios de la propuesta.

En este punto debe destacar el tribunal que si bien en los pliegos de condiciones —especificaciones técnicas— se indicaba que la escogencia del sitio correspondía al proponente, también es lo cierto que esa escogencia se supeditó a la aprobación, no de la CAR con antelación a la adjudicación misma del contrato, sino a la aprobación del interventor, por supuesto con posterioridad a la celebración del contrato y ya dentro de su ejecución.

Lo expuesto significa que el valor de la propuesta, en cuanto al ítem 24, estaría condicionado a la aprobación por el interventor del sitio o de los sitios del botadero, no obstante que, según la ley, ella debe ser definitiva e incondicional (arts. 4º, ord. 8º, 3º ord. 1º, 27 y 28 de la L. 80/93).

De ahí que la propuesta y su aceptación, constituida por la adjudicación de los contratos que se celebran mediante la licitación o concurso, sean el punto de referencia ineludible para determinar, desde su celebración, el carácter conmutativo del contrato (L. 80/93, art. 28) y para restablecer, si fuere necesario, el equilibrio económico del mismo.

De donde se deduce que el numeral 19.1 del pliego de condiciones no armonizaría con la ley.

Aceptar que la propuesta del proponente estaba condicionada por los propios pliegos de condiciones a hechos futuros posteriores al contrato y que por tanto hacían indeterminada la formulación de los pliegos y, de manera necesaria, la respuesta que a ellos dieran en su propuesta los participantes en la licitación, signaría los pliegos en

ese punto de ineficacia, conforme a las disposiciones del artículo 24, numeral 5°, de la Ley 80 de 1993. En efecto, esta norma señala, entre otras exigencias que, en acatamiento y desarrollo del principio de transparencia, en los pliegos de condiciones o términos de referencia “se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad” —num. 5.e—. Dispone también este numeral 5° que “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o disponga renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Esto implica que el tribunal debe interpretar el contrato de conformidad con la ley, a saber:

a) La propuesta incondicional y la adjudicación del contrato al demandante constituyen el nexo conmutativo e inmodificable del contrato. Esta relación según la Ley 80 de 1993 (art. 4° ord. 8°, 5°, ord. 1°, 27 y 28) es la base para mantener y restablecer el equilibrio económico del contrato, y

b) El numeral 19.1 del pliego de condiciones, relativo a la obligación del proponente de relacionar los sitios de botaderos, no atañe al perfeccionamiento del contrato sino a su ejecución.

Así las cosas, teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que señalan los derechos y obligaciones dentro de los contratos que para el cumplimiento de sus finalidades propias celebren las entidades estatales y los deberes que se imponen a las autoridades en relación con las actuaciones que ellas deben cumplir y, en especial, las relativas a la formulación de los pliegos de condiciones, el tribunal considera que las razones que, dentro del presente proceso arbitral, —mas no antes— ha dado la CAR (entidad demandada) para la no aprobación (por parte del interventor) del sitio determinado por el contratista para la formulación de su propuesta y la necesidad de que se escogiese otro no están llamadas a tener relevancia dentro del proceso y en la decisión del mismo por parte del tribunal (ver declaraciones funcionarios CAR) ⁽⁴⁾ .

Sobre el particular, no puede el tribunal abstenerse de destacar que si la CAR, entidad especializada en el estudio y preservación de las zonas de incidencia ecológica, sabía que la zona escogida de la Hacienda Casablanca reunía las características de humedal, y por lo tanto conocía la imposibilidad, desde el punto de vista ecológico, de que se utilizara como botadero el sitio tenido en cuenta por el contratista, así ha debido manifestarlo a los proponentes, antes del cierre de la licitación.

Esa omisión de la entidad estatal, a juicio del tribunal, no se enerva por la circunstancia de que en los pliegos se haya previsto que la escogencia de los sitios de botadero correspondía al proponente, sin perjuicio de la aprobación de los mismos por parte del interventor, dentro de la ejecución del contrato, pues evidentemente en ese momento contractual la actuación de las autoridades y del contratista se encontraba enmarcada por las condiciones en que hubiere quedado determinada la ecuación económica del contrato tal como ella se plasmó en la propuesta y se aceptó por la entidad contratante.

En armonía con las consideraciones expuestas, para el tribunal es indudable que la CAR acogió, mediante la adjudicación, la propuesta del contratista. Por ello, en las condiciones de determinación que en ella se establecen debe considerarse plasmada la ecuación económica protegida por la ley y que debe servir de base para establecer, frente a modificaciones ulteriores no debidas a hechos o conductas del contratista si ocurrió una alteración del equilibrio económico que, conforme al mandato legal debe ser restablecido.

En otros términos, si en relación con la propuesta del contratista, se cambia el sitio o sitios del botadero, los mayores costos a cargo de este, implican ruptura del equilibrio económico inicial del contrato.

Esto es lo que ha ocurrido en este caso: el contratista formuló su propuesta y el contrato le fue adjudicado. Sin embargo, una vez celebrado el contrato, la entidad contratante no aprobó el sitio del botadero propuesto.

Como el nuevo sitio de botadero, aprobado por la entidad contratante, implicó mayores costos para el contratista, sin su culpa, los sobrecostos en que incurrió y que aparezcan demostrados en el proceso se le deben reconocer.

6.3. El tribunal ha encontrado que la reformulación del precio unitario del ítem 24 correspondiente a “Descargue, acarreo y disposición final del material sobrante” (efectuado por los peritos doctores Pérez Silva y Forero Galvis

arroja valores de \$ 1.553.12 m³ y de \$ 1.496.00 m³ la efectuada por los peritos Cerón Martínez y Escallón S.) considerando la distancia entre el sitio de la obra y el botadero aprobado por la interventoría del contrato 040 y teniendo en cuenta los costos asumidos por el contratista arroja un valor de \$ 1.553.12 m³ frente al valor de \$ 1.063 m³ establecido por el propio contratista en su propuesta.

Así mismo, los peritos establecieron las distancias entre el sitio de la obra y los sitios en los cuales se cumplieron labores de transporte y disposición del material sobrante.

Teniendo presente la diferencia de valores determinada por los peritos, y la clara incidencia en ella de los factores distancia y condiciones de acarreo, ha de concluir el tribunal que tales factores no eran intrascendentes en punto a la configuración del valor unitario del mencionado ítem 24 de la propuesta y, en último análisis del acuerdo de voluntades, pues, conforme a la cláusula quinta del contrato 040 la propuesta hace parte del contrato y obliga jurídicamente a las partes “en la parte en que no sea incompatible con el presente contrato”.

Al respecto, el tribunal, en el punto en análisis, no encuentra incompatibilidad alguna entre la propuesta y las cláusulas del contrato: antes bien, como ya se ha destacado, la ejecución de los trabajos objeto del mismo debía realizarse conforme a las especificaciones, descripciones, cantidades y precios del respectivo formulario de la propuesta (cláusula segunda).

De otra parte, la incidencia de la distancia y las condiciones del transporte en los precios unitarios acordados por las partes ha sido también aceptada dentro del proceso arbitral, por la entidad demandada cuando a través de su apoderado reconoce que debe pagarse al contratista los mayores costos derivados del acarreo de 20.000 metros cúbicos desde el sitio de la obra a un sitio en el municipio de Mosquera. Si ese factor no incidiera sería intrascendente que la disposición de los materiales sobrantes se efectuara en uno u otro sitio.

No sobra recalcar en este punto que si bien en el pliego de condiciones se dejaba a la iniciativa de los proponentes la escogencia de los sitios de botadero es evidente que la adopción del sitio o sitios definitivos no dependía de la sola voluntad de estos sino que esa iniciativa estaba condicionada a la aprobación del interventor (es decir, de la propia entidad contratante —cláusula decimosegunda del contrato—) con posterioridad a su celebración.

Es decir, que es claro que la equivalencia establecida por el contratista en su propuesta sufrió una alteración no debida a su culpa y que esa alteración le impuso asumir mayores costos de los inicialmente previstos y aceptados por la CAR al adjudicar la licitación y celebrar sobre esas bases el contrato 040.

En consonancia con las disposiciones en mención y con los hechos demostrados en el proceso, el tribunal declarará que hechos posteriores a la celebración alteraron el equilibrio económico del contrato y en la medida en que esa alteración implicó para el contratista unos mayores costos, estos le deben ser compensados.

El restablecimiento del equilibrio económico

Con el fin de determinar la cuantía que a título de restablecimiento del equilibrio económico deba pagar la CAR al contratista Diego Jaramillo Gómez, el tribunal, en armonía con las consideraciones que se han expuesto y teniendo en cuenta la petición formulada por la parte demandante y las conclusiones de los dictámenes periciales que obran en el proceso, considera:

1. En el dictamen rendido por los peritos ingenieros Francisco Pérez Silva y Epifanio Forero Galvis, a petición de la parte demandante, se encuentra que la movilización de material sobrante prevista o programada conforme al contrato 040 es de 164.000 m³; que el precio unitario programado, según la propuesta formulada por el contratista y aceptada por la CAR, es de \$ 1.063; que el valor total programado por esa labor fue de \$ 174.332.000, y que la movilización realmente efectuada fue de 162.920.64 m³. Así mismo se determina en ese experticio que la distancia de la planta Madrid I al botadero inicialmente seleccionado es de 4.175 metros; que la distancia de la planta Madrid I al botadero autorizado es de 6.100 metros, por lo cual la distancia entre los dos es de 1.925 metros; que el valor del transporte por m³ resultante de una mayor distancia (1925 metros entre botaderos) es de \$ 1.553.12.

En el cuadro resumen incluido en la página 15 del mismo dictamen se establece como costo total (valor del ítem

24, teniendo en cuenta el nuevo sitio de botadero y conforme a lo preguntado por la parte demandante) la suma de \$ 305.792.167.19. A partir de esa suma para establecer el costo real (sep. 30/97) los peritos presentan varias opciones “que implican un valor presente” (fls.16 y 17 dictamen).

Respecto de las conclusiones y cifras a que llegaron los peritos en su dictamen el señor apoderado de la parte demandada solicitó aclaraciones que fueron rendidas oportunamente; también el señor apoderado propuso objeción por errores graves, la cual, por las razones expresadas en el capítulo correspondiente (B. objeción) de este laudo no prosperó.

2. En el escrito de aclaración del dictamen rendido por los señores ingenieros José Manuel Escallón S. y Bernardo Cerón M., decretado por el tribunal a petición del señor apoderado de la parte demandada para probar la objeción al dictamen por errores graves, se precisa y discrimina el contenido del ítem 24 del contrato “Descargue, acarreo y disposición final del sobrante”.

3. Así mismo, los señores peritos Escallón y Cerón, frente a las aseveraciones del señor apoderado de la parte demandada acerca de que existe error grave al “utilizar como mecanismo de actualización de precios el precio pactado por los contratantes en el contrato adicional (sep. 10/97), para el ítem “Descargue, acarreo y disposición final del material sobrante” para las excavaciones del emisario final, exponen:

“Posiblemente, ignorando los procesos constructivos, se confunde un trabajo de excavación, que puede ser más o menos diferente, con el trabajo de descargue acarreo y disposición final de los materiales sobrantes que es una operación totalmente independiente de la excavación en sí”.

4. En relación con los 5.000 m³ transportados al polideportivo de Mosquera, los peritos Escallón y Cerón reiteraron en su escrito de aclaraciones la conclusión a que llegaron en su estudio inicial:

“... si bien la distancia de transporte disminuyó se puede comprobar claramente que la disposición de este material en el sitio indicado tuvo un aumento de costo por el transporte dentro del área urbana y tráfico pesado así como el descargue del material, dada su ubicación adyacente a la carretera Fontibón -Facatativá con los consiguientes inconvenientes que acarrea un trabajo de este tipo. Se puede afirmar que si se hubiera hecho un estudio detallado de tiempos y rendimientos, el precio de este trabajo sería mayor que el estudiado para el transporte hasta el Botadero D”.

Los peritos acompañan sus conclusiones con las estadísticas del Instituto Nacional de Vías en relación con la vía Tres Esquinas - Mosquera.

5. Los señores peritos Escallón y Cerón, como ya se expresó, efectuaron el análisis del precio unitario del ítem 24. Respecto de la metodología por ellos adoptada destacan que “no existiendo análisis de precios unitarios en la propuesta, fue necesario recopilar los datos que existen en el libro de bitácora de la obra, los cuales fueron constatados en la oficina del ingeniero Marco Tulio Arellanos, subdirector de Operaciones de la CAR, con la presencia de este; datos que coinciden con los comprobantes de contabilidad suministrados por el contratista”.

Luego de realizar las operaciones que les permitieron establecer el específico costo del acarreo, dentro del ítem 24, determinan que el costo unitario de dicho ítem es \$ 1.496 m³, discriminado así: Transporte \$ 1.322 y disposición \$ 174 (fl. 6 aclaraciones).

En desarrollo de esa formulación los peritos establecen el mayor costo por transporte “a los nuevos botaderos” lo cual arroja una suma total de \$ 70.612.321. A esta suma, conforme al criterio de los peritos, “**hay que agregarle los costos indirectos del 18% y la actualización a que haya lugar**” (fl. 9 aclaraciones).

El tribunal, por razón de la fundamentación y ponderación y detalle de los análisis efectuados por los peritos ingenieros (Escallón y Cerón) designados para demostrar los errores graves formulados por la CAR contra el dictamen inicial, se ha de basar, entonces, en los cálculos y cifras expuestos y determinados por ellos.

6. El demandante, en armonía con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 80 de 1993 pidió que se ordenara el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica a punto de no pérdida. No se ha tratado en el presente

proceso de una pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual por lo cual no es procedente la aplicación invocada en la demanda del artículo 870 del Código de Comercio. De otra parte, el tribunal debe dar aplicación al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo que señala que cualquier ajuste a las condenas que se profiera por la jurisdicción en lo contencioso administrativo “solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor”.

En ese orden de ideas teniendo en cuenta que la suma determinada por los señores peritos Cerón y Escallón como mayor costo de transporte dentro del ítem 24 (\$ 70.612.321 más 18% de gastos indirectos) está calculada a precios del momento de la formulación de la propuesta, es necesario proveer a su actualización con el fin de que el pago que se ordene sea completo (C.C., art. 1649) en los términos en que fue solicitado en la demanda.

Dado que Diego Jaramillo en el formulario de cantidades y precios, integrante de su propuesta, señaló como fecha de actualización: julio de 1995, y que la cláusula segunda del contrato 040 determina que los precios del contrato son los que los “... aparecen en el formulario de cantidades y precios de la propuesta”, el tribunal tomará esa fecha convenida por las partes como punto de partida para la actualización correspondiente.

En consecuencia, con el fin de restablecer el equilibrio financiero del contrato, habrá de ordenar que la CAR pague al contratista Diego Jaramillo Gómez por concepto de mayores costos de transporte de los materiales sobrantes (factor integrante del ítem 24 de la propuesta) la suma de \$ 134.010.310, que resulta de aplicar a \$ 70.612.321, el 18% por costos indirectos (conforme a lo pactado en la cláusula segunda y su párrafo primero del contrato 040, concordante con el punto 1.4.7.3 de los pliegos de condiciones de la licitación 01 de 1995 y con el análisis de precios unitarios, ítem 24, de la propuesta realizado en el proceso por los peritos Cerón y Escallón) más la actualización resultante de aplicar el índice del IPC nacional señalado por el DANE para el mes de julio de 1995 (fecha de actualización señalada por el contratista para todos sus precios en el formulario de cantidades y precios, integrante de la propuesta), que es del 456.79 y el índice correspondiente a marzo de 1998, que es del 734.67 (último índice conocido a la fecha del presente laudo), con el fin de traer a valor presente la suma calculada por los peritos Cerón y Escallón.

Costas

Para determinar las costas del proceso considera el tribunal:

1. Que el concepto de sobrecostos por ubicación del sitio del botadero, solicitado en la demanda de Diego Jaramillo fue de \$270.000.000.
2. Que en las pruebas practicadas en el proceso se demostró que el sobrecosto por este concepto fue de \$ 70.612.321, más el 18% de costos indirectos.
3. Que fue superior lo pedido por el demandante a lo demostrado en el proceso y que se concederá en este laudo por el concepto señalado.
4. Que la entidad demandada pagó la mitad de los costos del arbitramento, incluidos los honorarios de los integrantes del tribunal, gastos del proceso y de protocolización del expediente, honorarios y gastos de peritos.

En consecuencia, el tribunal no condenará en costas a las partes.

Parte resolutive

Con base en las consideraciones anteriores el tribunal de arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la objeción por errores graves formuladas por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, al dictamen pericial.
2. Declarar que no prosperan las tachas a los testigos formuladas por la Corporación Autónoma Regional de

Cundinamarca, CAR.

3. Declarar que circunstancias ajenas a Diego Jaramillo Gómez y posteriores a la celebración del contrato de obra 040/96, en relación con el sitio del botadero, rompieron su equilibrio económico.
4. Como consecuencia de la declaración anterior condenar a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, a pagar a Diego Jaramillo Gómez la suma de ciento treinta y cuatro millones diez mil trescientos diez pesos (\$ 134.010.310). Esta cantidad incluye la actualización solicitada, a la fecha del laudo.
5. No condenar en costas a las partes.
6. La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, deberá dar cumplimiento al presente laudo en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.
7. La cantidad de dinero a que se refiere el numeral cuarto de la parte resolutive del presente laudo devengará intereses comerciales y moratorios en los términos del inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.
8. Copia íntegra y auténtica del presente laudo se enviará por secretaría al señor Procurador General de la Nación y al director de la corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, según lo dispuesto en los artículos 177 y 173 del Código Contencioso Administrativo.
9. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificadas en audiencia las partes. Se entregó copia auténtica del laudo al señor apoderado de Diego Jaramillo Gómez.

Acto seguido el tribunal fijó la fecha del miércoles trece (13) de mayo a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), para la audiencia en que resolverá sobre las solicitudes de aclaración, adición y corrección por error aritmético si las hubiere. De la decisión anterior quedaron notificadas las partes. Para constancia se firmó el acta por quienes intervinieron en la actuación.
