

Laudo Arbitral

Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.

v.

Instituto de Desarrollo Urbano, IDU

Noviembre 20 de 2003

Audiencia de laudo

Bogotá, el día veinte de noviembre de dos mil tres (2003), a las diez de la mañana (10:00 a.m.), en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se reunió el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., y el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, integrado por los doctores Enrique Gaviria Liévano, quien lo preside, Marco Tulio Gutiérrez Morad y Carlos del Castillo Restrepo, árbitros, y la secretaria doctora Carmenza Mejía Martínez, con la asistencia de los apoderados de las partes, doctores Patricia Mier Barros y María Mercedes Sua Quiroga.

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

Laudo

I. Antecedentes

Las partes en el presente proceso suscribieron el contrato 385 de 1999, en cuya cláusula 35 pactaron la cláusula compromisoria del siguiente tenor:

“Cláusula 35: Solución de conflictos. Cláusula compromisoria.

Las diferencias que se susciten entre las partes con ocasión de la ejecución del presente contrato, serán del conocimiento y juzgamiento de un tribunal de arbitramento, el cual en su integración y funcionamiento estará sometido a las disposiciones de la Ley 446 de 1998 y las que la modifiquen o reformen. Los árbitros serán designados por las partes de común acuerdo pero si no se pusieren de acuerdo en la elección de uno o más nombres para integrarlo, corresponderá a la Cámara de Comercio de Bogotá tal designación.

2. Trámite prearbitral.

Con base en la cláusula que se menciona, la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., por conducto de apoderado judicial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un tribunal de arbitramento encargado de dirimir en derecho las controversias suscitadas entre Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., y el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, en razón del contrato suscrito entre ellas.

Admitida la solicitud, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles procedió a notificar a la parte convocada la demanda formulada por Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., el 30 de agosto de 2002.

El director del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, los días 10 y 25 de octubre de 2002, convocada mediante notificación previa a las partes y a sus apoderados. Se hicieron presentes los representantes legales de concesión Parqueadero Calle 90 S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU y sus apoderados judiciales, sin que se hubiese logrado acuerdo entre ellos sobre la controversia planteada.

En sorteo público realizado el 29 de octubre de 2002, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los doctores Marco Tulio Gutiérrez Morad, Enrique Gaviria Liévano y Carlos del

Castillo Restrepo, como principales y los doctores Enrique Vargas Lleras, Alberto Preciado Peña y Fernando Sarmiento Cifuentes como suplentes numéricos, quienes, previa aceptación de sus cargos, tomaron posesión de los mismos.

Cumplido el trámite inicial, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles citó a las partes para la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, la cual se llevó a cabo el día 28 de noviembre de 2002. En esta fue nombrado como presidente el doctor Enrique Gaviria Liévano y como secretaria la doctora Carmenza Mejía Martínez y fueron fijados los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal.

3. Trámite arbitral.

Instalado el tribunal, previa consignación hecha por la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., de las sumas a su cargo y por el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, se inició la primera audiencia de trámite el día 14 de enero de 2002.

En la primera audiencia de trámite el tribunal examinó el pacto arbitral celebrado entre las partes, se dio lectura al texto de la cláusula compromisoria, así como a las pretensiones de la demanda y su contestación, declaró su propia competencia para conocer de las diferencias sometidas a su decisión.

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

II. Pretensiones

Las pretensiones de la parte convocante, expresadas en la demanda, fueron las siguientes:

“**Primera.** Que se declare que el **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de concesión 385 de 1999, celebrado entre dicho instituto y la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**

Pretensión subsidiaria a la primera principal. En subsidio de la pretensión anterior, solicito se declare que en el desarrollo del contrato de concesión 385 de 1999, celebrado entre el **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, y la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, se presentaron situaciones no imputables al contratista, que le causaron una mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, alterando la ecuación económico financiera del contrato.

Segunda. Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, al reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios de todo orden sufridos por la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, por los siguientes conceptos:

1. Perjuicios derivados de los mayores costos de la obra.

1.1. Ajuste por actualización de costos de materiales y mano de obra.

1.2. Cambio en el diseño (mayor costo derivado de los cambios en el diseño estructural del parqueadero).

1.2.1. Cambios en la especificación técnica de la losa superior del parqueadero.

1.2.2. Cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero (refuerzo estructural superior).

2. Perjuicios financieros derivados del atraso en el inicio de la operación del parqueadero en nueve (9) meses de conformidad con la cláusula 10.2 del contrato de concesión y su otrosí 3.

Tercera. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la época en que se generaron los perjuicios y sobrecostos, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta contemplada por la ley comercial.

Primera pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la época en que se generaron los perjuicios y sobrecostos, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta conforme a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

Segunda pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la época en que se reclamaron los perjuicios y sobrecostos, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta contemplada por la ley comercial.

Tercera pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la época en que se reclamaron los perjuicios y sobrecostos, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta conforme a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

Cuarta pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la fecha de la presentación de la demanda, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta contemplada por la ley comercial.

Quinta pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses moratorios desde la fecha de la presentación de la demanda, hasta la fecha del laudo arbitral sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo por la ocurrencia de los hechos, circunstancias y/o incumplimientos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, a la tasa de intereses moratorios más alta conforme a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

Cuarta. Que se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de ejecutoria.

Quinta. Que a partir de la ejecutoria del laudo se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, a pagar a favor de la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, intereses comerciales moratorios sobre las sumas líquidas objeto de las condenas establecidas en el mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sexta. Se condene al **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.

III. Excepciones

Por su parte, el convocado formuló las excepciones que denominó:

1. Inexistencia de obligación legal y contractual para el IDU de hacer los reconocimientos pretendidos por el concesionario como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual.

- Antecedentes.
- Obligaciones del concesionario.

- Obligaciones del IDU de acuerdo con el contrato 385 de 1999.
 - Cumplimiento del IDU en sus obligaciones contractuales.
2. Inexistencia de alteración del equilibrio económico del contrato.
 - 2.1. Incapacidad de la Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., en la obligación de iniciar el período de construcción de la obra en los plazos inicialmente previstos.
 - 2.2. El perjuicio derivado de los mayores costos.
 - 2.3. Cambios en el diseño.
 - 2.4. Cambio estructural en el diseño.
 - 2.5. El perjuicio financiero derivado del atraso en el inicio de la operación en nueve (9) meses.
 - 2.6. Perjuicio derivado de los mayores costos de la obra por el transcurso del tiempo.

IV. Hechos

Los hechos en que se basó la demanda se resumen a continuación:

“La adjudicación y suscripción de los contratos.

El 28 de enero de 1999, el IDU abrió 4 licitaciones, una de ellas la licitación pública IDU - LP SSE-003-1999 cuyo objeto consistió en “la concesión para la realización de los estudios previos, el diseño, la construcción, operación y mantenimiento del parqueadero público de la plazoleta Carulla Calle 90, entre carreras 15 y 16”.

En tal virtud, el convocante constituyó, de conformidad con su oferta, la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. para la suscripción y ejecución del contrato 385 de 1999, objeto de la licitación.

El contrato de concesión respectivo se suscribió por la sociedad concesionaria el 23 de julio de 1999, previo cumplimiento de ciertos requisitos, de lo que se da cuenta en el mismo contrato. De estas obligaciones previas se destacan las siguientes:

“Cumplimiento de los requisitos previos.

El concesionario ha acreditado el cumplimiento de los requisitos previos a la firma del contrato de concesión, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones de la siguiente manera:

(...).

6. El proponente deberá presentar a nivel de esquema básico, los planos que ilustren al IDU sobre la distribución de cupos individuales de parqueo y una memoria descriptiva que complemente los detalles que a nivel de esquema básico no sea posible establecer.
7. Descripción detallada del proceso constructivo a emplear y el cronograma correspondiente de diseño y construcción.
8. El proponente deberá presentar los análisis de costos unitarios, tanto directos como indirectos, para la etapa de diseño y construcción.
9. El proponente deberá adjuntar el presupuesto de inversión (PI) del parqueadero concesionado, debidamente detallado.
10. Proyección del flujo de caja del proyecto durante las etapas de diseño y construcción, teniendo en cuenta el presupuesto de inversión y los costos financieros de acuerdo con la estructura de financiación del proyecto”.

Contenido obligacional de los contratos de concesión. Consecuencias de la mayor duración de las etapas anteriores a la operación.

De las estipulaciones del contrato 385799, se destacan las siguientes:

“A. Cláusula 1: Objeto del contrato.

El objeto del presente contrato es el otorgamiento de la concesión para la realización de los estudios previos, los diseños, la construcción, la operación y el mantenimiento del parqueadero subterráneo ubicado en la plazoleta Carulla Calle 90 entre carreras 15 y 16 de Santafé de Bogotá, de conformidad con las estipulaciones del pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-SSE-003-1999; a cambio de la contraprestación que se define en este contrato, el concesionario asumirá la responsabilidad de efectuar todas las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones descritas en los pliegos de condiciones y en este contrato, bajo la vigilancia del IDU y las autoridades competentes en los términos de la ley, el pliego de condiciones y sus adendos y las cláusulas del presente contrato.

La descripción detallada del alcance de las obligaciones del concesionario se encuentran descritas en el numeral 1.5.2., capítulos 2 y 3 del pliego de condiciones de la licitación, los cuales se anexan a este contrato para que formen parte integrante del mismo”.

Y el contrato de concesión prevé en su cláusula cuarta:

“1. Cláusula 4: Plazo y vigencia del contrato.

El plazo de este contrato será de veinte (20) años, discriminado como se indica a continuación, **contado a partir de la fecha de suscripción del contrato.**

4.1. Etapa de preconstrucción o de diseños y cierre financiero, la cual tendrá una duración de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la etapa de preconstrucción o diseños, que debe ser concomitante con la entrega de la delimitación de los predios objeto de la concesión al concesionario por parte del IDU. La etapa de cierre financiero se iniciará conforme a lo establecido en la cláusula 5ª del presente contrato. En este término, el concesionario deberá realizar los estudios previos (suelo, topográfico e ingeniería financiera), los diseños definitivos de los parqueaderos en concesión (arquitectónico, estructural, hidráulico, eléctrico y ventilación) y, simultáneamente, deberá efectuar el cierre financiero a que se refiere la cláusula 5 de este contrato. Al vencimiento de este plazo el concesionario deberá haber entregado la totalidad de los estudios necesarios.

El concesionario de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en la materia y de conformidad con lo establecido en el numeral 2.1.4 del pliego de condiciones deberá presentar el plan de manejo ambiental para la construcción, operación y mantenimiento del parqueadero, de acuerdo con las especificaciones aprobadas por el Dama. Este plan de manejo ambiental debe ser entregado por el concesionario al IDU dentro del primer mes de la etapa de diseño, para que el IDU proceda a obtener su aprobación ante la autoridad competente.

Período de obtención de licencias, la cual tendrá un plazo de dos (2) meses, contados a partir del vencimiento del plazo de la etapa de diseños. **En este término deberá obtener las licencias de excavación y construcción y las demás que se requieran. La elaboración del plan de manejo ambiental es responsabilidad del concesionario quien los debe realizar de acuerdo con los términos de referencia aprobados por el Dama; mientras que la aprobación del mismo por parte del Dama es responsabilidad del IDU.** En caso de demoras en la obtención del plan de manejo ambiental por su entrega tardía por parte del concesionario al IDU o por fallas del mismo, esta demora será asumida por el concesionario quien no podrá solicitar indemnización alguna o prolongación del período de operación del parqueadero, salvo que los hechos que dieran lugar a dicha demora no le fueran imputables directamente al concesionario. Una vez obtenidas todas las licencias se suscribirá el acta de iniciación de la etapa de construcción.

4.2. Etapa de construcción, la cual tendrá un plazo de diez (10) meses, contados a partir de la firma del acta de iniciación de la etapa de construcción. En este término, el concesionario deberá realizar todas las actividades propias de la construcción del o de los parqueaderos.

4.3 Etapa de operación, la cual tendrá un plazo de dieciocho (18) años y nueve (9) meses contados a partir de la fecha de la firma del acta de iniciación de la etapa de operación.

En caso de que por causas imputables al concesionario, cualquiera de las etapas anteriores a la de operación tuvieran una duración mayor a la establecida anteriormente, el período de operación se disminuirá de manera que el plazo total de la concesión sea de veinte (20) años, sin perjuicio de que el IDU pueda aplicar las multas y las acciones a que de acuerdo con el presente pliego, el contrato de concesión o la ley tenga derecho.

Al vencer el plazo de la etapa de operación las partes suscribirán el acta de terminación de la etapa de operación y el concesionario hará la entrega de todos los bienes afectos a la concesión al Instituto de Desarrollo Urbano, o a la persona que él indique, en las condiciones establecidas en el numeral 1.4.2.1 del pliego de condiciones y en este contrato.

El contrato terminará por el vencimiento del plazo pactado o por alguna de las demás causales que se establecen en la ley y en el presente contrato”.

(...).

“Cláusula 10: Obligaciones del IDU.

(...).

10.2. Pago al concesionario.

Pagar al concesionario, de acuerdo con lo previsto en el presente pliego la cobertura de ingresos mínimos a que se refiere el numeral 1.4.6 del pliego de condiciones, cuando a ello haya lugar de conformidad con sus disposiciones.

El Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, se obliga a dar al **concesionario** la siguiente cobertura de ingresos mínimos:

a) Durante los primeros diez años de la etapa de operación de la concesión, un ingreso mínimo global anual por ingresos recibidos por la facturación del servicio de parqueadero cualquiera que sea la modalidad definida por el **concesionario**, y dentro del tope máximo establecido en el numeral 6.4, numeral 10 del pliego de condiciones. Para este fin el IDU se obliga a pagar al **concesionario** dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente a aquel en que se estableció el déficit o defecto de ingreso de monto a compensar, establecido de conformidad con lo previsto en el inciso siguiente.

Para compensar el efecto financiero que para el concesionario tiene el desfase en el flujo de caja, se dividirá el valor establecido como cobertura mínima anual por doce (12) y se establecerán los defectos y excesos por mes y el valor de cada uno de ellos se traerá a un valor presente del mes del pago, empleando una tasa de interés equivalente al DTF promedio del año respectivo, incrementada en cinco (5) puntos. Para estos efectos se tomará en cuenta el año calendario entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año, pero para el primer período o el último de la operación, se tomarán proporcionalmente al tiempo de que se trate. Para efectos de cálculo, se procederá de la siguiente manera:

a) Para cada mes cuyo déficit de ingresos mínimos se está compensando, se tomará la tasa DTF promedio del año respectivo en su equivalente trimestre anticipado, la cual será aplicada para el período transcurrido entre dicho mes y el último día hábil de marzo del año subsiguiente.

b) Se adicionará esta tasa promedio en cinco (5) puntos porcentuales.

c) La tasa así obtenida se convertirá en su equivalencia vencido para el período transcurrido entre dicho mes y el último día hábil de marzo del año subsiguiente.

d) El monto a compensar para el mes será traído a valor presente de la siguiente manera:

(sic)MCA (n) = SIMG (n) * (1 + TC)

Donde:

MAC (n): Monto a compensar por el mes (n).

DIMG (n): Déficit de ingreso mínimo garantizado para el mes (n).

TC: Tasa de interés de compensación calculada según lo expresado en los literales (a) a (c) anteriores.

En caso de mora del IDU en el pago de los valores que deba cancelar al concesionario por razón de esta garantía, reconocerá intereses por mora a una tasa equivalente al DTF más diez (10) puntos, sin que esta exceda de la máxima permitida por la ley.

“De acuerdo con el numeral nueve de la propuesta presentada por el concesionario, el valor de la cobertura de ingresos mínimos solicitada es de mil trescientos cincuenta y ocho millones de pesos (\$ 1.358.000.000) moneda corriente, a pesos constantes de marzo de 1999”.

Otrosí 3 al contrato de concesión 385 de 1999.

Cláusula primera:El punto a) literal a) del numeral 10.2 de la cláusula 10 del contrato 385 de 1999 quedará así: “a) para cada mes cuyo déficit de ingresos mínimos se está compensando, se tomará la tasa DTF promedio del año respectivo en su equivalente trimestre anticipado, la cual será aplicada para el período transcurrido entre dicho mes y el último día hábil de marzo del año subsiguiente. La DTF será la calculada y reportada por el Banco de la República o quien haga sus veces”.”.

Cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario. el otorgamiento de las licencias de construcción.

De conformidad con lo previsto en los pliegos de condiciones, suscrito el contrato, las partes adelantaron las gestiones conducentes a su inicio. El concesionario dio cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato de concesión, cumplimiento que encuentra su prueba en el expediente administrativo del contrato y en los documentos anexados y solicitados como prueba con la presente demanda.

El concesionario, cumplidos los requisitos de ley, solicitó la licencia de construcción requerida para el inicio de la obra del parqueadero.

• Licencia 0010156, expedida el 28 de abril de 2000 y entregada al concesionario el 31 de enero de 2001, para la construcción del parqueadero ubicado en la calle 90.

De esta manera, se evidencia el cumplimiento integral del contratista de su obligación bajo los contratos de concesión celebrados de conformidad con la normativa vigente sobre su materia, y particularmente —para los efectos de la presente demanda— bajo el contrato de concesión 385/99.

Ninguna de las licencias otorgadas fue cuestionada por incumplimiento de los requerimientos y exigencias propias de este trámite, y en este sentido, fue asumido por el contratista el alcance de su obligación, cuyo cumplimiento solo podrá medirse de conformidad con su gestión en esta materia.

Impugnación de la licencia de construcción 0010156, correspondiente al parqueadero ubicado en la calle 90.

Respecto de la licencia 0010156, concedida para la construcción del parqueadero ubicado en la calle 90, debemos reiterar que ella fue obtenida por el concesionario, en idénticas condiciones que las demás; la misma fue expedida el 28 de abril de 2000. Solo que a la construcción del parqueadero, objeto de la concesión se opusieron los vecinos (la comunidad) por circunstancias y hechos que en nada se relacionan con el cumplimiento de los requerimientos establecidos en la ley y reglamento a este efecto, tal como enseguida se demuestra, oposición que constituyó la causa eficiente de los perjuicios cuya reparación se pretende con la presente demanda, tanto en términos de mayores costos de construcción, como en relación con los mayores costos financieros en que tuvo que incurrir el

concesionario.

Como se verá, sin causa o hecho imputable al contratista, la licencia definitiva para la construcción del parqueadero ubicado en la calle 90 solo le fue entregada el 31 de enero de 2001, fecha a partir de la cual pudo iniciarse la construcción del parqueadero, retraso que produjo el desvertebramiento del cronograma de ejecución del contrato en términos de inversión (obra) y de retorno de la misma (operación) cuyo desfase en su inicio por hechos no imputables al concesionario impediría a este recuperar integralmente su inversión en los términos pactados en el contrato.

El recurso de reposición contra la licencia de construcción LC 001-0156 del 28 de abril de 2000 y sus fundamentos de hecho: Las razones de la comunidad.

En el caso en análisis, el riesgo social en cabeza de la entidad estatal contratante, sencillamente se materializó. Está probado —y ello consta en actuaciones administrativas que gozan de presunción de legalidad, como enseguida se explica— que el concesionario **cumplió** a cabalidad con los requerimientos jurídicos y técnicos para obtener la licencia de construcción, todo de conformidad con los lineamientos señalados por el mismo IDU cuando obtuvo (precisamente para la realización de la obra) la licencia de ocupación de espacio público.

No obstante lo anterior, la comunidad, expedida la licencia de construcción, volvió nuevamente a plantear su oposición en la vía gubernativa, como enseguida se explica; su argumentación fue nuevamente desestimada íntegramente por la curaduría urbana 1, al resolver sobre el recurso interpuesto.

En este punto, y a fin de demostrar que el concesionario observó integralmente el procedimiento y dio pleno cumplimiento a los requisitos exigidos por la normativa vigente para obtener la licencia de construcción —como en efecto la obtuvo—, y que, por lo mismo, como se resolviera en **acto administrativo en firme**, la dilación de la ejecutoria de dicha licencia fue resultado de **circunstancias ajenas a él**, acudo al texto de la Resolución 10124 de 21 de julio de 2000, por la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la comunidad, argumentativa que debe entenderse como parte integrante de esta demanda.

En efecto, al resolver sobre el recurso interpuesto, fueron consideraciones de la curaduría urbana 1, que la llevaron a **confirmar en todas sus partes** la licencia de construcción LC 001-0156 del 28 de abril de 2000.

Reunión de concertación con los vecinos del parqueadero.

Obra en el expediente administrativo del contrato de concesión 385 de 1999, la denominada “acta de reunión con vecinos parqueadero calle 90 por carrera 15” del 22 de noviembre de 2000, a la cual fue invitado el concesionario, a fin de prestar su colaboración en la solución del conflicto que generaba para el proyecto la oposición comunitaria, como en efecto lo hizo, colaboración y disposición contractual que no puede interpretarse, como al parecer lo entendió el **Instituto de Desarrollo Urbano, IDU**, como “**renuncia**” del derecho que le garantiza el contrato de concesión y que aquí se reclama.

El desistimiento de la impugnación.

Posteriormente, y como consecuencia de los acuerdos logrados entre el IDU y la comunidad, plasmados en el acta de reunión del 22 de noviembre de 2000, mediante escrito de fecha 25 de enero de 2001 (radicado planeación distrital 1-2001-01473 E) fue expresamente desistido por los vecinos el recurso de apelación, interpuesto en subsidio del de reposición contra la resolución que otorgó la licencia de construcción del parqueadero de la calle 90.

En el escrito de desistimiento, el apoderado de los recurrentes, dejó expresa constancia “de que este desistimiento obedece a los acuerdos celebrados con el IDU, que constan en las actas respectivas que se acompañaron con el memorial anterior 1-2001-00060 E de enero 3 de 2000, y a las obligaciones contraídas por el IDU respecto del nuevo proyecto o modificación de que tratan los mismos acuerdos”.

No imputabilidad al contratista de la demora en el inicio de la etapa de construcción.

Es evidente que los hechos anteriormente narrados, los cuales dieron lugar a mayores costos de construcción, y al aplazamiento del inicio de la etapa de construcción y, como consecuencia lógica, al atraso de la etapa de operación no son imputables al contratista.

Adicionalmente, como prueba indefectible del cumplimiento del concesionario, y de la obtención efectiva de la licencia de construcción se tiene que el 28 de abril de 2000 —fecha en que se obtuvieron las cuatro licencias para los cuatro parqueaderos— las partes suscribieron las denominadas “acta de entrega del predio objeto del contrato” **para los cuatro parqueaderos —incluido el de la calle 90, objeto del contrato 385/99—**, la cual, como era lo obvio, requería previamente del otorgamiento de la licencia de construcción con el fin de iniciar las obras. Sin embargo, ello no fue posible por la oposición comunitaria.

En el acta de entrega del predio correspondiente al contrato 385/99, el IDU dejó constancia que “de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1. de la cláusula cuarta y cláusula octava del contrato de concesión, el IDU hace entrega al concesionario de la delimitación de los predios objeto de la concesión de acuerdo con el registro topográfico 19320 que se anexa a la presente”.

Por lo hasta aquí expuesto, se ha demostrado que el concesionario cumplió a cabalidad con los requisitos legales, reglamentarios y contractuales para obtener —como en efecto la obtuvo— la licencia de construcción. La oposición comunitaria que en nada se compadeció con incumplimientos del concesionario impidió —no la obtención de la licencia— sino el inicio de la obra, causándose con ello traumatismos al proyecto con los consiguientes perjuicios que ha tenido que padecer el concesionario, cuya reparación se solicita ante el juez del contrato.

Negativa del IDU a las solicitudes de resarcimiento económico del contratista.

Mediante comunicaciones GC-037-01 del 23 de enero de 2001, GC-081-01 del 8 de marzo de 2001, CG-117-01 del 2 de abril de 2001, 9 de abril de 2001 (comunicación IDU-31646), CG-208-01 del 4 de junio de 2001 y CG211-01 (comunicación 47669) del 5 de junio de 2001 (copia de las cuales se adjunta como prueba) la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. expuso al IDU la problemática generada a raíz de los mayores costos de construcción, el aplazamiento del inicio de la etapa de construcción y, como consecuencia lógica, el atraso de la etapa de operación, con los correspondientes perjuicios económicos sufridos por el contratista. En dichas comunicaciones, la sociedad concesionaria solicitó al IDU se le reconocieran y pagaran los valores a los que ascendían tales sobrecostos y perjuicios.

Reiteración de la reclamación del contratista y respuesta del IDU.

En atención a que el IDU nunca dio al contratista una respuesta de fondo y debidamente motivada a sus requerimientos de restablecimiento económico, faltando así a sus deberes legales y contractuales, mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2001 la sociedad concesionaria reiteró nuevamente sus argumentos y solicitó de manera expresa al IDU el reconocimiento y pago de los mayores costos por construcción y los costos financieros representados en el ingreso mínimo garantizado correspondiente al período de 9 meses, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10.2 del contrato.

Los fundamentos fácticos y jurídicos presentados por el concesionario en la mencionada reclamación coinciden en, su gran mayoría, con los que se exponen en la presente demanda.

El IDU contestó la última reclamación del concesionario mediante memorando DTL-6000-044 del 1º de febrero de 2002 argumentando que el impacto urbano, u oposición de la comunidad, y la consecuente dilación de la etapa de obtención de licencias resultaba “previsible”, y que tal situación debió haber sido prevista por el concesionario. Afirmó la entidad que como ello no ocurrió así, y en atención a que el contrato de concesión se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario, no hay lugar a los reconocimientos económicos solicitados por él.

Resulta absurdo, por decir lo menos, el argumento de la entidad en el cual fundamenta su negativa, y es así, porque aun aceptando, en gracia de discusión, que ello hubiese sido “previsible”, ¿cómo debe proceder un proponente en una licitación pública para la celebración de un contrato estatal, y este lo es, para **cuantificar el impacto económico** en el contrato derivado de la materialización de tal contingencia? Ello sencillamente es imposible salvo

que la entidad, en cumplimiento de la ley (L. 80/93, art. 24, num. 5°) defina con precisión reglas que “impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada”.

Finalmente, la entidad manifestó que para que proceda el restablecimiento de la ecuación financiera en los contratos de concesión, se requiere como elemento indispensable que la ruptura económica sea un verdadero desquiciamiento del contrato, debido a la definición legal de dicho tipo de convenios, la cual señala que las actividades son por cuenta y riesgo del concesionario. Dado que, en concepto del IDU, tales circunstancias no se presentan en el caso en cuestión, no se accede a las solicitudes del concesionario, por considerar que más **de tres mil millones de pesos** es una suma no representativa de perjuicio alguno.

La “ley del embudo”.

Con el objeto de hacer notar la actitud torticera asumida por el IDU en desarrollo de los hechos narrados, siempre tratando de sacar ventaja de la ley y del contrato, pero desestimando las justas solicitudes elevadas por el contratista a la entidad para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, lo que hoy lo lleva a incoar la presente reclamación judicial, es necesario poner de presente que, refiriéndose al valor de la cobertura de ingresos mínimos prevista en el contrato de concesión 385 de 1999, para el lapso correspondiente al año 2001, mediante comunicación STOE-5200-0152 del 22 de enero de 2002, el IDU formuló la siguiente petición a la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.:**

“Por la presente, atentamente nos permitimos **solicitar tener en cuenta al momento de establecer el valor de la cuenta correspondiente a la garantía de ingresos mínimos, el saldo generado a favor del IDU por el menor valor de las interventorías contratadas frente a lo previsto contractualmente.**

Lo anterior, dado que el IDU garantizó la cobertura de ingresos mínimos anuales propuesta por el concesionario, para cuyo cálculo tuvo en cuenta los costos de interventoría definidos por el IDU” (negritas fuera de texto).

De conformidad con lo solicitado por el IDU, al momento del cobro de los valores correspondientes a la cobertura de ingresos mínimos del año 2001, mediante factura 009 del 11 de marzo de 2002, tanto la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, como las demás sociedades concesionarias de los parqueaderos de las calles 77, 85 y 97, reconocieron al IDU los menores valores pagados tanto por concepto del contrato de interventoría de construcción, así como por concepto del contrato de interventoría de operación.

Es así como el IDU requirió de la colaboración del contratista para mantener la ecuación económica y financiera del contrato, en favor de la entidad estatal, y el contratista accedió a tal solicitud al descontar del cobro de la cobertura de ingresos mínimos del año 2001 los menores valores pagados por concepto de los contratos de interventoría para la construcción e interventoría para la operación.

Pero, como se ha visto, para el IDU el mantenimiento de la ecuación económica y financiera del contrato opera en un solo sentido (únicamente en beneficio de la entidad estatal), por cuanto al presentarse para el contratista los mayores costos de la obra y los perjuicios derivados del atraso en el inicio de la operación de los parqueaderos, y al solicitar la sociedad concesionaria las medidas tendientes a resarcir y mitigar sus consecuencias económicas negativas, el IDU rechazó de plano tal petición y negó tajantemente las solicitudes del contratista.

De esta manera, queda demostrado que en desarrollo del contrato de concesión 385 de 1999 el IDU ha interpretado a su acomodo, única y exclusivamente para su beneficio, y en detrimento del patrimonio del contratista, no solo las disposiciones contractuales, sino la normatividad aplicable al caso controvertido.

Valoración de sobrecostos y perjuicios.

Como se vio, el retraso registrado en la firmeza de la licencia de construcción del parqueadero de la calle 90 no derivó de omisiones del concesionario, ni de hechos bajo su control jurídico o contractual, razón por la cual surgió para la firma concesionaria el derecho a la compensación por las consecuencias económicas originadas en tal circunstancia.

En efecto, las 4 licencias de construcción fueron otorgadas por la entidad competente sin cuestionamiento alguno, hecho que en sí mismo prueba el cumplimiento integral del concesionario de los requisitos respectivos y se reitera en el contenido de los actos administrativos en firme, cuya ejecutoria y obligatoriedad no puede desconocerse (Res. 10124, jul. 21/2000, por la cual se resuelven los recursos de reposición).

Por lo anterior, en el presente caso, resulta probada la ausencia de imputabilidad al concesionario contratista de los hechos que dieron lugar al atraso en el inicio de la construcción del parqueadero de la calle 90, objeto del contrato 385/99, y del consecuente desfase en el inicio de la operación; de esta manera, es procedente el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de este hecho en que ha tenido que incurrir el concesionario, y que consisten en:

1. El perjuicio derivado de los mayores costos de la obra.

Mal pudiera afirmarse, como lo ha “insinuado” la entidad en las respuestas a las solicitudes de restablecimiento económico y financiero del contrato elevadas por el contratista, que el hecho de la modificación pactada en el cambio que a última hora se hiciera de la construcción de un parqueadero mecanizado a uno convencional, de donde —entre otras razones— surgen, por el transcurso del tiempo, conjuntamente con las modificaciones exigidas por la comunidad, el perjuicio que reclama el contratista, pudiera incidir o mejor, conceder razón al IDU para negar el reconocimiento de los mayores costos reclamados, derivados del desfase en el inicio de su construcción, sin hecho imputable al contratista.

Debemos recordar que tal decisión se adoptó precisamente para evitar un mayor sobre costo al ya causado al concesionario por este concepto. En efecto, es incontrovertible, y se deduce del expediente administrativo de este contrato que:

- La posibilidad de construir parqueaderos mecanizados fue una opción técnica estudiada por las partes conjuntamente, como opción más ventajosa y conveniente para la ejecución de los **4 contratos, esto es, de los 4 parqueaderos**.
- A tales efectos las partes suspendieron, al inicio de la ejecución contractual de los 4 proyectos, los términos pactados para la etapa de diseño, con el fin de determinar la opción a construirse. **Nada reclama el concesionario en relación con esos períodos de suspensión que antecedieron a la decisión de las partes en relación con cada uno de los parqueaderos y la modalidad a construirse.**
- Obtenidos los resultados de los análisis pertinentes, las partes decidieron, por razones de orden técnico y económico, construir la opción mecanizada solo para el parqueadero de la calle 90, objeto del contrato 385/99.
- Así las cosas, y adoptadas esas definiciones, se inició para los 4 contratos, en forma concomitante, la etapa de diseño.
- Es importante determinar, como surge en forma clara del texto de la **Resolución 10124 de 21 de julio de 2000**, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por los vecinos, que la oposición comunitaria nada tuvo que ver con el fondo de estas decisiones, toda vez que la misma más se refería a las posibilidades de expansión del proyecto que a razones estructurales.
- De esta manera debe reiterarse que el concesionario obtuvo la licencia de construcción para la opción **mecanizada** del proyecto.
- Posteriormente, y ya presentada la oposición comunitaria, y toda vez que los mayores costos constructivos en que incurría el concesionario por el desfase que se presentaba en el inicio de la construcción, y a cuya reparación tenía derecho legal y contractualmente, resultarían inferiores si se predicaban de un parqueadero convencional, y no de uno mecanizado, de una parte, y de otra, se pretendió facilitar la concertación con la comunidad, colaboración por la que el concesionario terminó siendo castigado.

De esta manera, resulta claro, que en ningún momento la decisión de “volver al modelo convencional de operación de parqueadero” fue por conveniencia o petición de concesionario, sino muy por el contrario, por conveniencia de la entidad contratante que, de una parte, vería reducidos los sobre costos a reconocer al contratista por el desfase en

el inicio de la construcción, toda vez que los mismos son de una magnitud muy inferior si se predicen en relación con la construcción tradicional, y de otra parte habría logrado la concertación con la comunidad que se oponía a la construcción del proyecto. Por ello, si a partir de ahí, y por la colaboración prestada por el contratista en aras de la buena fe contractual, pretendiera el IDU desconocer sus derechos patrimoniales bajo el contrato de concesión 385, incurriría la entidad contratante, no solo en incumplimiento flagrante del contrato, sino en conductas que la lealtad contractual no admite.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que la comunidad exigió modificaciones importantes al diseño inicialmente elaborado por el concesionario, conocido y aceptado por el IDU, que causaron mayores costos de construcción, adicionales a los ya causados por el solo transcurso del tiempo, en relación con los precios de obra inicialmente previstos por el concesionario como en seguida se discriminan:

1.1. Ajuste por actualización.

Se presenta un incremento en los costos de los materiales y la mano de obra del 38.8%, para lo cual se toman los ítems representativos del proyecto, esto es, mano de obra, concreto y acero de refuerzo, teniendo en cuenta la incidencia de cada uno dentro de los costos de la obra. El valor total por concepto de ajuste es de **mil ochocientos cincuenta y dos millones trescientos setenta y cinco mil trescientos treinta y dos pesos m/cte (\$ 1.852.375.332)**.

1.2. Cambios en el diseño.

— **1.2.1. Cambios en la especificación técnica de la losa superior:** Para que permita el acceso de vehículos pesados en la tapa del parqueadero, lo cual implica un sobrecosto en construcción de cuatrocientos trece millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento ocho pesos m/cte (\$ 413.848.108), por la mayor cantidad de materiales a utilizar, no previstos inicialmente por el concesionario.

— **1.2.2. Cambios de espesor y refuerzo de la losa superior:** Según instrucciones del especialista estructural de la interventoría, lo cual implica un sobrecosto de veinticuatro millones trescientos veintitrés mil seiscientos veintiocho m/cte (\$ 24.323.628) no previsto por el concesionario.

2. El perjuicio financiero derivado del atraso en el inicio de la operación en nueve (9) meses.

Probada como está la ausencia de imputación al concesionario por el inicio en la operación del parqueadero, la estipulación contractual aplicable, a los efectos de compensar el mayor costo financiero en que tuvo que incurrir el concesionario por el desplazamiento de la fecha de inicio de la operación como consecuencia del atraso en el inicio de la construcción, sin hecho que le sea imputable, es la consignada en el parágrafo de la cláusula 10.2 del contrato de concesión 385/99 (que fue modificada mediante otrosí 3 al contrato principal) concebida por las partes, precisamente para este evento, y cuya aplicación y observancia es la que requiere al IDU el concesionario, y que a la letra dispone, en lo pertinente:

“(…) El compromiso de cubrir el defecto con relación al ingreso mínimo no operará cuando el déficit de los ingresos mínimos del parqueadero se deba a hechos imputables o por responsabilidad del concesionario.

PAR.—Sin perjuicio de lo dispuesto en esta cláusula, cuando se presenten atrasos o demoras en el inicio de la operación del parqueadero por causas no imputables al concesionario los perjuicios en los que se haya incurrido, hasta una suma equivalente a la del ingreso mínimo garantizado”.

La estructura financiera del proyecto: las proyecciones y el flujo de caja previsto en las etapas de diseño y construcción y de operación.

El contrato de obra, por el sistema de concesión, tiene dos componentes principales, dentro del campo de las prestaciones a cargo del concesionario, a saber: La obligación de construir unas obras (y mantenimiento de las obras durante el tiempo de la concesión), la cual involucra un comportamiento económico propio de su naturaleza, a saber de la forma como se analizan y establecen los costos y como se ejecuta la obra, buscando el desarrollo de la parte técnica del proyecto en los términos previstos al momento de contratar.

La obligación de financiar el desarrollo de las obras, el mantenimiento y la operación del proyecto, contando para ello con un capital de riesgo y con recursos de crédito y pudiendo confiar en la recuperación de la inversión mediante el cobro de las tarifas establecidas durante el tiempo convenido, de tal modo que permita el cumplimiento de las proyecciones financieras del concesionario, que sirvieron de base a su ofrecimiento (L. 80/93, arts. 4º, 5º, 27 y 32).

El proyecto que se contrató entre el Instituto de Desarrollo Urbano y la sociedad Concesionaria Parqueadero Calle 90 S.A., contempló con claridad estos dos aspectos, tanto desde el punto de vista de las obligaciones a cargo del concesionario, como desde la óptica de la remuneración pactada en su favor.

Así, la ingeniería financiera del proyecto que se incorporó en el contrato, tuvo en consideración, de una parte, los costos de ejecución de las obras de construcción del parqueadero, y su mantenimiento durante el período de operación, incluyendo para esta actividad las proyecciones normales sobre costos indirectos (administración e imprevistos) y utilidades de la construcción. De otra parte contempló las condiciones, montos y alcances de las prestaciones financieras a cargo del concesionario, las tasas pagaderas a favor de las entidades financiadoras del proyecto y las tasas de retorno de capital invertido por los socios de la concesionaria.

La dilación y aplazamiento del inicio de la etapa de construcción, vale decir, la parálisis total del contrato durante más de 9 meses, respecto de la fecha inicialmente prevista, sin culpa o hecho del concesionario, le causó sobrecostos, pérdidas y perjuicios, tanto en lo referente en el campo de ejecución técnico-económica de las obras, descritos y discriminados en el capítulo anterior, como en relación con las bases financieras del contrato de concesión.

En el contrato de concesión 385/99, previeron las partes la posibilidad de estos desfases de tipo económico que afectarían la estructura financiera del proyecto, y pactaron a tal efecto, a manera de estimación compensatoria anticipada para este supuesto, la estipulación prevista en el parágrafo de la cláusula 10.2 del contrato de concesión 385/99, antes transcrito.

De conformidad con el contrato, a fin de establecer el monto debido por el ingreso mínimo garantizado en el caso previsto en el parágrafo de la cláusula 10.2, y toda vez que esta disposición no contempla fórmula, mecanismo o metodología distinta para este supuesto, deberá aplicarse la cláusula “10.2 pago al concesionario”.

V. Pruebas

Fueron decretadas y practicadas las siguientes:

Pruebas solicitadas por la parte demandante:

1. Prueba documental aportada con la demanda:

Junto con la presente demanda se aportaron los siguientes documentos en copia simple:

Nº	Documento	Número	Fecha
1	Pliego de condiciones licitación pública IDU - LPSSE-001-1999		Febrero de 1999
2	Resolución de adjudicación de las licitaciones públicas IDU-LP-SSE-001-99 e IDU-LPSSE-003-99	660	3 de junio de 1999
3	Resolución de adjudicación de las licitaciones públicas IDU-LP-SSE-002-99 e IDU-LP-SSE-004-99	659	3 de junio de 1999
4	Contrato de concesión calle 90	385	23 de julio 1999
5	Licencia de construcción	2000-2-0066	28 de abril de 2000
6	Licencia de construcción	10157	28 de abril de 2000

7	Licencia de construcción	2000-2- 0065	28 de abril de 2000
8	Licencia de construcción	10156	28 de abril de 2000
9	Resolución de curaduría urbana 1	10124	21 de julio de 2000
10	Acta de reunión con los vecinos parqueadero calle 90		22 de noviembre de 2000
11	Acta de suspensión del contrato de concesión 385 de 1999 por impugnación de la licencia de construcción	5	29 de agosto de 2000
12	Acta de suspensión del contrato de concesión 385 de 1999, por impugnación de la licencia de construcción	6	27 de octubre de 2000
13	Comunicación del concesionario solicitando el reconocimiento de los sobrecostos por el inicio tardío de la obra, anexando presupuesto de inversión actualizado, calle 90	GC-037-01	23 de enero de 2001
14	Comunicación del concesionario reiterando el reconocimiento de los sobrecostos por el inicio tardío de la obra, calle 90	GC-081-01	8 de marzo de 2001
15	Comunicación del concesionario solicitando el restablecimiento de las condiciones contractuales, por el retraso en el inicio de la etapa de construcción	GC-117-01	2 de abril de 2001
16	Comunicación del concesionario solicitando el pago correspondiente al ingreso mínimo garantizado del parqueadero calle 90	GC-208-1	4 de junio de 2001
17	Comunicación del concesionario presentado el soporte técnico y metodológico de la reclamación por mayores costos, calle 90	GC-211-01	5 de junio 2001
18	Oficio del IDU, negando la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato por el retraso en el inicio de la etapa de construcción, calle 90	STOE 5200-3390	22 de junio de 2001
19	Oficio del IDU, negando la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato por el retraso en el inicio de la etapa de construcción, calle 90	DTEP-5000-958	8 de agosto de 2001
20	Reclamación del concesionario		24 de septiembre de 2001
21	Memorando IDU dando respuesta a la reclamación presentada por el concesionario	DTL-6000-044	1° de febrero de 2002
22	Comunicación del concesionario presentado el impacto causado en el presupuesto de inversión del proyecto, debido al desplazamiento de la iniciación de la etapa de construcción, calle 90	93386	27 de septiembre de 2000
23	Comunicación del IDU sobre ejecución del proyecto con operación convencional y costos del ajuste del diseño arquitectónico de la etapa del parqueadero a cargo del concesionario, calle 90	STOE 5200-0054	10 de enero de 2001
24	Recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la licencia de construcción N° LC 0010156 del 28 de abril de 2000, interpuesto por el Dr. Uribe, en representación de varios de los vecinos de la obra		6 de junio de 2000

25	Recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la licencia de construcción N° LC 0010156 del 28 de abril de 2000, interpuesto por el Dr. Muñetón, en representación de varios de los vecinos de la obra		6 de junio de 2000
26	Resolución del DAPD por medio de la cual se decide una solicitud de licencia de intervención y ocupación del espacio público para construir 4 parqueaderos subterráneos que complementarían el paseo de la carrera 15	123	27 de marzo de 2000
27	Oficio del IDU, glosando cuenta sobre garantía de ingresos mínimos, calle 97	STOE 5200-0153	22 de enero de 2002
28	Oficio del IDU, glosando cuenta sobre garantía de ingresos mínimos, calle 77	STOE 5200-0154	22 de enero de 2002
29	Oficio del IDU, glosando cuenta sobre garantía de ingresos mínimos, calle 85	STOE 5200-0151	22 de enero de 2002
30	Oficio del IDU, glosando cuenta sobre garantía de ingresos mínimos, calle 90	STOE 5200-0152	22 de enero de 2002
31	Comunicación de los abogados Uribe y Muñetón sobre interposición de recursos contra la licencia de construcción LC 0010156 y la suspensión de los trabajos		8 de junio de 2000
32	Acta de inicio del contrato de interventoría 219 de 2000, calle 85	1	22 de mayo de 2000
33	Acta de inicio del contrato de interventoría 054 de 2000, calle 77	1	22 de mayo de 2000
34	Acta de inicio del contrato de interventoría 052 de 2000, calle 97	1	22 de mayo de 2000
35	Comunicación IDU remitiendo las actas de iniciación de los contratos de interventoría, excepto el de la calle 90, por el trámite de la notificación de la licencia de construcción	STOE 5200-3515	
36	Factura de venta por cobertura de ingresos mínimos calle 97	15	11 de marzo de 2002
37	Factura de venta por cobertura de ingresos mínimos calle 90	9	11 de marzo de 2002
38	Factura de venta por cobertura de ingresos mínimos calle 85	18	11 de marzo de 2002
39	Factura de venta por cobertura de ingresos mínimos calle 77	16	11 de marzo de 2002
40	Otrosí al contrato de concesión 385 de 1999	3	29 de enero de 2002
41	Acta de suspensión del contrato de concesión 385 de 1999	1	23 de julio de 1999
42	Acta de prórroga de suspensión del contrato de concesión.385 de 1999		7 de septiembre de 1999
43	Acta de reiniciación del contrato de concesión 385 de 1999		28 de septiembre de 1999

44	Acta de iniciación de la etapa de construcción, contrato 385 de 1999		29 de enero de 2001
45	Propuesta presentada por la sociedad concesionaria para la licitación pública IDU- LPSSE-001-1999		15 de abril

2. Prueba documental que se solicitó.

Oficios:

Se ordenó librar oficios:

Al IDU

Para que remitiera, con destino al proceso, copia auténtica de la totalidad del expediente administrativo del contrato de concesión 385 de 1999 incluyendo, pero sin limitarse a ello:

1. Las actuaciones surtidas en desarrollo del proceso licitatorio que dio origen al contrato, junto con los pliegos de condiciones, sus adendos, y la propuesta presentada por el concesionario hoy demandante.
2. Las licencias, permisos y autorizaciones obtenidas por el concesionario para la ejecución del contrato.
3. El contrato de concesión 385 de 1999.
4. El acta de entrega del predio objeto del contrato de concesión 385 de 1999, de fecha 28 de abril de 2000.
5. El otrosí 3 al contrato de concesión 385 de 1999.
6. Las actas de reunión, suspensión y reiniciación suscritas en desarrollo del contrato 385 de 1999.
7. Las actas de comité contractual del IDU celebrados en desarrollo del contrato 385 de 1999 en los que se haya discutido el tema de las solicitudes de restablecimiento económico presentadas por el contratista a la entidad, y cuyas decisiones fueron designadas en la comunicación 060673 (DTEP-5000-959) de agosto de 2001.
8. Las actuaciones referentes a la obtención, por parte del concesionario, y posterior impugnación por parte de la comunidad, de la licencia de construcción LC-001010156(sic) del 28 de abril de 2000, correspondiente al parqueadero de la calle 90.
9. Las solicitudes de restablecimiento económico y financiero del contrato de concesión 385 de 1999 presentadas por la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**
10. Las respuestas del IDU a las solicitudes de restablecimiento económico y financiero presentadas por el concesionario.

A la curaduría urbana 1 de Bogotá.

Para que remitiera, con destino al presente proceso, **copia auténtica de la totalidad del expediente administrativo** del trámite de la obtención, por parte del concesionario, y posterior impugnación, por parte de la comunidad de la licencia de construcción LC-0010156 del 28 de abril de 2000, correspondiente al parqueadero de la calle 90.

Los oficios fueron respondidos por las entidades conforme a lo requerido.

3. Dictámenes periciales.

Dictamen pericial técnico.

Se decretó la práctica de un peritaje a cargo de ingenieros civiles para establecer los sobrecostos y perjuicios

sufridos por la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, como consecuencia de los mayores costos de la obra por los siguientes conceptos:

- Ajuste por actualización de costos de materiales y mano de obra.
- Cambios en el diseño (mayor costo derivado de los cambios en el diseño estructural del parqueadero), generados por:
 - Cambios en la especificación técnica de la losa superior del parqueadero.
 - Cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero (refuerzo estructural superior).

Como peritos fueron designados Jorge Torres Lozano y Eduardo Villate Bonilla quienes rindieron el experticio en la oportunidad señalada por el tribunal.

Dictamen pericial financiero.

Se decretó la práctica de un peritaje a cargo de los mismos peritos designados para la prueba pericial técnica, para establecer y cuantificar los sobrecostos y perjuicios sufridos por la sociedad **Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.**, así como los efectos que para la economía de la concesión como consecuencia del atraso en el inicio de la operación del parqueadero en nueve (9) meses, a raíz del atraso en el inicio de la construcción por causas no imputables al concesionario.

Se solicitó igualmente a los peritos indicar:

- Un método simple, pero adecuado, para actualizar, en términos de mantenimiento del poder adquisitivo del dinero, a la fecha del laudo, los valores que arrojen sus dictámenes periciales.
- El cálculo de los intereses moratorios de conformidad con lo solicitado en la pretensión tercera y sus subsidiarios de la presente demanda.

Objeción por error grave al dictamen pericial.

Contra el dictamen pericial rendido por los doctores Torres y Villate, los apoderados de ambas partes formularon objeción por error grave. Como prueba de la objeción, la parte convocante pidió la práctica de un nuevo peritaje el cual fue decretado por el tribunal, para cuyo efecto designó al perito Luis Guillermo Aycardi.

El nuevo perito rindió su dictamen en la oportunidad señalada por el tribunal.

4. Testimonios.

Se decretó la práctica de los siguientes testimonios:

1. Alicia Naranjo.
2. Natalia Iregui.
3. Alejandro Atuesta (subdirector general corporativo).
4. Andrés Trujillo (director técnico de espacio público).
5. Gustavo Montes (coordinador de parqueaderos).

Fueron recibidos los anteriores testimonios, con excepción de Alicia Naranjo, de cuya prueba testimonial desistieron de común acuerdo las partes.

Tacha del testimonio de Gustavo Alberto Montes Villa.

La apoderada de la parte convocante formuló tacha al testimonio del señor Gustavo Alberto Montes Villa, al

tiempo que solicitó librar un oficio dirigido a la Fiscalía General de la Nación, acompañado de la versión escrita y de las grabaciones magnetofónicas de la declaración del testigo, rendida el 27 de enero de 2002.

El tribunal ordenó elaborar el oficio solicitado y hacer entrega del mismo a la apoderada.

Pruebas pedidas por la parte convocada.

Por petición de la parte demandada, se decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

Documentales aportadas con la contestación de la demanda.

1. Copia auténtica de la Resolución 83 del 13 de diciembre de 1988 de la junta directiva del IDU.
2. Copia auténtica de la Resolución 54 del 30 de enero de 1989 de la dirección ejecutiva del IDU.
3. Copia auténtica de la Resolución 476 del 31 de agosto de 1995 de la dirección del IDU.
4. Copia auténtica de la Resolución 163 del 24 de febrero de 1999 de la dirección ejecutiva del IDU.
5. Certificación de la dirección técnica de recursos humanos del IDU sobre el ejercicio y permanencia en él de la directora técnico legal del IDU Dra. Julia Collazos de Gómez.
6. Memorando DTL-6000-044 del 1º de febrero de 2002 de dirección técnica legal (concepto).
7. Memorando STOE 5200-2486 del 4 de octubre de 2001 de dirección técnica de espacio público.
8. Memorando DTL-6000-327 de dirección técnica legal.
9. Memorando STOE-5200-01937 del 16 de abril de la dirección técnica de espacio público.
10. Póliza de seguros de cumplimiento de Liberty Seguros S.A. 85957.
11. Otrosí 1 al contrato adicional 1 al contrato 385 de 1999.
12. Memorando STOE-5200-0656 del 18 de marzo de 2002 de dirección técnica de espacio público.
13. Memorando STOE-5200-0199 del 30 de enero de 2002 de la subdirección técnica de ejecución de obras de espacio público (actas 1 y 2 de iniciación y de anticipo).
14. Oficio de la Contraloría de Bogotá D.C AU-IDU-045, radicación IDU-13787 de febrero 28 de 2002.
15. Oficio DTEP-5000-0133 del 7 de marzo de 2002, de la dirección general dirigido al líder del grupo de auditoría ante el IDU de la Contraloría de Bogotá, D.C.
16. Otrosí 3 al contrato 385 de 1999.
17. Memorando STOE 5200-4068 de la subdirección técnica de ejecución de obras del espacio público del 20 de diciembre de 2001.
18. Memorando STOE 5200-3068 de la dirección técnica de espacio público del 3 de diciembre de 2001.
19. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 385 de 1999, por el representante legal de la Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.
20. Memorando STOE-5200-0045 del 10 de enero de 2002 de la subdirección técnica de ejecución de obras de espacio público.
21. Memorando STOE-5200-0039 del 10 de enero de 2002 de la dirección técnica de espacio público.
22. Memorando DTL 6000-016 del 15 de enero de 2002 de la dirección técnica legal.

23. Póliza de seguro de cumplimiento 700000689 de aseguradora Colseguros S.A.
24. Contrato 1 contrato adicional 1 al contrato 385 de 1999.
25. Memorando STOE 5200-4066 de la subdirección técnica de ejecución de obras del espacio público del 20 de diciembre de 2001.
26. Memorando STOE 5200-4065 de dirección técnica de espacio público del 20 de diciembre de 2001.
27. Memorando STOE 5200-4066 de dirección técnica de espacio público del 20 de 2001.
28. Oficio DTEP-5000-(sic) de dirección técnica de espacio público de diciembre 27 de 2001.
29. Memorando DTEP 5000-1930 del 14 de noviembre de 2001 de dirección técnica de espacio público.
30. Oficio de radicación IDU-90041 del 9 de noviembre de 2001, de Patricia Mier Barros.
31. Póliza de Aseguradora Colseguros S.A. 119779.
32. Memorando STOE 5200-0287 del 14 de marzo de 2001 de dirección técnica de espacio público.
33. Solicitud restablecimiento de las condiciones contractuales, sobrecostos por demora en el inicio de la construcción del parqueadero calles 77, 85, 90 y 97.
34. Oficio GC-211-01 radicación IDU-47569 del 5 de julio de 2001, de gerente concesionarias parqueaderos calles 77, 85, 90 y 97.
35. Oficio STOE 5200-2819 de la dirección técnica del espacio público.
36. Oficio GC-037-01 radicación IDU-06144 del 23 de enero de 2001, gerente concesionarias parqueaderos calles 77, 85, 90 y 97.
37. Oficio GC-081-01 radicación IDU-21658 de 9 de marzo de 2001, gerente concesionarias parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97.
38. Condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales.
39. Oficio GC-068-01 radicación IDU-18044 del 27 de febrero de 2001, gerente concesionarias parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97.
40. Memorando STCO-6300-695 de la subdirección técnica de contratación del 11 de abril de 2001.
41. Memorando STOE 5200-0287 del 14 de marzo de 2001 de dirección técnica de espacio público.
42. Oficio GC-037-01 radicación IDU-06144 del 23 de enero de 2001, gerente concesionarias parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97.
43. Memorando STOE-5200-0580 del 8 de marzo de 2002 de la subdirección técnica de ejecución de obras espacio público.
44. Póliza única de cumplimiento 7-24-009625 de Colseguros S.A.
45. Acta de iniciación etapa de construcción contrato 385 de 1999.
46. Memorando STOE 5200-0521 del 1º de marzo de 2001 de la subdirección técnica de ejecución de obras de espacio público.
47. Memorando OAG 0150-119 del 12 de febrero de 2001 de la oficina asesora de gestión ambiental.
48. Memorando STOE 5200-0331 del 8 de febrero de 2001 de la subdirección técnica de ejecución de obras del

espacio público.

49. Memorando OAG 0150-33 del 29 de septiembre de 2000 de la oficina asesora de gestión ambiental.
50. Memorando STEO 3300-1981M del 10 de noviembre de 2000 de la dirección técnica de construcciones.
51. Oficio GMC 025-010-01 del Consorcio Intercon director de interventoría, radicación IDU 06516 de 24 de enero de 2001.
52. Memorando STCO-6300-0137 del 19 de enero de 2001 de dirección técnica legal.
53. Memorando STOE-5200-0052 del 5 de enero de 2001 de la dirección técnica de espacio público.
54. Memorando STCO-6300-3049 del 27 de diciembre de 2000 de la dirección técnica legal.
55. Oficio STOE-5200-4513 de la dirección técnica de espacio público.
56. Oficio solicitudes con relación al contrato de Concesión Parqueadero Calle 90.
57. Memorando STOE-5200-1860 del 26 de septiembre de dirección técnica de espacio público.
58. Memorando STCO-6300-2032 del 13 de septiembre de 2000 de la dirección técnica legal.
59. Memorando STOE-5200-1537 del 17 de agosto de 2000 de la subdirección técnica de ejecución de obras del espacio público.
60. Otrosí 2 al contrato 385 de 1999.
61. Memorando STOE-5200-2136 del 31 de julio de 2000 de la dirección técnica de espacio público.
62. Memorando STOE-5200-2136 del 31 de julio de 2000 de la dirección técnica de espacio público.
63. Memorando STEO-5200-2135 del 31 de julio de 2000 de la dirección técnica del espacio público.
64. Memorando STEO-5200-2135 del 31 de julio de 2000 de la dirección técnica del espacio público.
65. Oficio GMC 031-092-00 del consorcio Intercon director de interventoría radicación IDU-101696 del 23 de octubre de 2000.
66. Oficio proteger, dirigido a Coemco de 17 de diciembre de 2000.
67. Oficio GMC 030-071-00 del consorcio Intercon director de interventoría, radicación IDU 101706 del 23 de octubre de 2000.
68. Oficio GMC 025-05-00 del consorcio Intercon director de interventoría radicación IDU 10175 del 23 de octubre de 2000.
69. Otrosí 1 al contrato 385 de 1999 del 11 de octubre de 2000.
70. Certificado Cámara de Comercio Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.
71. Oficio del 18 de agosto de 2000 del representante legal Concesionario Parqueadero Calle 90.
72. Memorando STCO-6300-1879 del 30 de agosto de 2000 de la dirección técnica legal.
73. Memorando STCO-6300-1872 del 29 de agosto de 2000 de la dirección técnica legal.
74. Memorando STOE-5200-1077 del 23 de junio de 2000 de la dirección técnica de espacio público.
75. Memorando STCO-6300-1856 del 29 de agosto de 2000 de la dirección técnica legal.

76. Memorando GCP 5400-760 del 2 de junio de 2000 de la subdirección técnica de ejecución de obras del espacio público.
77. Oficio STCO-6300-425 del 24 de marzo de 2000 de la dirección técnica legal al representante legal concesión parqueaderos.
78. Oficio 6300-181 de 4 de febrero de 2000 de la dirección técnica legal al representante legal concesión parqueaderos.
79. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 06868 del 27 de enero de 2000.
80. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 06106 del 26 de enero de 2000.
81. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 05777 del 25 de enero de 2000.
82. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 04892 del 21 de enero de 2000.
83. Oficio DTL 6000-015 de la dirección técnica legal al del representante legal de concesionarios parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97.
84. Oficio Conalvías S.A. del 20 de enero de 2000.
85. Oficio DTEP 5000-286 del 27 de enero de 2000 de la dirección técnica de espacio público.
86. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 01295 del 7 de enero de 2000.
87. Memorando STCO 6300-139 del 31 de enero de 2000 de la dirección técnica legal.
88. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 04317 del 21 de enero de 2000.
89. Memorando DTL 6000-713 de dirección técnica legal.
90. Póliza de cumplimiento 7-24-009624 de Aseguradora Colseguros S.A.
91. Póliza de cumplimiento 7-24-009625 de Aseguradora Colseguros S.A.
92. Póliza de cumplimiento 7-24-009626 de Aseguradora Colseguros S.A.
93. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual Aseguradora Colseguros S.A. 119779.
94. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual Aseguradora Colseguros S.A. 122146.
95. Oficio del representante legal de concesiones parqueaderos calle 77, 85, 90 y 97, radicación IDU 40867 del 16 de julio de 2000.
96. Acta de suspensión 1 contrato 385 de 1999 del 23 de julio de 1999.
97. Contrato 385 de 1999.
98. Oficio del 15 de junio de 1999 de Selfinver banca de inversión.
99. Oficio del 13 de julio de 1999 de Selfinver banca de inversión.

Conciliación judicial.

El tribunal señaló el 28 de agosto a las 9:30 a.m. para celebrar una audiencia de conciliación, de conformidad con el artículo 101 de la Ley 446 de 1998, y fue suspendida para continuarla el 15 de septiembre. En esta audiencia las partes solicitaron fuera nuevamente suspendida hasta el 1° de octubre y así lo ordenó el tribunal. En esta última fecha se realizó la audiencia de conciliación, la cual resultó fallida por cuanto las partes no llegaron a ningún acuerdo respecto de las controversias sometidas a decisión del tribunal.

Alegatos de conclusión.

La audiencia de alegatos tuvo lugar el 1° de octubre de 2003, en la cual las partes formularon oralmente sus alegaciones y adicionalmente entregaron un resumen escrito de las mismas, los cuales se incorporaron al expediente.

Consideraciones del tribunal.

Entra a resolver el tribunal, en primer lugar, las objeciones formuladas al dictamen pericial y la tacha del testimonio de Gustavo Alberto Montes Villa, toda vez que resulta relevante a la valoración de las pruebas en que debe fundar su decisión arbitral.

Objeción por error grave al dictamen pericial.

Por solicitud de la convocante en este proceso se decretó la práctica de un dictamen pericial para absolver el cuestionario propuesto a los peritos por esta misma parte en la demanda, en la contestación a las excepciones propuestas por la demandada, cuestionarios que además fueron adicionados en el curso de la diligencia de posesión de los peritos. Cumplidos los trámites procesales pertinentes, el dictamen pericial rendido por los peritos ingenieros civiles, doctores Jorge Torres Lozano y Eduardo Villate Bonilla, fue presentado con fecha 6 de marzo de 2003 y del mismo se corrió traslado a las partes de acuerdo con la ley procesal.

En respuesta a este traslado ambas partes, dentro del término legal, solicitaron diversas aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial. Decretadas estas por el tribunal, los peritos, con fecha 9 de abril de 2003, presentaron las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes las cuales fueron puestas en conocimiento de las mismas para los efectos legales de rigor.

De nuevo actuando dentro del término legal, ambas partes formularon objeción por error grave al dictamen pericial rendido originalmente y sus aclaraciones y complementaciones presentadas posteriormente en las fechas ya citadas.

En desarrollo de lo prescrito por el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil el tribunal dio traslado de estas objeciones a las partes y luego procedió a decretar otro dictamen pericial a fin de dar mayores elementos de juicio a los árbitros sobre dichas objeciones. Con fecha 4 de julio de 2003 el árbitro único designado para rendir este dictamen presentó su experticio del cual se dio traslado a las partes para su conocimiento. Cumplido lo anterior ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen. Con escritos de julio 15 y julio 4 de 2003 el perito único procedió a hacer las aclaraciones y complementaciones solicitadas con lo cual se concluyó el trámite de la prueba pericial aquí aludida.

Las objeciones propuestas.

Corresponde al tribunal decidir en este laudo las objeciones por error grave presentadas por ambas partes a lo cual procederá examinando, en su orden, las presentadas por la parte demandada y luego por la demandante.

1. Objeciones por error grave propuestas por la parte demandada.

Para un mejor entendimiento de las consideraciones que hará el tribunal sobre estas objeciones, conviene transcribir, textualmente, el fundamento de las mismas así:

“a) Ajuste por actualización de costos de materiales y mano de obra”.

Los peritos concluyeron:

“Si no hubiese existido oposición por parte de los vecinos, la obra se hubiera iniciado acto seguido a la expedición de la licencia de construcción es un acto administrativo pasible de los recursos de vía gubernativa y que por tal razón quedó en firme luego que estos fueron resueltos por la autoridad administrativa y que los intereses desistieran de la apelación interpuesta.

Como puede verse, la ausencia de suficiente ilustración de los peritos sobre el contrato, no les permitió observar que la licencia de construcción es un acto administrativo pasible de los recursos de vía gubernativa y que por tal razón quedó en firme luego que estos fueron resueltos por la autoridad administrativa y que los interesados desistieran de la apelación interpuesta.

Las pruebas que obran en el proceso, demuestran que la obra empezó a construirse tan pronto como el concesionario obtuvo la licencia de construcción, razón por la que no existe fundamento para el reconocimiento de perjuicio de ajustes por la actualización de costos y mano de obra.

Los peritos en su concepto no valoran que la suspensión de 9 meses del contrato fue integral y no afectó el plazo total del mismo (...) por lo que no existe fundamento jurídico para justificar los sobrecostos por mayor valor de los materiales en cuantía de \$ 337.835.344”.

Más adelante agrega el objetante:

“Cambios en el diseño (mayor costo derivado de los cambios en el diseño estructural del parqueadero)

En este punto del dictamen, el instituto considera la existencia de error grave en las conclusiones de los peritos, quienes desconocen hechos contractuales, como es, que el concesionario modificó los diseños a su riesgo, pues en ningún momento consultó a la entidad contratante y además, la intervención que hizo a la tapa del parqueadero no está técnicamente construida para soportar el peso de vehículos pesados, razón por la cual, la entidad no puede legalmente cancelar el mayor costo de una estructura que no cumple con las especificaciones técnicas requeridas”.

En lo atinente a la parte financiera del dictamen el objetante afirma:

“En este punto igualmente los peritos incurren en error grave por desatender las previsiones contractuales.

La cláusula 10.4 del contrato, establece como obligación del IDU en relación con el pago al concesionario:

“pagar al concesionario, de acuerdo con lo previsto en este pliego, la cobertura de ingresos mínimos a que se refiere el numeral 1.4.6 del pliego de condiciones, cuando a ello haya lugar de conformidad con sus disposiciones”.

Los peritos, no obstante haber referido en su dictamen la cláusula antes transcrita incurren en error, al atribuir la imputabilidad de las causas del atraso en el inicio de la construcción por falta de la licencia de construcción, al contratante”.

Para resolver las anteriores objeciones considera el tribunal que, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina, las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1° 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, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal” (G.J. Tomo LXXXV, pág. 604).

Aplicando los conceptos de esta conocida sentencia al caso de autos, forzoso es concluir, de la simple lectura de las mismas, que las objeciones por error grave al dictamen pericial, propuestas por la demandada, no deberán prosperar por cuanto ellas se fundamentan en el ataque a presuntas interpretaciones “integrales” del mismo, aspectos que con meridiana claridad se proyectan contra el proceso intelectual de los peritos, sin que ellos puedan

ser soporte de las objeciones por las razones vistas.

En consecuencia no es posible que prospere la tacha y en la parte resolutive del laudo se reflejara esta decisión del tribunal.

2. Objeciones por error grave propuestas por la parte demandante.

La parte demandante objetó por error el dictamen pericial circunscribiendo su tacha aquellas respuestas que los peritos dieron únicamente en relación con la capacidad de resistencia de la tapa cubierta superior del parqueadero. Para sustentar su objeción alega lo siguiente:

“2 Razones técnicas que sustentan la objeción

No obstante las conclusiones anotadas, existe un error grave en el concepto rendido por los señores peritos, afirmación que nos permitimos sustentar a continuación:

En oposición a los argumentos de los señores peritos, el análisis por ellos realizado, lo hicieron tomando el nervio solo, esto es, de manera aislada, sin trabajar en conjunto con los demás elementos de la placa, y como si sobre este único nervio se apoyara el camión. Lo anterior no resulta ser válido, puesto que la placa está diseñada con unos nervios principales, dispuestos en forma perpendicular al tráfico, que tienen la capacidad de tomar el 70% de la carga de diseño y adicionalmente, unos nervios secundarios que asumen el 35% de la carga del diseño, y que tienen un área aferente de 3 m.

Se suma a todo lo anterior, que la estructura cuenta con unas vigas de 40 X 45, que fueron construidas de manera intermedia, apoyadas sobre unos pilotes temporales para poder construir unas fajas de placas que sirvieran de puntal para los muros de contención, lo que permitió adelantar la excavación.

Todos los anteriores elementos dan cuenta de que la estructura se debe analizar como un conjunto, esto es, como un entramado de vigas y nervios y no de manera individual y aislada, como al parecer, lo hicieron los señores peritos”.

A los argumentos anteriores la objetante añade otras consideraciones técnicas precisas y anexa una serie de gráficas demostrativas de la manera en que se construyó la estructura del parqueadero, a fin de poner en evidencia el error grave del dictamen pericial.

Con respecto a esta objeción encuentra el tribunal que en relación con la capacidad de carga de la tapa o losa superior del parqueadero, en el dictamen materia de la objeción, rendido el 6 de marzo de 2003, con las aclaraciones y complementaciones adicionadas el 9 de abril del mismo año, y basados en los argumentos contenidos en un informe técnico por ellos solicitado, los peritos concluyen:

“En razón de lo anterior la placa no estaría en condiciones de resistir las cargas correspondientes al camión de 11.94 toneladas”.

Encuentra el tribunal que el dictamen pericial objetado se fundamenta, a su turno, en un informe técnico rendido por un experto en el diseño de estructura y puentes para concluir que la placa del parqueadero no estaría en condiciones de resistir las cargas correspondientes a un camión de 11.94 toneladas, informe técnico que, como el mismo lo advierte, se basa en la aplicación del Código colombiano de diseño sísmico de puentes CCP-95, complementada con la norma standard specifications for highway bridges (AASHTO).

Como prueba del error grave que se endilga al dictamen en este punto por la parte convocante, fue decretado un nuevo peritaje a cargo del perito Luis Guillermo Aycardi, rendido a la postre el 4 de julio de 2003, que el tribunal entra a valorar.

En este último dictamen el perito concluye que “Si ocurre el tránsito de vehículos de 12 toneladas sobre esta estructura:

a) El entramado general de vigas y viguetas podría resistir sin daño apreciable o con un ligero daño con ciertas

condiciones de aplicación de carga.

b) La plaqueta superior presentaría serías grietas superiores por ausencia de armadura e interiormente también presentaría problemas por deficiencia de ella.

c) El daño de esta plaqueta superior puede disminuirse por la presencia del acabado del piso, pero de todos modos se presentará deterioro con sucesivas aplicaciones de la carga”.

En apoyo de esta conclusión, el dictamen contiene las siguientes reflexiones:

“Entramado general de vigas y nervios.

Aun considerando todos los elementos principales y secundarios del entramado, la discrepancia se presenta alrededor de dos puntos que afectan ambos el valor de la carga de cálculo.

a) El factor de carga para el peso del vehículo.

b) El factor de carga de impacto o sea el incremento que se hace por la rapidez de aplicación de la carga proveniente de la velocidad de circulación del vehículo sobre la estructura.

Por una parte se argumenta que a esta placa debe darse un tratamiento igual que a la placa o tablero de un puente y aplicar las normas de cálculo establecidas por ello.

El argumento opuesto plantea que al caso puede darse tratamiento de cargas corrientes en un edificio de ocupación normal en el cual se permitan sobreesfuerzos en los materiales para eventos de ocurrencia ocasional y agrega que el efecto de impacto no debe considerarse porque los vehículos que lleguen a transitar sobre la estructura lo harán con velocidad controlada.

Hagamos un breve análisis de estos planteamientos:

En verdad no parecería justo tratar a esta estructura con la misma rigidez con la que se trata un puente sobre el cual los vehículos no transitan esporádica sino continuamente.

La propuesta del argumento opuesto de permitir sobreesfuerzos en los materiales es usada en el diseño estructural al tratar de otros eventos ocasionales, pero el ignorar totalmente el factor de impacto alegando que habrá velocidad controlada de los vehículos es una hipótesis bien discutible.

En consecuencia ninguna de las dos posiciones contienen toda la verdad y aunque lo que parece lógico es adoptar un punto intermedio, debe procederse con suma prudencia ya que en la Ingeniería estructural todos los factores de diseño están unificados por normas que pretendan llevar a los ingenieros a que todos sus diseños sean tanto suficientemente seguros como comparables entre sí.

Teniendo en cuenta todo lo anterior debe decirse que el caso no está expresamente tratado en las normas y que el cálculo que se adelante con todo el rigor de análisis y con los factores que se pudieran considerar mas lógicos por un mayor número de ingenieros estructurales, arrojaría sobreesfuerzos en algunos elementos tanto por reflexión como fuerza cortante que causarían fisuración mas no falla del entramado general de vigas y nervios”.

De la apreciación de este segundo dictamen para el tribunal es claro que aplicar los parámetros de resistencia de un puente sobre una autopista, donde hay un flujo vehicular continuo y a gran velocidad, a una estructura destinada al tráfico eventual del transporte de unos materiales de construcción a una velocidad controlada, lleva en efecto a la conclusión errada contenida en el peritaje objetado, en la medida en que sus fundamentos, válidos para otras estructuras, no consultan el propósito requerido para la placa del parqueadero.

Las consideraciones del segundo dictamen rendido como prueba del error grave en que incurrió la pericia inicial, que quedaron transcritas, al igual que otras contenidas en el experticio que no se citan en gracia de la brevedad, confirman la conclusión de que la placa del parqueadero resiste el peso de un camión de 12 toneladas sin daño apreciable en su estructura. Para dicho concepto el perito único parte de la circunstancia cierta y demostrada en el

proceso, de que la estructura del parqueadero y su tapa se diseñó con un propósito particular que no está contemplado en las normas de la ingeniería estructural con lo cual ha quedado en evidencia el error del primer dictamen en el que, por el contrario, se aplican tales normas sin atender a lo específico y particular del caso.

Síguese de lo anterior que la objeción por error grave en este aspecto del dictamen, habrá de prosperar como se señalará en la parte resolutive del laudo. Sin embargo, no se ordenará a los peritos la restitución de los honorarios por cuanto el dictamen conservó su mérito probatorio en lo que, siendo materia de la controversia, no fue objetado.

Tacha del testimonio de Gustavo Alberto Montes Villa.

En el curso de la audiencia en que fue recibido el testimonio de Gustavo Alberto Montes Villa (27 de enero de 2003, acta 4), la apoderada de la sociedad convocante formuló tacha a dicho testimonio con fundamento en que el testigo es funcionario del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, al propio tiempo que pidió librar oficio a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue si el testigo habría incurrido, según manifestó la apoderada, en falso testimonio en la declaración rendida.

El tribunal accedió a librar el oficio solicitado y del mismo hizo entrega a la apoderada. En cuanto a la tacha del testimonio, pasa a resolverla en los siguientes términos:

Sobre la valoración de dicho testimonio el tribunal encuentra que, en todos los casos, es su deber apreciar en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas surtidas en el proceso.

La tacha del testimonio no tiene la virtualidad de inhabilitar la prueba sino que tan solo alerta al juzgador sobre las particulares condiciones o características del testigo, su relación con las partes, su situación en la época de los hechos materia de la declaración, que pudieran influir, de manera deliberada o no, sobre la forma en que relata los hechos⁽¹⁾.

El testimonio, no obstante la tacha, debe recibirse y apreciarse, solo que debe hacerse con la particular consideración de todas aquellas circunstancias que pudieran afectar la declaración del testigo. No para juzgar si fue veraz o no, lo cual es materia de otra jurisdicción, sino para apreciarlo como prueba en conjunto con las pruebas restantes teniendo siempre en mente las especiales condiciones o circunstancias del testigo respecto de su declaración. Esto, ciertamente, corresponde al juez hacerlo en todos los casos y no solamente respecto de una prueba a la que se haya formulado reparo, conforme al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, pero desde una perspectiva aún más rigurosa si se ha formulado una tacha de sospecha.

De esta manera el tribunal ha analizado la declaración del testigo Gustavo Alberto Montes Villa, contra la cual se solicitó la tacha, sus respuestas, juicios y argumentaciones expuestos y, teniendo en cuenta que es actualmente funcionario del instituto convocado y que lo era igualmente en la época de los hechos que son fundamento de la demanda, ha ponderado su declaración como la de un testigo sospechoso en razón a esas particulares condiciones y la ha apreciado como prueba en conjunto con la totalidad de las que obran en el proceso.

Análisis de los hechos y de las pruebas.

El tribunal se ocupará ahora de analizar los hechos de la demanda y establecer hasta dónde los mismos se encuentran probados en el expediente.

Hecho 1º. “La adjudicación y suscripción de los contratos”.

Se encuentra establecido en el proceso la adjudicación mediante Resolución 660 de 1999 al Consorcio Sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., por medio de la cual se otorgó la concesión para la realización de estudios previos, diseño, construcción, operación y mantenimiento del parqueadero público de la carrera 15 con calle 90.

Igualmente se encuentra probada la existencia del contrato 385 de 1999. Dicho contrato se ubica en el folio 71 y siguientes del cuaderno de pruebas 1.

Hecho 2. “Contenido obligacional de los contratos de concesión. Consecuencias de la mayor duración de las etapas anteriores a la de operación”.

El demandante pretende en este punto demostrar cómo el contrato reguló las consecuencias derivadas de los atrasos que se presenten en el inicio de la operación por hechos imputables al concesionario. En la misma forma los hechos que NO le sean imputables.

En los primeros, advierte que por la demora en cualquiera de las etapas previas el contratista no tendrá derecho a reclamar reparación patrimonial alguna y asumirá la disminución del plazo de operación resultante de su negligencia.

En el segundo evento destaca que cuando los hechos **no sean imputables** a causa o hecho del contratista es obvio, de conformidad con la ley y el contrato, que este no deberá soportar los efectos de los mismos “razón por la cual no podrá verse afectada su remuneración, que solo encuentra una fuente contractual: La operación del parqueadero” (pág. 8 de la demanda, cdno. ppal.).

El demandado a este hecho señala que se atiene a lo que “se pruebe en la documental que contiene el contrato de concesión 385 de 1999” (sic) (fls. 81 y ss. cdno. ppal.).

El párrafo de la cláusula 10.2 del contrato 385/99 objeto de análisis en esta controversia, dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta cláusula, cuando se presentan atrasos o demoras en el inicio de la operación del parqueadero por causas no imputables al contratista, el IDU reconocerá al concesionario los perjuicios en los que haya incurrido hasta una suma equivalente a la del ingreso mínimo garantizado”.

Sobre este aspecto vital en la consideración del proceso, habremos en primer lugar de analizar lo que el IDU sobre el mismo punto ha manifestado, lo que afirma el demandante y lo que el tribunal encuentra aplicable por estar probado dentro del proceso.

A folio 147 del cuaderno 1, se encuentra el oficio que suscribe el doctor Andrés Trujillo Mosquera, director técnico de espacio público del IDU, dirigido a la doctora Martha Lucía Córdoba y con relación a la solicitud de esta última respecto al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La nota textualmente señala:

“Recibida su comunicación de la referencia y efectuado un análisis a su contenido, nos permitimos informarle que el contrato 385 de 1999, a solicitud de ustedes fue suspendido por nueve meses a partir del momento en que se venció el plazo para iniciar la etapa de construcción del parqueadero **por falta de licencia de construcción respectiva** (resaltado del tribunal).

En ese orden de ideas, dado que la infraestructura como tal no se encuentra construida es imposible la prestación del servicio y por lo tanto no hay justificación para su solicitud.

Cosa distinta sería la situación una vez terminadas las obras del parqueadero, si por razones ajenas al contratista concesionario no fuera posible iniciar la operación del parqueadero, operaría la cláusula por ustedes mencionada”.

La apreciación del director del espacio público que hemos comentado es la reiteración de lo que en concepto amplio, por demás, le señala la dirección técnica legal al funcionario anotado, en el oficio que consta a folio 189 del cuaderno 1 de pruebas, concepto este referido a la solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato presentado por el concesionario.

El tribunal encuentra que evidentemente la cláusula 10.2 párrafo se refiere al hecho específico de la iniciación de la operación, es decir, que el contrato regula en esta cláusula lo pertinente al **atraso en la iniciación** de la operación del parqueadero; cosa muy diferente a los atrasos durante la construcción del mismo, o los atrasos dentro de la etapa de diseños o cierre financiero.

Es claro entonces para el tribunal entender que lo probado se concreta, en la cláusula mencionada, a lo referente al atraso en la iniciación de la operación de manera específica. Le asiste entonces razón al IDU en el sentido de la prueba, es decir, que la operación del parqueadero se inició en su momento de acuerdo a lo contratado.

Hecho 3. “Cumplimiento de las obligaciones a cargo de concesionario. el otorgamiento de las licencias de construcción”.

Aparece a folio 110 del cuaderno 1 de pruebas, la licencia expedida por la curaduría urbana 1 para la construcción del parqueadero en la carrera 15 con calle 90.

El demandante señala que se demuestra con la licencia el cumplimiento de su obligación plasmada en el pliego de condiciones y en el contrato mismo. El demandado, por su parte, plantea que el hecho es parcialmente cierto o, mejor, no exacto.

Advierte que si bien el contratista **obtuvo** la licencia, por falta de previsión y un adecuado manejo del impacto de la obra demoró su expedición ante la oposición de la comunidad (resaltado del tribunal).

El tribunal sobre este punto llama la atención respecto a lo que el contrato 385 señala: “Período de obtención de licencias ... la cual tendrá un plazo de dos meses contados a partir del vencimiento de la etapa de diseños...”. De esta forma, el concesionario cumplió y obtuvo la licencia de construcción.

No es necesario insistir en el tema puesto que el concesionario realizó las labores que el contrato le imponía y es evidente que cumplió con su obligación contractual.

Hecho 4. “El recurso de reposición contra la licencia de construcción 001-0156 del 28 de abril de 2000 y sus fundamentos de hecho: las razones de la comunidad”.

Destaca en este punto el demandante que el concesionario cumplió a cabalidad con los requerimientos jurídicos y técnicos para obtener la licencia de construcción.

Cierto es y está probado en el expediente que la curaduría urbana otorgó la licencia y que dentro del trámite de la misma, la comunidad se hizo parte dentro de la actuación sin que sus razones fueran aceptadas por la curaduría urbana.

La misma curaduría mediante Resolución 124 del 21 de julio de 2000 desató el recurso de reposición a la licencia y confirmó en todas sus partes el contenido de la misma.

El demandante en este punto transcribe el contenido de la resolución confirmatoria de la licencia, la cual por economía no se transcribe, pero que se encuentra a folios 11 y siguientes de la demanda interpuesta ante este tribunal por el Concesionario Parqueadero Calle 90 S.A.

El demandado señala que el hecho no es cierto y plantea que el concesionario no pudo conseguir la licencia en el tiempo previsto. El tribunal considera que el hecho probado en el proceso es la existencia misma de la licencia. Baste en este punto dar lectura a las actas de suspensión de los contratos en donde, por vía de ejemplo, a folio 128 del cuaderno 1 se señala como causa de la suspensión que “No obstante la **existencia** (negrilla del tribunal) de la licencia de construcción L 001-0156 del 28 de abril de 2000...”.

Lo anterior implica que la licencia como tal se expidió y que con ello el concesionario cumplió lo contractualmente pactado al respecto.

Hecho 5. “No imputabilidad al contratista de la demora en el inicio de la construcción”.

Es claro y se ha mencionado en varias ocasiones el convencimiento que tiene el tribunal con relación a la circunstancia de considerar que al concesionario no le es imputable la demora que genera el hecho social de la comunidad.

Por el contrario consta en el expediente prueba de estudios que el IDU efectuó desde tiempo atrás con relación a la implementación de una política de parqueaderos en la ciudad de Bogotá y en concreto en la zona de la carrera 15.

Crear como lo señala el demandado que la demora era un hecho previsible para el demandante es advertir incluso una falla grave en la confección del contrato. Si la afirmación del demandado fuera cierta, respecto de este punto,

es elemental preguntarse si para el cierre financiero o para la aprobación del plan ambiental se previó la caducidad del contrato, ¿por qué no ocurrió lo mismo con respecto al trámite de la licencia de construcción?

El tribunal en este punto reitera una vez más su convencimiento de interpretar en la acción del concesionario el cumplimiento de su obligación contractual; la obligación era obtener la licencia de construcción y así lo hizo en la misma fecha para este como para los otros parqueaderos a él asignados por concesión.

Hecho 6. “Negativa del IDU a las solicitudes de resarcimiento económico del contrato”.

Se encuentra probado y así lo acepta el demandado que el IDU no accedió en ninguna forma a la solicitud del demandante.

En efecto, son varios los escritos que en este sentido el concesionario envió al IDU.

En la respuesta de la demanda el IDU señala sobre el punto que cuando se produjeron las suspensiones del contrato no se había iniciado la construcción del parqueadero y por tanto el concesionario no había efectuado inversión alguna.

En este aspecto el concesionario puso en conocimiento del IDU los valores de los sobrecostos en todos los materiales y por supuesto los cálculos respecto a la mayor cantidad de obra y a los intereses financieros.

Por vía de ejemplo, solamente, podemos observar a folio 141 del cuaderno 1, una descripción de los valores que el concesionario reclama. Frente a ello creemos que la ley, especialmente la Ley 80 obliga al IDU, entidad a la cual se dirige la solicitud del restablecimiento de la ecuación, a responder en una u otra forma en el menor tiempo para restablecer el equilibrio perdido.

Hecho 7. “Reiteración de la reclamación del contratista y respuesta del IDU”.

En este punto el demandante señala que el IDU nunca dio una respuesta de fondo a su requerimiento del restablecimiento económico.

El demandado afirma otra cosa y señala que el IDU contestó siempre en forma tajante y motivada y afirma que los ingresos mínimos solo se concibieron contractualmente para la fase de operación, por cuanto la financiación y construcción del parqueadero era un riesgo solo a cargo del concesionario.

El tribunal observa que en el expediente consta la reclamación del concesionario y aunque no se encuentra una respuesta del IDU motivada como la llama el demandante, es claro que en varias comunicaciones el IDU rechaza las solicitudes del demandante.

En este aspecto es claro el hecho del incumplimiento legal por parte del IDU respecto al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. Es por ello que el hecho 7 lo encuentra probado en el análisis que este tribunal ha efectuado.

Queda así señalado y precisado el análisis de los hechos con relación a las pruebas en el presente proceso.

Hecho 8. “La ley del embudo”.

El tribunal encuentra que los argumentos expuestos por la demandante en este punto, más que referirse a hechos como tales, son apreciaciones suyas que han sido consideradas en el análisis de la controversia.

Consideraciones del tribunal sobre las pretensiones de la demanda.

Este tribunal considera que antes de decidir sobre las pretensiones de la parte convocante, se requiere definir la naturaleza del contrato 385 de 1999 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y la Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.

El análisis incluye, entre otros, su objeto, su naturaleza, modalidad, régimen aplicable, equilibrio económico y financiero, restablecimiento de la ecuación contractual y teoría de la imprevisión.

En efecto, **el objeto** del contrato es “el otorgamiento de la concesión para la realización de los estudios previos, los diseños, la construcción, la operación y el mantenimiento del parqueadero subterráneo ubicado en la **plazoleta Carulla calle 90 entre carreras 15 y 16 de Santafé de Bogotá**, de conformidad con las estipulaciones en el pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-SSE-003-1999; a cambio de la contraprestación que se define en este contrato, el concesionario asumirá la responsabilidad de efectuar todas las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones descritas en los pliegos de condiciones y en este contrato, bajo la vigilancia del IDU y las autoridades competentes en los términos de la ley, el pliego de condiciones y sus adendos y las cláusulas del presente contrato”.

Naturaleza del contrato.

El contrato que nos ocupa es para empezar **un contrato estatal** a la luz de lo dispuesto en el artículo 32 de Ley 80 de 1993 que los define como los “actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el estatuto previsto en el derecho privado o que resulten de la aplicación de la autonomía de la voluntad o que correspondan a los que de manera enunciativa define esta ley”.

Sin embargo, esta definición de contratos estatales merece dos comentarios. “El primero para rechazar la identidad que se hace del contrato con los actos jurídicos, porque esa vía integran tal categoría las manifestaciones unilaterales de voluntad que no son contratos. El contrato sí es un acto jurídico pero no cualquiera sino un acto jurídico convencional.

“Lo segundo en cuanto a que la definición expuesta presenta la ventaja de utilizar un criterio amplio del postulado de la autonomía de la voluntad, en cuanto da cabida a los llamados contratos atípicos o innominados como expresiones de regulación de las partes para atender de mejor manera el papel que quiere cumplir con el contrato.

El contrato es ante todo un instrumento para la satisfacción de las necesidades de las personas, no constituye en sí mismo un fin. Dentro de este entendimiento cada contrato está llamado a cumplir un rol y una determinada función que la doctrina en el estudio de los diferentes tipos de contratos denomina como función económica y jurídica del contrato. Esto conduce a un imperativo para las partes en cuanto deben desplegar su actividad con diligencia para identificar el contrato en particular que cubra las funciones que las partes requieren satisfacer. En el caso de los estatales con mayor razón, habida consideración de los altos fines de interés público que han de satisfacer. Por eso resulta conveniente el estudio y conocimiento de cada topología contractual, pues una inadecuada selección, de muy ordinaria ocurrencia por la similitud entre algunos de los contratos, implicará el fracaso o por lo menos el entramamiento del logro de la necesidad que se requiere.

El entendimiento cabal de las premisas que emergen de los comentarios antes expuestos, referentes a la amplia gama de acuerdos de voluntades de que disponen las entidades para satisfacer sus necesidades, la una, y la otra concerniente a equiparar el contrato estatal con el acuerdo de voluntades en que uno de sus extremos es una entidad pública, permite extractar una vital conclusión: el contrato es estatal en cuanto sea celebrado, no por las entidades que se regulan por la Ley 80 de 1993, sino por cualquier entidad pública, independientemente del régimen jurídico aplicable”⁽²⁾.

Pero al mismo es un **contrato de concesión y también de obra pública**. La concesión está regulada en el numeral 4° del mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993 con criterio genérico y por consiguiente aplicable a las diferentes modalidades de concesión traslativa de derechos.

Dice la disposición citada: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

La norma agrupa en efecto distintas modalidades de concesión, a saber: “a) Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial; b) Concesión de obra pública o de bienes destinados al servicio o uso público para su construcción, explotación o conservación total o parcial; y c) Concesión de bienes estatales.

Esta última modalidad no se infiere claramente de la norma, pero sí se menciona en el artículo 19, cuyo texto es el siguiente: “De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna”.

No obstante, la Ley 80 de 1993 se refiere a otras modalidades específicas de concesión: concesión de servicios de comunicaciones (arts. 33 y 34); concesión de licencias (art. 37) y concesión para la explotación de bienes del Estado (D.2665/88, art. 76 y Código de Minas, arts. 61 a 69).

La concesión es pues un contrato que se celebra con una entidad estatal y por lo tanto deben aplicársele todas las reglas y principios de los contratos estatales. Es decir, transparencia, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades, carácter conmutativo del contrato, mantenimiento del equilibrio económico financiero, etc. Pero sobre todo es obligatoria la inclusión de las cláusulas exorbitantes o excepcionales de terminación, modificación o interpretación unilaterales, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales. Al punto de que tales cláusulas se entienden pactadas en el caso de haberse omitido su estipulación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14, numeral 2° de la Ley 80 de 1993.

Fuera de ello, la ley establece que el concesionario está sujeto al control y vigilancia del ente concedente, lo cual traduce en facultades de ordenación, instrucción y reglamentación, bien en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o bien sobre la forma en que se explota o se presta el servicio.

Naturalmente estas son características comunes del contrato de concesión genéricamente considerado, pero de acuerdo con el objeto que tiene cada concesión en particular, tendrá que haber regímenes jurídicos diversos. “Así por ejemplo, en relación con la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, la recuperación del contratista generalmente se efectúa mediante peajes o por valorización y los ingresos que produzca la obra dada en concesión son en su totalidad del concesionario privado, hasta que obtenga el retorno del capital invertido dentro del plazo establecido del contrato. Cuando el Estado concedente haya aportado recurso propio del presupuesto, solamente podrá recuperar las obras, una vez que el concesionario de la obra haya recuperado la totalidad de su inversión privada (L. 105/93, arts. 30 a 36)”⁽³⁾.

Por último debe tenerse en cuenta que, para la celebración de los contratos de concesión, no se requiere que el concesionario se encuentre inscrito en el registro de proponentes (L. 80/93, art. 22).

“Así mismo, conviene recordar que en materia de garantías, el Decreto Reglamentario 280 de 2002 estableció un régimen jurídico para los contratos de concesión y para las obras que se ejecuten en varias etapas. Motiva la particularidad el hecho consistente en que la ejecución del contrato de concesión, a más de ser prolongada en el tiempo dada la necesidad de recuperar la inversión del contratista, se realiza por etapas caracterizadas por contener obligaciones con alcance y valor claramente diferentes. En efecto, unas son las prestaciones y su costo que ha de desarrollarse durante la fase de diseños, otras en tratándose de la construcción y otras durante la de mantenimiento y explotación”⁽⁴⁾.

Hemos dicho que el contrato que nos ocupa a la vez que es uno de concesión es un **contrato de obra pública**. “Según el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de obra pública es el que celebran “las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

En el caso de que el contrato se haya celebrado como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante, quien responderá por los hechos y omisiones, que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto” (referido a la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores).

En cualquier caso, lo que tipifica a la concesión de obra es la forma de remuneración del contratista proveniente de los derechos que pagan los usuarios por concepto de la utilización de la obra. No obstante, el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite que la remuneración del concesionario consista además en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden, con lo cual se genera una confusión con el contrato de obra definido en el numeral 1º que también permite cualquier modalidad de pago.

“Esta razonable inquietud debe absolverse afirmando que a la luz del derecho colombiano el elemento tipificante principal sigue siendo la remuneración especial del concesionario percibida de los usuarios (tarifas, peajes, etc.), que en modo alguno puede darse en el contrato de la obra, pero cuando en el contrato de concesión se pacta cualquier otra modalidad de remuneración, la naturaleza de las prestaciones a cargo del concesionario de obra asume ese carácter tipificante del contrato de concesión ya que, a diferencia del contratista de obra, el concesionario debe cumplir prestaciones adicionales luego de construida la obra de que se trate, vinculadas a su explotación, administración o gestión”⁽⁵⁾.

Desde el punto de vista del objeto el contrato de obra y la concesión de obra antes se identificaban como un solo contrato, afirmando que la concesión no era sino una forma de pago del valor de la obra contratada según lo previsto en el derogado Decreto-Ley 222 de 1983. Pero ya vimos que esa concepción quedó superada con el referido numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé un concepto más general del contrato de concesión de obra como una modalidad específica de los contratos estatales.

El contrato es **bilateral**, en el sentido de que las partes en el contrato adquieren obligaciones que se miran como recíprocas y por tal razón envuelve la condición resolutoria tácita para el caso del incumplimiento por una de las partes. Lo que quiere decir que la parte que haya cumplido con sus obligaciones tiene el derecho de ejercer las acciones alternativas que consagra a su favor el artículo 1546 del Código Civil de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Acciones que se ejercen por medio de la acción contractual que consagra el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solo que en la contratación estatal se reduce a la solicitud indemnizatoria para el contratista, “ya que el incumplimiento de la entidad impide la solicitud *de facere* de que goza”⁽⁶⁾.

Es oneroso en los términos del derecho civil y también del administrativo. Según el derecho civil el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En cambio no es gratuito, como que este tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Dice Arturo Alessandri Rodríguez que “para hacer esta clasificación, se atiende a la utilidad que el contrato reporta a las partes. Si ambas la obtienen, es oneroso, porque en tal caso ambas deben soportar un gravamen; de otro modo no habría beneficio recíproco. Por eso se llama oneroso: cada contratante no reporta utilidad del contrato sino mediante un sacrificio. Si solo una de las partes la obtiene, el contrato es gratuito o de beneficencia; para obtener la utilidad que recibió, no le ha sido menester ningún sacrificio. El gravamen lo soporta el otro contratante únicamente.

Para calificar un contrato de oneroso, no se atiende, pues, a la reciprocidad de obligaciones que genere, como erradamente lo dice el artículo 1106 del Código Civil francés⁽⁷⁾, sino a la reciprocidad de beneficios que comporte. Basta que ambos contratantes obtengan utilidad del contrato, aunque engendre obligaciones a cargo de uno de ellos, para que aquel sea oneroso. Es lo que ocurre en el mutuo con intereses: aunque unilateral, porque solo el mutuario se obliga a restituir el dinero prestado y pagar los intereses convenidos, el contrato tiene por objeto la utilidad de ambas partes, la de aquel, puesto que goza del dinero, y la del mutuante, que percibe los intereses.

Síguese de lo dicho que si los contratos bilaterales son siempre onerosos —la reciprocidad de obligaciones supone necesariamente la de utilidades— no sucede lo mismo con los unilaterales. Si estos, por lo general, son gratuitos, nada obsta para que en ocasiones puedan ser onerosos. Tal es el caso del mutuo a interés a que acabamos de referirnos. Es que en realidad, y salvo casos excepcionales, el carácter oneroso o gratuito no es de la esencia de los contratos”⁽⁸⁾.

Lo mismo sucede en el caso de los contratos estatales o administrativos, como que reporta utilidad o beneficio a

ambas partes, gravándose el uno a favor del otro. En principio podría decirse que por no tratarse de un contrato gratuito sino oneroso no es tampoco *intuitu personae* puesto que la persona del contratista no es determinante y el error acerca de ella no debería viciar el consentimiento, a menos que representara la razón de ser del contrato, como cuando tenga por objeto la realización de un trabajo artístico, el cual solo podría encomendarse a determinada persona.

Sin embargo, el inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que “los contratos estatales son *intuitu personae* en consecuencia, una vez celebrados, no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. Pero pensamos que en estricto rigor y a pesar de que la ley así lo disponga, los contratos estatales no son *intuitu personae*.”

Coincidimos en la afirmación de que la utilización de este concepto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 “se hace para significar que una vez seleccionado el contratista no puede cambiarse ni sustituirse porque sus condiciones y la oferta presentada fueron las razones que motivaron su elección. De ahí el por qué se acepta la cesión del contrato con la autorización de la entidad, posibilidad impensable en los realmente *intuitu personae* . Esta posición fue expresamente reconocida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el Auto 21845, del 7 de febrero de 2002”⁽⁹⁾.

Es un contrato de **ejecución sucesiva, no de ejecución instantánea**. Recuérdese que los contratos de ejecución instantánea son susceptibles de ser cumplidos en un instante, en contraste con los de ejecución sucesiva que requieren de ser cumplidos a través del tiempo. Sin embargo, los efectos jurídicos de uno y otro son distintos. Mientras en los de ejecución instantánea producen efectos retroactivos ante causas extintivas y las cosas vuelven a su estado anterior; a los de ejecución sucesiva por su misma naturaleza, es imposible aplicarles el efecto retroactivo y por lo tanto las cosas nunca pueden volver a ser lo que fueron.

Los efectos de uno y otro contrato tienen cierta relevancia frente a quienes sostienen que únicamente en los contratos de tracto sucesivo tiene aplicación la teoría de la imprevisión a la cual nos referiremos más adelante, siendo que nada impide que un contrato de ejecución instantánea pueda recurrirse a ella si las condiciones varían respecto de las pactadas. Sobre todo tomando en cuenta que en la contratación estatal normalmente transcurre un lapso importante de tiempo entre la presentación de la oferta y la celebración e incluso ejecución del contrato.

Según establece el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 todos los contratos de ejecución sucesiva deben ser liquidados; en cambio los de ejecución instantánea no requieren de esa liquidación, salvo cuando el cumplimiento o ejecución del contrato se haya prolongado en el tiempo.

En respaldo a lo afirmado sobre la característica del contrato bajo análisis, de ser de tracto sucesivo, están las estipulaciones de las partes referidas al plazo y vigencia del contrato celebrado con el IDU.

El contrato además de ser oneroso **es conmutativo** y no aleatorio. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se considera como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

“Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes: lo que cada una considera, en concepto de ella, como que corresponde en valor a lo que la otra recibe. Y por lo mismo, los contratantes pueden apreciar, desde la celebración del contrato, el beneficio o pérdida que este les significa. En el contrato aleatorio, en cambio, la extensión y, a veces, la existencia misma de las prestaciones dependen de un acontecimiento incierto; los contratantes no pueden conocer, desde su celebración, el beneficio o la pérdida que reportarán del contrato. En esto consiste lo aleatorio. Solo lo sabrán una vez producido el acontecimiento incierto del cual han hecho depender sus obligaciones.

“El acontecimiento incierto puede obrar como condición o como plazo, según afecte a la existencia o al ejercicio de los derechos de las partes. Obra como condición en la apuesta, ya que si se realiza, la prestación debida por una de ellas desaparece. Otro tanto ocurre en el préstamo a la gruesa ventura: si el siniestro se produce, la obligación del mutuario se extingue (C.C., art. 1168)⁽¹⁰⁾. En la renta vitalicia, en cambio, obra como plazo extintivo: muerta la

persona de cuya existencia pende la duración de la renta, esta cesará de deberse, pero la obligación existió y se cumplió. El acontecimiento incierto considerado por las partes afecta en este caso a la extensión de la obligación: el que se obligó a pagar la renta pagará más o menos, pero en todo caso pagará algo⁽¹¹⁾.

(...).

La contingencia de ganancia o pérdida existe para ambas partes. Un contrato no puede ser aleatorio para una sin serlo también para la otra, porque siendo oneroso, lo que constituye ganancia para uno de los contratantes necesariamente ha de importar pérdida para el otro, y viceversa. La casi totalidad de los contratos onerosos son conmutativos.

(...).

Los contratos aleatorios constituyen la excepción (...). Por eso, en la duda sobre si un contrato es conmutativo o aleatorio, deberá tenerse por conmutativo⁽¹²⁾.

En lo que hace al régimen colombiano de contratación administrativa, el artículo 28 de la mencionada Ley 80 de 1993, relativo a la interpretación de las reglas contractuales indica en forma expresa que el contrato estatal es conmutativo, el cual según las voces del artículo 1498 del Código Civil se caracteriza porque “cada una de las partes se obliga a dar o hacer otra cosa que se mira como equivalente a la que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

En efecto, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 expresa:

“ART. 28.—De la interpretación de las reglas contractuales. 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 los principios de que se trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

Es esta característica de conmutatividad del contrato estatal la que genera la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato o la ecuación contractual y de la cual nos ocuparemos más adelante. Es gracias a ella “que tiene plena operancia el derecho al reajuste de los precios, aun en casos de pactos de precios fijos, si las hipótesis de tiempo modo y lugar que sirvieron de base para el cálculo de los mismos fracasa por hechos no atribuibles al contratista. Reajuste obligatorio sin necesidad ni siquiera de pacto, especialmente en economías inflacionarias como la nuestra”⁽¹³⁾.

Régimen y legislación aplicable.

En líneas generales puede afirmarse que la actividad contractual del Estado se desenvuelve a través de tres fases o etapas claramente delimitadas y respecto de las cuales existen también unas claras normas de aplicación. La precontractual, la contractual propiamente dicha y la post contractual.

La etapa precontractual se refiere a los procesos y actuaciones previas a la celebración del contrato en la que entran los procesos de selección del contratista a través de la licitación o concurso público y la adjudicación directa, e incluye aspectos relativos a las condiciones que deben cumplir los particulares que deseen contratar con el Estado: registro de proponentes, inhabilidades e incompatibilidades, formas asociativas de participación, etc. En esta etapa la Ley 80 de 1993 ordena la aplicación casi exclusiva del derecho público; la participación del derecho privado es muy limitada.

La segunda etapa es la contractual propiamente dicha, que se refiere a la ejecución del contrato comenzando con la celebración y terminando con su liquidación. En esta etapa a diferencia de la precontractual, prima la aplicación del derecho privado y en pocos casos se aplica la Ley 80 de 1993.

El legislador del 93 consideró innecesario reproducir la teoría general de los contratos y obligaciones aplicables a los contratos estatales y por eso se limitó a regular solo aquellos aspectos que requerían precisiones o excepciones

al derecho común. Lo cierto es que el derecho común es el que se aplica por regla general en la etapa contractual y el derecho público solo en las materias que regulan ley 80 de 1993 y que se refieren básicamente a lo siguiente: requisitos de perfeccionamiento y ejecución, ecuación económica y financiera del contrato, cláusulas excepcionales al derecho común, tasa supletiva del interés moratorio, silencio administrativo positivo y lo atinente a la liquidación de los contratos.

En la etapa post-contractual a la que tiene lugar después de ejecutarse el contrato, la Ley 80 de 1993 se limita a reproducir toda una serie de principios que en su concepción, contenido y alcance se encuentran contenidas en disposiciones especiales.

En conclusión, el estatuto de contratación en Colombia está concebido sobre la base de aplicar el derecho público en la etapa precontractual y remitir casi exclusivamente al derecho privado lo relativo a la ejecución del contrato. En el fondo la Ley 80 de 1993 “privatizó” la contratación en lo contractual cuando en su artículo 13 dispuso que los contratos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, “salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley”.

“El derecho público se convirtió así en derecho aplicable por excepción, y la lógica del contrato se vio profundamente modificada para abrir mayor campo a la comercialidad.

El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, establece en su artículo 8º, que en las materias no reguladas por la ley “se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil”.

La aplicación de estos artículos que definen los actos de comercio corrobora la tendencia francesa a la aplicación objetiva del derecho comercial a toda actividad de esta naturaleza sin consideración de la calidad pública o privada del autor, tendencia reforzada en la Ley 80 a través de la consagración de un principio emblemático del derecho privado: la autonomía de la voluntad⁽¹⁴⁾.

El régimen de contratación administrativa en Colombia tiene pues **un carácter mixto** y eso es algo que debe tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de los contratos estatales.

“La falta de comprensión del régimen mixto de nuestra contratación y por ende la ilusoria creencia de un régimen totalmente público, han llevado a que se expidan normas especiales generales que han conducido a un verdadero caos y lo que es peor a que gran parte de la contratación en donde más evidente aparece el interés público, como es la atinente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, queden bajo un absurdo e irracional régimen privado. A tal punto ha caído el absurdo que en pocas ocasiones las oficinas jurídicas de muchas entidades oficiales prestadoras de tales servicios han concluido en la no aplicación total de la Ley 80 de 1993 y por esta vía, por ejemplo, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades”⁽¹⁵⁾.

Lo dicho anteriormente en relación con la legislación aplicable a los contratos estatales, está además plenamente aceptado y confirmado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual en uno de sus fallos dice lo siguiente:

“3.4.1. Legislación aplicable a los contratos estatales.

Como ya lo ha expresado la corporación mediante la Ley 80 de 1993, la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado.

En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, se encuentran ‘previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad’, así como que los que a título enunciativo, allí se establecen.

Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo

pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra ley o derecho ajeno.

Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: estos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público.

Así por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y caducidad, en cuáles dicha inclusión es meramente facultativa de la entidad pública, y en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc.

Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública al cual, por virtud del artículo 32, numeral 5° del estatuto contractual, “le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil”, en cuanto sean compatibles con dicho estatuto.

Lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado en materia social y económica está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y eficaz que no podrá producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones del derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos.

En consecuencia, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que esta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral)⁽¹⁶⁾.

Queda claro que al contrato en análisis, por ser uno de carácter estatal de concesión de obra pública, le son aplicables las disposiciones pertinentes del derecho civil y comercial y la Ley 80 de 1993 en cuanto a la inclusión de las llamadas cláusulas exorbitantes.

El equilibrio económico o ecuación contractual.

El equilibrio económico y financiero o la ecuación contractual, es inherente a la conmutatividad de los contratos estatales y en general consiste en la obligación de mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes que hayan surgido al momento de proponer o de contratar según el caso.

El problema sin embargo está en establecer cuál de las partes del contrato deba cargar con las pérdidas o mayores costos resultantes de circunstancias imprevistas que no le sean imputables. Es decir a quién le corresponde asumir los llamados “riesgos contractuales” o dicho en palabras más sencillas a quién le corresponde asumir esas “sorpresas”. Si el contratante o el contratista.

El alea normal y anormal del contrato.

La respuesta puede encontrarse en parte distinguiendo entre el alea normal y alea anormal del contrato. Hecho esto, podrá inferirse la responsabilidad que le corresponde a cada una de las partes de la relación contractual y en especial al contratista. En principio puede decirse que el alea normal se identifica o confunde con lo previsible y el alea anormal con lo que es imprevisible en la ejecución de un contrato.

El alea previsible es el riesgo que las partes tienen en cuenta al contratar, el que asumen y del que están dispuestas a resistir sus consecuencias, lo que puede considerarse como alea normal del contrato. El alea imprevisible o anormal, en cambio, hace referencia a las contingencias que superan las previsiones de las partes y que no

pertencen a esa categoría de hechos que las partes están preparadas para afrontar sin que pierdan sentido las estipulaciones contractuales; en otras palabras, si las partes hubieran previsto estos riesgos, no habrían contratado o la habrían hecho en condiciones diferentes a las pactadas.

Estos acontecimientos pertenecientes al alea imprevisible son, precisamente, los que generan la excesiva onerosidad y hacen operante la teoría de la imprevisión⁽¹⁷⁾.

En esta modalidad de alea imprevisible se incluye lo que doctrinariamente se ha denominado “alea económica” por oposición al “alea administrativa” a la que se refiere el hecho del príncipe o en Francia el “*fait du prince*”.

Es de general aceptación que todo contratista con el Estado debe soportar los riesgos o las áleas normales previsibles del contrato. Pero no puede exigírsele que cargue con las consecuencias de aquellos riesgos o áleas no previsibles y extraordinarios capaces de afectar la estructura económica del contrato y que no son a él imputables.

Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria, si bien directamente es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento, en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes⁽¹⁸⁾.

Según lo establecido por el artículo 24, numerales 5° c y e de la Ley 80 de 1993, relativas al principio de la transparencia, solo es posible trasladar al contratista aquellos riesgos que puedan establecerse al momento de celebrar el contrato y acordar las condiciones de costo y servicios que sean objeto del mismo. Tampoco es legal asignarle riesgos al contratista que impliquen obligaciones de extensión ilimitada.

Dice en efecto la disposición citada que, en virtud de este principio (el de transparencia), en los pliegos de condiciones o términos de referencia “se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del contrato” y “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”.

“No pueden por tanto, trasladarse al contratista aquellos riesgos que no son propios de su empresa y que no pueden medirse y calcularse dentro del precio del contrato. Ni es legítimo que la administración pretenda conducir al proponente o contratista a “comprar” una especie de lotería cuando celebra el contrato, incorporando en este elementos de riesgo que no esté en condiciones de valorar. Por esta razón, tampoco es válida la pretensión de modificar todo sistema legal y constitucional en esta materia y **burlar los principios de la contratación pública, mediante la argucia de expresar en los pliegos de condiciones o en el contrato redactado por el ente estatal, que el precio del contrato incluye la valoración de riesgos, que el contratista no tiene la posibilidad de valorar y que son riesgos y obligaciones de alcance ilimitado o indeterminado.**

Por el contrario, es naturalmente posible trasladar al contratista todos aquellos riesgos a los que pueda darse un manejo comercial de costo determinable, mediante la toma de seguros que se ofrezcan en el mercado asegurador. Es lógico, en este caso, que el costo de las primas correspondientes, en cuanto conocido, se involucre dentro del precio del contrato y que tales riesgos no presenten un alea de ganancia o pérdida para el contratista estatal.

Así pues, el alea normal del contratista es aquella que se refiere a su propia capacidad, organización y eficiencia empresarial y profesional, que incluye el riesgo del precio propuesto sobre la base de unos rendimientos y productividad presupuestados, para las condiciones y circunstancias previstas de ejecución de la obra” (la negrilla es del tribunal)⁽¹⁹⁾.

De otro lado, afirma con razón el Consejo de Estado en reciente sentencia que “Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado. La Ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo

con miras a reformar el Decreto Ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto.

Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8º); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Ley 222 de 1983 que establecieron a favor de la administración los exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

Sin embargo, no han sido estas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

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

El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por este, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión”.

Restablecimiento de la ecuación contractual.

Resultaría absurdo que el régimen o estatuto de la contratación administrativa se limitara a enunciar simplemente la ecuación contractual o el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales, sin indicar un procedimiento para restablecer ese equilibrio cuando haya sido modificado por circunstancias imprevistas y no imputables a las partes.

La verdad es que la Ley 80 de 1993 impone unos deberes muy claros y precisos para garantizar el oportuno y eficaz restablecimiento de la ecuación contractual. El artículo 25, numeral 14 prevé que “las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originan en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados” (Sentencia del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, mayo 29 de 2003).

En distintos artículos, la ley invita a que las partes arreglen y solucionen sus diferencias, entre las que se incluyen naturalmente las relacionadas con la ecuación contractual. Bien puede decirse que el estatuto dirige todos los esfuerzos hacia la solución directa de las controversias y que solo cuando los eventos son de tal naturaleza que no permite a las partes lograr un arreglo, entra a participar la rama jurisdiccional. A tal punto llega el deseo del legislador en este sentido, que la propia ley impone al juez el deber de sancionar a la parte que demuestre una posición de temeridad (art. 75, par. 2º) y rechaza la conducta dilatoria que produzca una mayor onerosidad para el contratista (art. 4º, num. 9º).

Para cumplir con este propósito, la Ley 80 contempla una serie de mecanismos de arreglo directo (art. 68); les confiere el carácter de verdadera obligación como desarrollo de economía (art. 25, num. 5º) y autoriza suscribir sin limitación de cuantía y condiciones todos los acuerdos para restablecer la ecuación alterada (art. 27, inc. 2º). Incluso confiere a las partes una oportunidad adicional para llegar a arreglos durante la liquidación del contrato (art. 60, incs. 2º y 3º). Por último y no por eso menos importante, la Ley 80 eleva a la finalidad de la contratación la protección de los derechos del contratista (arts. 3º y 26, num. 1º).

Queda entonces clara la importancia que el legislador le quiso dar a la ecuación contractual y al deber de repararla, utilizando todos los medios legales a su alcance. Sin consideración a que se trate del hecho del príncipe, del *ius variandi*, de la imprevisión, de las sujeciones materiales imprevistas o del caso fortuito o fuerza mayor, deben proporcionar el reconocimiento de los mayores costos que hayan generado.

“De conformidad con los medios probatorios que la ley consagra, el contratista y en los casos que la ecuación se rompe en su perjuicio la entidad, deben acreditar fidedignamente los gastos incurridos. El restablecimiento en provecho del contratista implica todos los mayores costos porque solamente así cumple con la garantía legal que ampara la utilidad perseguida con el contrato.

En efecto, los artículos 3º y 26 numeral 1º, reconocen como finalidad de la contratación el respeto a la utilidad mientras que el inciso segundo del numeral 1º del artículo 5º, consagra como uno de los derechos del contratista el que se restablezca la ecuación a un punto de no pérdida para situaciones imprevistas no imputables a los contratistas...”.

La presencia de estas condiciones, unida a la anormalidad que se halla íncita, produce la ruptura de la ecuación en tanto se aumentan exageradamente las cargas económicas que debe soportar el contratista. **Según determina la ley, el restablecimiento debe alcanzar lo suficiente como para compensar todos los gastos, única forma de pregonar la no pérdida. La satisfacción apenas parcial no alcanzaría a enjugar todas las pérdidas, en detrimento del contratista y de la ley. Reiteramos que solo la cancelación de todos los mayores costos en que haya incurrido el contratista, engendra el respeto de la utilidad que el ordenamiento le garantiza al contratista⁽²⁰⁾** (la negrilla es del tribunal).

Lo afirmado anteriormente está además reiterado por el Consejo de Estado en su fallo del 29 de mayo de 1996 al sostener lo siguiente:

“Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el cocontratante adquiere el pleno derecho a que se restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que este pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas, 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 cocontratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aun extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación⁽²¹⁾.

Teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión es hoy el producto de la evolución y desarrollo histórico de una institución que se remonta a la época misma del imperio romano. Pero la teoría de la imprevisión como se le conoce hoy, tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a propósito del conocido caso de la compañía de gas de Burdeos. En su fallo de 1916 aparece que el contrato de prestación de servicios de alumbrado público que funcionaba a base de gas, no pudo cumplirse por el haber sobrevenido un alea anormal y excepcional extraña a las partes. En opinión del alto tribunal ambas quedaban obligadas por esa circunstancia a compartir los mayores costos. Si bien algunos autores preconizan todavía la teoría de la imprevisión con ese alcance, nuestro

ordenamiento jurídico consagra, como hemos visto, el reconocimiento total de los mayores costos y el respeto de la utilidad estimada, tomando en cuenta distintas situaciones.

El alea económica a que nos referimos en líneas anteriores “es el elemento constitutivo de la llamada “teoría de la imprevisión” “del riesgo imprevisible” o “de la lesión sobreviviente”, que no es otra cosa que el instrumento jurídico empleado cuando circunstancias de carácter económico, extraordinarias, transitorias, imprevistas, ajenas a la voluntad de los contratantes y sobrevivientes, alteran la ecuación económica financiera de un contrato estatal preexistente en perjuicio del contratista, para que esta pueda pretender un reconocimiento pecuniario de la administración contratante con el fin de compensar el menoscabo patrimonial que tal situación le genera y lograr, de este modo, que el Estado concurra a la búsqueda de los mecanismos que le permitan continuar, tanto del contratista como de la entidad contratante”.

Debe quedar claro que el riesgo previsible del que se desprende el alea económica tiene que ser un acontecimiento extraordinario, que no es normal que se presente y en el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación. De ahí que al carácter extraordinario del acontecimiento debe ligarse además su imprevisibilidad. “Lo imprevisible es todo lo que sale de los cálculos habituales, lo que viene sin esperarse pese a la atención que se puso al alea futura”⁽²²⁾.

En cambio, lo que es previsible o la previsibilidad tiene relación con la conclusión del contrato y se refieren a las áleas normales del mismo.

Pero con todo y eso, queda por definir cómo puede la relación contractual pactada sobre la base de que haya equivalencias en sus prestaciones, establecer cuál de las partes debe pagar o soportar el costo del evento nuevo que precisamente no está previsto.

En derecho privado la solución es relativamente sencilla. “En términos generales cuando una obligación contractual no puede ser cumplida por la aparición de un obstáculo constitutivo de fuerza mayor la obligación se extingue. El deudor se libera por la imposibilidad de ejecución. Esta situación relativamente simple en los contratos unilaterales, en los que solo una parte se obliga, es más compleja en los contratos sinalagmáticos, en los que las dos partes tienen obligaciones recíprocas o, en otros términos, las dos partes son deudoras y acreedoras entre sí, aunque, naturalmente, de prestaciones diferentes.

En efecto, el problema es determinar si cuando una parte no puede ejecutar su prestación por la aparición de un evento de fuerza mayor la otra parte contratante permanece ligada por su obligación y debe cumplirla, pese a no obtener una retribución, o si, por el contrario, se ve igualmente liberada a su turno por cuanto no ha obtenido la contraprestación que esperaba.

Pero debe precisarse que existen evidentes diferencias entre la imprevisión y la fuerza mayor:

A ellas se refiere Gastón Jeze en los siguientes términos⁽²³⁾:

“La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circunstancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato (...). Toda imprevisión que no se concreta en un caso fortuito o de fuerza mayor, o en hecho de la administración que entraña una imposibilidad absoluta de cumplimiento en los plazos convenidos, no es causa justificativa del retardo. La ejecución de los contratos en los plazos fijados es la condición misma del funcionamiento regular de los servicios públicos. Tener contemplaciones respecto de la puntual ejecución de las obligaciones de los contratantes, resultaría peligroso para la organización de los servicios públicos”.

En igual sentido Marienhoff advierte:

“Si bien existe una evidente correlación entre “imprevisión” y “fuerza mayor”, las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan, deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además tanto la “fuerza mayor” como la “imprevisión” deben responder a acontecimientos “imprevisibles”. Tales son las semejanzas.

Pero difieren fundamentalmente: a) En lo que respecta a la “ejecución” del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión solo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera definitiva, la “teoría de la imprevisión” solo es aplicable cuando tal trastorno es “temporario” o “transitorio”⁽²⁴⁾.

El artículo 868 del Código de Comercio dice que “cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteran o agravan la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa podrá pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato”.

No obstante, el reconocimiento que hace el artículo 868 del Código de Comercio de la teoría de la imprevisión para los contratos de tracto sucesivo, tiene una diferencia sustancial frente a los contratos estatales o de la administración. Mientras en derecho privado es posible pedir la resolución del contrato por imposibilidad económica de cumplir, en la contratación estatal lo procedente es la revisión del precio y no la terminación del vínculo.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar algunos requisitos que deben coexistir para que el contratista pueda reclamar una indemnización a su favor, en aplicación de la teoría de la imprevisión.

Los requisitos son los siguientes:

1. Es una situación económica o de la naturaleza, pero no un alea administrativa porque se estaría entonces en el hecho del príncipe, el *ius variandi* o la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, según el caso “De modo que el origen del alea económica, que hace aplicable la teoría de la imprevisión, no radica en decisiones o actitudes concretas del Estado: dicha alea no le es imputable a este. La existencia de tal alea no obedece a conductas o comportamientos específicos de la autoridad pública, sino a una serie de imponderables —que actúan o se manifiestan por vía refleja— tanto de carácter interno como internacional o externo, y que, al unirse, dan como resultado esa llamada alea económica que se especifica en fluctuaciones del mercado, con las consiguientes alzas en los precios de costo de los productos y de la mano de obra, desocupación, desvalorización de la moneda, restricción en los gastos o consumo por parte de los administrados o particulares, etc. El alea económica, lejos de serle imputable al Estado, constituye un fin no querido por este, al cual en definitiva perjudica⁽²⁵⁾ .
2. Es una situación excepcional y no ordinaria.
3. Es una situación que afecta la ejecución del contrato de manera transitoria. Es decir que no tiene el carácter de permanencia en el tiempo, aunque puede tener vocación de continuidad temporal hacia el futuro como sucedería con una inflación prolongada, depresión o recesión.
4. Es sea(sic) una situación que agrava la onerosidad de las prestaciones con cargo a una parte. Puede modificar la onerosidad de los dos contratantes, pero desequilibradamente haciendo más gravosa la condición de uno.
5. No impide o imposibilita la ejecución física del contrato sino que lo haga más gravosa. Por lo mismo, el contratista no está legitimado para suspender la ejecución del contrato.
6. Es una situación no prevista en el sentido que las partes no lo pueden augurar o avizorar. Este requisito dice de la posibilidad de predecirlo por la parte afectada teniendo en cuenta un grado de diligencia que se mira según su especialidad y conocimiento. Conviene precisar que el carácter de imprevisto se predica por sobre todo de los efectos de los acontecimientos y no tanto de estos.
7. Es una situación no contemplada por el contrato.
8. Es una situación extraña a las partes pues no tiene relación con ellas.
9. Es indispensable que no se haya suspendido la ejecución de la prestación a cargo del contratista.

10. Es un fenómeno surgido o conocido, cuando se trata de una condición geológica, después de suscrito el contrato⁽²⁶⁾.

Al respecto dice el Consejo de Estado en su sentencia del 29 de mayo de 2003:

“... incumbe también esa noción a las cargas y deberes de conducta que las partes deben desplegar durante la etapa precontractual y la contractual. Así las cosas, el incumplimiento de las entidades de obligaciones y deberes para ser acatadas durante la fase preparatoria o de planeación de los procesos de selección, que se manifiestan durante la ejecución, implican responsabilidad por incumplimiento (Dávila Vinuesa ob. cit. pág. 500).

Lo primero que debe hacer el contratante es pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante”.

En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si este era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.

Hemos dicho que el contrato 385 de 1999 es uno de carácter estatal por haber sido celebrado por una de las entidades a que se refiere la Ley 80 de 1993 y que por su objeto y contenido es un contrato de concesión y de obra pública, bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo.

Ruptura del equilibrio económico y financiero.

Le corresponde ahora a este tribunal examinar las distintas eventualidades en que puede romperse el equilibrio económico y financiero por hechos o circunstancias imputables a alguna de las partes de la relación contractual. Es decir, al contratante o entidad estatal o al contratista o concesionario en nuestro caso.

En el caso del contratista, este asume los riesgos que son normales y previsibles en la ejecución del contrato y que son a él imputables, pero no responde por aquellos actos que sobrevienen en forma imprevista y que no dependen de su propia conducta o actividad. Es decir, que son actos que no le son atribuibles o no son de responsabilidad del contratista.

En lo que hace a la entidad estatal, el equilibrio económico de los contratos estatales puede verse afectado durante su ejecución por dos causas principales: por actos de la administración y por factores externos y extraños a las partes.

El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratista y se expresa principalmente cuando se dan las siguientes circunstancias: ejercicio de las prerrogativas contractuales del poder público o *ius variandi*, el “hecho del príncipe” e incumplimiento de las estipulaciones u obligaciones de un contrato estatal.

El *ius variandi* se presenta cuando en el ejercicio de sus potestades estatales excepcionales, la administración introduce cambios en la relación contractual y rompe con el equilibrio económico del contrato. Es el caso de la terminación o modificación unilateral de un contrato hecho por la administración, el cual presupone el reconocimiento de las mayores obras, bienes o servicios o el pago de la utilidad esperada del negocio como estaba estructurado cuando se reduce el alcance del objeto del contrato⁽²⁷⁾.

El “hecho del príncipe” en cambio se da cuando se expide un acto de carácter general proferido por el Estado en la modalidad de ley o acto administrativo, como cuando se establece un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Ambas situaciones son imputables a la administración o

parte contratante y por ello deben proceder al reconocimiento de los mayores costos que se generen como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica del contrato.

La tercera posibilidad de que se modifique o se rompa la ecuación contractual por actos imputables a la administración es cuando incumple algunas de sus obligaciones o deberes como entidad contratante.

Si bien algunos autores consideran que el incumplimiento no genera *strictu sensu* el rompimiento de la ecuación económica y financiera, sino que se trata de un típico ejemplo de responsabilidad contractual, lo cierto es que el artículo 5° de la Ley 80 de 1993 citado, indica de manera explícita que el incumplimiento de obligaciones rompe la ecuación contractual.

En realidad la discusión acerca de si un incumplimiento rompe o no la ecuación contractual es intrascendente. Lo que importa es saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas (*pacta sunt servanda*) y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse. Superada esta discusión es indispensable advertir que el incumplimiento de las obligaciones no se refieren solo a las que expresamente provienen del contrato o que pertenezcan a su naturaleza, sino también a las que emanan de los pliegos de condiciones o términos de referencia que se contractualizan cuando se suscribe el convenio.

Al respecto este tribunal recoge lo decidido en el laudo arbitral del 5 de mayo de 1997 en otro caso contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) cuya parte convocante fue Sepúlveda Lozano y que dice:

“La complejidad de ciertos negocios impone para las partes comprometidas el cabal acatamiento de ciertos deberes de conducta. En la contratación estatal y muy especialmente en los contratos de obra pública, desde la misma etapa preparatoria de los pliegos o términos de referencia, aparecen deberes de comportamiento y conducta y, por ende, verdaderas obligaciones jurídicas, a cargo de las partes que integran la relación en ese instante, vale decir, oferentes y entidad, que trascienden al ámbito contractual cuando el negocio se concreta entre la entidad y el adjudicatario. **Así por ejemplo, corresponderá a la entidad confeccionar reglas claras, precisas, que no conduzcan a error, y adelantar con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección ... los estudios, diseños y proyectos requeridos...** (L. 80/93, art. 25, ord. 12).

Pero los deberes y obligaciones no solo emanan para el ente público contratante, sino también para el contratista, incluso por conductas y acciones previas al perfeccionamiento del vínculo negocial. En especial, la ley lo hace responsable cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (L. 80/93, art. 26, ord. 6°).

También, y siguiendo la hipótesis de las obligaciones vinculadas con la elaboración de los pliegos, corresponde al entonces oferente actuar con la diligencia en el manejo de la información suministrada por la entidad para efectos de la confección de la propuesta. Incluso cuando los diseños y estudios caen bajo la órbita de la administración, existen comportamientos para el oferente que no puede eludir. Que decir, entonces, cuando la elaboración de los diseños se traslada al contratista. Evidentemente, en este evento, el cumplimiento de las obligaciones que asume debe hacerse con la máxima diligencia y cuidado, especialmente por la connotación de especialista para la ejecución del objeto a contratar que, debería suponerse, posee el proponente. El llamado que formula la administración a los particulares se efectúa sobre la base de que personas idóneas y de las mayores capacidades, acometerán la realización de las obras contratadas o de los diseños, cuando en este último caso su producción queda a cargo del propio constructor.

Pues bien, si este tipo de deberes que emanan de la propia ley por resultar implícitos al propósito de cumplir y realizar la obra contratada con la mayor eficiencia y oportunidad, no se cumplen o se cumplen imperfectamente, configuran una típica responsabilidad contractual (la negrilla es del tribunal).

Lo anterior nos lleva a analizar el tema de la mayor permanencia en obra que se refiere a la situación que se presenta cuando el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado, sino en uno mayor por hechos no imputables al contratista y en la mayoría de los casos por el desconocimiento oficial de obligaciones y deberes.

No hay duda que el factor tiempo tiene una incidencia definitiva en el precio que se acuerda en el contrato por la ejecución de la obra. Siempre el oferente estructura sus costos atendiendo al período de que dispone para su

terminación. Luego es lógico pensar que si el tiempo se prolonga, así la obra sea la misma, se generan unos costos mayores a los previstos y cuando ellos obedezcan al incumplimiento de obligaciones y cargas de la parte contratante, ellos deben ser reconocidos al contratista con el fin de mantener la ecuación contractual. Esos costos se causan por diferentes conceptos. Los más frecuentes según la doctrina se refieren a la disponibilidad de equipo y costos administrativos y de personal.

La disponibilidad de equipos se refiere a la maquinaria que se tiene dispuesta para la obra o que el contratista le ha ofrecido a un tercero y que queda paralizada ante la imposibilidad de ejecutar el contrato en el tiempo previsto. Al respecto es pertinente la siguiente cita:

“También se generan gastos sobre los equipos utilizados en la obra. Ciertamente es que el precio inicialmente tratándose de contratos de obra pactados a precios unitarios, lleva implícito un componente por utilización de equipos que incluye utilidad. Pero también lo es que la prolongación de la obra, así sea, se reitera, para ejecutar los mismos trabajos contratados, implica para el contratista que ha tenido que disponer de los equipos por un mayor tiempo, tenga una erogación mayor, por ejemplo por el arriendo de los mismos durante el mayor tiempo o que haya tenido que dejar de utilizar sus propios equipos en otras obras o incluso privarse de arrendarlos a terceros, lo que en lógica conlleva un gasto y un provecho dejado de alcanzar. Al respecto debe precisarse que si bien dentro del componente equipos en la mayor permanencia en obra resulta claro el concepto de gastos, **nada impide que también configure el perjuicio sujeto a reparación un concepto negativo de ineficiencia de equipos o de provecho dejado de percibir. Pero para que una condena tal se profiera, debe el actor necesariamente acreditar con total certeza que los equipos estuvieron en la obra y además, el valor que en exceso pagó o perdió de manera directa o dejó de percibir**” (la negrilla es del tribunal)⁽²⁸⁾.

“Los costos administrativos por su parte, tienen que ver con los valores que representen los campamentos, gastos de oficina, personal directivo, servicios públicos, etc. y que en la oferta se identifican normalmente con la letra A del llamado AIU, que representa un porcentaje de los costos directos.

No se crea tampoco que la mayor permanencia en obra solo se causa por parálisis del contrato. Perfectamente, un contratista puede estar laborando, incluso en varios frentes de trabajo y sin embargo se incuba la noción en estudio. Esto sucede porque, se enfatiza, lo constitutivo de esta figura es el desplazamiento del tiempo para ejecutar la misma obra, independientemente de si estuvo el contratista laborando o no. Aun laborando sucede porque la prolongación del plazo genera una consecuencia de desaceleración que en últimas se traduce en costos.

En cuanto a que la mayor permanencia en obra integra el concepto de la ecuación contractual, para que se considere rota, han de producirse sus elementos constitutivos, tales como, ser una alea anormal por su magnitud y envergadura, la que de por sí excluye gastos menores que caen bajo el alea normal de todo negocio, y, por supuesto, no tener incidencia la parte que la alega en su configuración...”⁽²⁹⁾.

“Finalmente, como ya dijimos, la mayor permanencia de la obra puede generar mayores costos por el aumento del personal calculado inicialmente para la ejecución de la obra.

Dentro de los factores externos que rompen el equilibrio económico y financiero del contrato estatal se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes y que como dijo el Consejo de Estado “son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión” (Sentencia del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, mayo 29 de 2003).

Pero ya vimos que esa imputabilidad o responsabilidad de las partes tiene que ver mucho con la llamada alea económica del contrato de la cual se desprende la teoría de la imprevisión y las áleas administrativas que se relacionan con el hecho del príncipe atrás mencionado. Pero en el caso que nos ocupa es más importante aún la diferencia entre áleas normales o previsibles y áleas anormales o imprevisibles, ya que de allí se desprende cuál de las partes debe correr con la carga de los mayores costos que genera el desequilibrio financiero. Las áleas normales o previsibles son los riesgos que las partes tienen en cuenta al contratar y respecto de las cuales están dispuestas a resistir sus consecuencias. Son por decirlo así los riesgos profesionales y económicos normales que asume el contratista al establecer una relación contractual con el Estado.

Es de anotar que, en los contratos de obra como el que analizamos, suele incluirse como un porcentaje adicional del precio pactado, el rubro de “costos indirectos” con el nombre de imprevistos.

“Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura”, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgadas por la administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados *a priori* en los presupuestos de contrata. **Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podríamos llamar ordinarios.** El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que efectivamente, se realicen) y ahí radica justamente el álea del contrato.

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U. —administración, imprevistos y utilidades— como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por este. Existe si una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esta partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Ello significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad”⁽³⁰⁾.

“Pero la presencia de la partida de imprevistos en un contrato estatal, no significa que todo gasto que se presente durante la ejecución del contrato y que exceda la cuantía de los imprevistos deba ser tomada como anormal para obtener por esa vía el reconocimiento. Bien podrán darse erogaciones superiores al valor estimado que no son absorbidos por la teoría de la ecuación contractual en consideración a que tiene por causa el alea normal y ordinaria que por la sola presentación de la oferta asume el contratista serán compensados los gastos que se enmarquen en lo anormal y excepcional”⁽³¹⁾.

En las anteriores líneas han quedado planteadas las dos alternativas que prevé la Ley 80 de 1993 en relación con el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contratante en los contratos estatales. El primero es el que contempla el numeral 1° del artículo 5° que consagra el derecho que tiene el contratista a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, por las situaciones imprevistas que no le sean imputables. La segunda es la que se presenta por el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante o una conducta antijurídica que da lugar a la indemnización de perjuicios a favor del contratista y que está contemplada en los artículos 4°, numerales 8° y 9°, 5° numeral 1°, 27 y 50 de la referida Ley 80 de 1993.

Pronunciamiento del tribunal sobre las pretensiones de la demanda.

Le corresponde al tribunal entrar a decidir acerca de las pretensiones de la parte convocante y que en su orden son las siguientes:

Primera: Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de concesión 385 de 1999 celebrado entre dicho instituto y la sociedad Concesión Parquadero Calle 90 S.A.

Este tribunal considera que, en primer lugar, es indispensable hacer una aclaración, en el sentido de que el incumplimiento se configura no solamente por la no realización de las prestaciones pactadas en el contrato, sino también por no ajustar su comportamiento a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus potestades o por abstenerse de atender los deberes que la ley le atribuye en la satisfacción del interés público. Se trata en el fondo de dos formas de incumplimiento en el que existe un ejercicio ilegítimo de las potestades públicas en el contrato administrativo y la omisión de restablecer la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas⁽³²⁾. Entre esos deberes que le impone la ley a la administración pública está precisamente el mantener el equilibrio económico y financiero del contrato o la ecuación contractual y restablecerlo cuando se modifique por causas no imputables al contratista.

Es la lógica consecuencia del desequilibrio que existe *ab initio* en los contratos estatales en contra del contratista, el cual es apenas un simple colaborador de la administración para la prestación de un servicio público o la realización de una obra a cambio de un precio o una remuneración previamente convenida.

El deber que tiene la administración pública de restablecer la ecuación contractual es la única garantía que tiene el Estado o las entidades estatales de asegurar la prestación, regular continua y eficientemente de los servicios públicos a lo que está obligado. Si al contratista se le obligara a tener que soportar las cargas que sobrevienen como consecuencia de una alea imprevisible y extraordinaria, se le avocaría a una situación en la que tendría que incumplir o paralizar las obras en detrimento del interés público. De ahí que la administración deba cumplir sus obligaciones en los términos establecidos en la ley y, de modo principal, la del restablecimiento de la equivalencia económica cuando esta sea alterada, colocando al contratista en la posibilidad de cumplir las suyas, como una exigencia básica para asegurar la realización del fin del contrato⁽³³⁾.

Los artículos 4.8, 4.9, 5.1, 14 y 27 de la Ley 80 de 1993 le imponen precisamente a la administración el deber de adoptar las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato, cuando esta se altere por causas no imputables al contratista. Incluso el artículo 27 citado exige a las partes que las medidas escogidas para el restablecimiento de la ecuación contractual deben adoptarse en el menor tiempo posible. Es decir, sin dilación.

A lo anterior se agrega lo dispuesto en el artículo 68 de la misma ley que obliga a las entidades estatales y a los contratistas buscar soluciones en forma ágil, rápida y directa de las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, dice la disposición que “al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos por la ley y la conciliación, amigable composición y transacción”.

La administración o el contratante tiene, por consiguiente, la obligación de restablecer la equivalencia económica del contrato cuando resulte alterada por las áleas extraordinarias y se lesione el interés patrimonial del contratista. La entidad estatal correspondiente debe por lo tanto resarcir los perjuicios como ocurre también cuando se incumple una obligación derivada del contrato. La Corte Constitucional ha declarado que si la administración no cumple con el deber “de restablecer el equilibrio económico del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado de conformidad con la norma impugnada” (L. 80/93, art. 50).

Es decir, que cuando no se cumple con el deber de restablecer la ecuación contractual se configura un acto antijurídico que da lugar a una responsabilidad patrimonial del Estado bajo cualquier modalidad (responsabilidad contractual o extra contractual) a luz de lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución Política que exige la existencia de un daño antijurídico en el patrimonio de un particular en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

Al respecto dice la Corte Constitucional que “desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta aceptación del daño jurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los

principios y valores propios del Estado social de derecho (C.N., art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”⁽³⁴⁾.

En ese daño patrimonial del contratista se incluye tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*). Es decir, la pérdida efectiva sufrida en los bienes del patrimonio de la víctimas al momento de ocurrir el evento lesivo y las ganancias dejadas de obtener o los aumentos patrimoniales que se pudieron realizar como consecuencia del hecho dañoso. Es lo que establece el artículo 1613 del Código Civil cuando dice que, “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o haberse retardado el cumplimiento”.

Esta regla la aplica también el derecho administrativo por ser un desarrollo razonable del principio de garantía del patrimonio consagrado en los artículos 2º, 58 y 90 de la Constitución Nacional. De ahí que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 citado establezca que la obligación de reparar que tiene la administración pública se extienda a la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista. Por consiguiente, “el contratista tiene derecho a que la administración pública le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto en lo que se manifiesta como un daño directo o disminución patrimonial, como por ejemplo, los mayores costos que debe soportar por concepto de gastos de administración, disponibilidad de maquinaria y equipo, jornales del personal, como los que se traducen en la disminución de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto”⁽³⁵⁾.

“Esta concepción jurídico-política inspira necesariamente la cláusula general de responsabilidad contractual contenida en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que consagra la obligación de las entidades estatales de indemnizar los perjuicios que causen a los contratistas que les sean imputables. La responsabilidad contractual de la administración pública, conforme al sistema objetivo del instituto resarcitorio que consagra el artículo 90 de la Constitución, gira en torno al daño antijurídico o lesión sobre el cual se coloca el acento para constituir una garantía de la integridad del patrimonio de los particulares que colaboran en la gestión de los servicios públicos”⁽³⁶⁾.

Este tribunal considera que el Instituto de Desarrollo Urbano o la parte convocada, incumplió con la obligación legal de resarcir el perjuicio patrimonial que le causó un alea anormal o imprevisible que no es imputable al concesionario, como es en efecto el hecho social de los vecinos de impugnar la licencia de construcción debidamente obtenida por la sociedad convocante y cuya motivación se explica en detalle en el acápite siguiente.

La parte convocada incumplió además con lo previsto en los artículos 4.8, 4.9, 5.1, 14 y 27 de la Ley 80 de 1993 que le imponen la obligación de adoptar las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato cuando este se altere por causas no imputables al contratista y, más aún, adoptar esas medidas en el menor tiempo posible como lo preceptúa el artículo 27 citado.

En efecto, de las pruebas que reposan en el expediente se deduce que la actitud del IDU en este sentido dista mucho de haber sido diligente para solucionar las discrepancias surgidas de la actividad contractual con la parte convocante “en forma ágil, rápida y directa” como se lo ordena el artículo 63 de la Ley 80 de 1993. La circunstancia de tener discrepancias con la Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. sobre la interpretación del párrafo 10.2 del contrato no le exime de dar aplicación a las disposiciones citadas, sino todo lo contrario, la obliga a hacerlo.

Mientras la parte convocante cumplió con la solicitud que exige el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 para que la administración restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato, según consta en las comunicaciones GC-037 del 23 de enero de 2001, GC 081 -1 del 8 de marzo 2001, GC- 117-01 del 2 de abril de 2001, GC-117-01 del 2 de abril de 2001, GC-208-01 del 4 junio de 2001, GC 211-01 de junio 5 de 2001 y sobre todo la comunicación de septiembre 24 de 2001 en que la concesión formaliza a través de apoderado la solicitud del restablecimiento del equilibrio económico del contrato; el Instituto de Desarrollo Urbano, por el contrario, no entra siquiera a analizar los argumentos de la parte convocante para el reconocimiento de los mayores costos que se generaron como consecuencia de la suspensión de la obra por hechos no imputables al contratista, sino como consta en el memorando de DTL-600-044 del 1° de febrero de 2002 sostiene que para que tenga lugar el restablecimiento de la ecuación financiera, se requiere “como elemento indispensable que la ruptura económica sea un verdadero desquiciamiento del contrato”.

Esta última tesis no la puede compartir el tribunal puesto que significaría que el contratista para poder reclamar el restablecimiento de la ecuación económica tendría que declararse previamente en estado de pérdida o de ruina. Aceptar esta interpretación es tanto como permitir que se viole ostensiblemente lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que le impone a las partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la ecuación contractual “en el menor tiempo posible”. La conducta de la parte convocada por el contrario, ha sido la de adoptar una actitud de abierto rechazo a las pretensiones del demandante sin buscar alternativas de solución que pudieran haber evitado el mismo proceso arbitral.

Si bien el enunciado de la demanda tiene un carácter muy general, la parte convocante aduce en su alegato de conclusión que el Instituto de Desarrollo Urbano no solo incumplió la ley sino también el contrato “al no reconocer al contratista los mayores costos de la obra y el pago mínimo del ingreso garantizado pactado en la cláusula 10.2 del contrato de concesión 385 de 1999”.

Sin embargo, el tribunal no encuentra válidos los argumentos de la parte convocante sobre su pretensión de que la parte convocada le reconozca como perjuicio el ingreso mínimo garantizado sobre la base de que hubo demora o atrasos en el inicio de la operación del parqueadero por causas no imputables al contratista.

Este tribunal comparte, por el contrario, en este aspecto, lo sostenido por la parte convocada en su alegato de conclusión (fl. 84 del cdno. de alegatos) en el sentido de que “el retraso de nueve meses, lo que significó fue el traslado en el tiempo de una inversión y de los respectivos ingresos esperados vía cobertura de ingresos mínimos, el cual no causa ningún perjuicio financiero real al concesionario”.

En el mismo sentido comparte este tribunal lo señalado por Andrés Trujillo Mosquera en el oficio de fecha junio 22 de 2001 (fl. 147 de pruebas 1) en el sentido de que “cosa distinta sería la situación una vez terminadas las obras del parqueadero si por razones ajenas al contratista concesionario no fuera posible iniciar la operación del parqueadero operaría la cláusula por ustedes mencionada”.

En conclusión, si bien este es tribunal considera que a la parte convocada le corresponde restablecer el patrimonio económico del contratista como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales derivadas del contrato de concesión 385 de 1999, resarciendo los “perjuicios derivados de los mayores costos de la obra (pretensión segunda numeral primero), no procede en cambio el reconocimiento de “perjuicios financieros derivados del atraso del inicio de la operación del parqueadero en nueve meses (9) de conformidad con la cláusula 10.2 del contrato de concesión y su otrosí 3”, por las razones expuestas.

En consecuencia se declarará en la parte resolutive de este laudo, que prospera solo parcialmente la pretensión segunda de la demanda.

No obstante que este tribunal ha encontrado fundada la primera pretensión formulada con carácter principal por la convocante, y que así habrá de declararlo, considera útil referirse a la misma pretensión planteada de manera subsidiaria en la medida en que ello hace evidente que el rompimiento de la ecuación contractual presentada no modifica ni contradice la decisión.

Pretensión primera subsidiaria a la primera principal. “En subsidio de la pretensión anterior solicito se declare

que en desarrollo de concesión 385 de 1999 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, y la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. se presentaron situaciones no imputables al contratista que le causaron una mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, alterando la ecuación económica financiera del contrato”.

Tal y como lo exponemos más a espacio al referirnos a las excepciones presentadas por el IDU, este tribunal encuentra que la suspensión del contrato por el término de nueve meses produjo un desequilibrio en la ecuación contractual que no es imputable al contratista, como que el hecho que la produjo no podría ser considerado como un alea que es normal o previsible y que hiciera parte de los riesgos contractuales que normalmente debe asumir el contratista.

Las áleas normales o previsibles son los riesgos que las partes tienen en cuenta al contratar y respecto de las cuales están dispuestas a resistir sus consecuencias. Son por decirlo así, los riesgos profesionales y económicos normales que asume el contratista al establecer una relación contractual con el Estado. El alea normal del contratista se refiere a su propia capacidad, organización y eficiencia empresarial y profesional, que incluye el riesgo del precio propuesto sobre la base de unos rendimientos y productividad presupuestados, para las condiciones y circunstancias previstas de ejecución de la obra.

Si bien es cierto que todo contratista con el Estado debe soportar los riesgos o las áleas normales previsibles del contrato, no puede exigírsele que cargue con las consecuencias de aquellos riesgos o áleas no previsibles y extraordinarios capaces de afectar la estructura económica del contrato y que no son a él imputables. La administración no puede conducir al proponente o contratista, como hemos dicho, a “comprar” una especie de lotería cuando celebra el contrato, incluyendo elementos de riesgo que no esté en condiciones de valorar.

Respecto de la pretensión tercera y las subsidiarias segunda, tercera, cuarta y quinta a la tercera principal, el tribunal considera que no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios sobre las cantidades a que se condene al IDU, en razón a que no se trata de obligaciones que estuvieran sujetas a término en las que el convocado haya incurrido en mora, sino de obligaciones cuya certeza solo se determina con el presente laudo. Por tal razón denegará en la parte resolutive del laudo las pretensiones mencionadas.

Respecto de la pretensión cuarta de la demanda, este tribunal la negará en razón a que existe una disposición especial prevista en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dispone:

“Ejecución contra entidades de derecho público. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaria, un Distrito Especial o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo.

El término de seis meses que establece el inciso anterior, se contará desde la ejecutoria de la sentencia o de la providencia que la complementa; pero cuando se hubiere apelado de aquella o de esta, comenzará a correr desde la ejecutoria del auto de obediencia o lo resuelto por el superior”.

En cuanto a la pretensión quinta de la demanda, el tribunal encuentra que según lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, habrá lugar a reconocimiento de intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del presente laudo.

En efecto el último inciso del artículo 177 citado dispone que “las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios”.

Por lo anterior se declarará que prospera esta pretensión.

Consideraciones del tribunal sobre las excepciones propuestas.

Este tribunal entra a referirse igualmente a las excepciones propuestas por el IDU o parte convocada en el orden en que fueron presentadas.

1. Inexistencia de obligación legal y contractual para el IDU de hacer los reconocimientos pretendidos por el concesionario como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual.

En razón a que este tribunal ya estudió y decidió sobre todos los aspectos planteados en este punto por la parte convocada, procede a sustentar su posición sobre la base de distinguir entre dos aspectos planteados por el UDU(sic): la obligación “legal” y la obligación “contractual” de proceder al restablecimiento del equilibrio contractual.

Para este tribunal sí existe una obligación legal de proceder al restablecimiento del equilibrio contractual en razón de no haber cumplido con los deberes y obligaciones que le impone la ley como entidad estatal y contratante, de mantener y restablecer la ecuación económica del contrato cuando no existen, como en este caso, causas imputables al contratista. Tal y como tuvimos oportunidad de señalarlo al responder a la primera pretensión del demandante o concesionario, no existe ninguna prueba de que el IDU hubiera adoptado alguna medida y menos “en el menor tiempo” como se lo impone el artículo 27 de Ley 80 de 1993 para solucionar las diferencias existentes sobre la interpretación del contrato y particularmente de su artículo 10.2 utilizando los mecanismos de solución previstos en la disposición citada. Su actitud fue siempre la de rechazar la posición del contratista y reiterar la suya sin que nunca hubiera existido ningún ánimo conciliatorio con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato como lo exige la ley.

A lo que ya dijimos sobre este particular en la parte pertinente, agregamos lo que sostiene el IDU en este mismo escrito sobre excepciones y que dice:

“En criterio de la demandada no aplica al caso de la teoría de la imprevisión en la pretensión de restablecimiento de la ecuación económica en este punto, y **por ello la entidad desde el primer momento negó al concesionario esos reconocimientos**” (las negrillas son del tribunal). Pero nada más.

Basado en estas consideraciones de carácter legal, el tribunal condenará a la parte contratante a reconocerle al contratista los mayores costos de la obra que comprenden todos los aspectos que relaciona en su escrito la parte convocada y que son: a) ajuste por actualización de costos de materiales y manos de obra y b) cambios en el diseño (mayor costo derivado de los cambios en el diseño estructural del parqueadero) generados por cambios en la especificación técnica y cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero.

Examinadas las pruebas que se encuentran en el expediente este tribunal no encuentra que el IDU haya cumplido con lo que le corresponde para poder exonerarse de la obligación que tiene legalmente de proceder a restablecer el equilibrio económico del contrato.

En lo que se refiere a la inexistencia de la obligación del reconocimiento de los mecanismos para proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato desde el punto de vista contractual, este tribunal considera por el contrario, que el IDU sí cumplió con todas sus obligaciones pactadas y que de acuerdo con lo decidido sobre las pretensiones del demandante, no está obligado a reconocerle al contratista lo que reclama por concepto del pago del ingreso mínimo garantizado por la demora en el inicio de la operación del parqueadero en los términos de lo previsto en el parágrafo del artículo 10.2 del contrato. En su concepto, aceptarlo sería reconocer un pago en exceso a favor del contratista.

Por las razones expuestas el tribunal encuentra fundada la excepción solo en lo que hace referencia al aspecto contractual de que el demandado no está obligado a dar cumplimiento a lo previsto en el parágrafo del artículo 10.2. del contrato.

2. Inexistencia de alteración del equilibrio económico del contrato.

En este punto el tribunal se aparta totalmente de lo afirmado por la parte convocada desde el punto de vista fáctico y también conceptual.

De las pruebas que existen el expediente, se deduce fácilmente que el contratista cumplió igualmente con las obligaciones del contrato. El concesionario cumplió efectivamente con su obligación de obtener en tiempo la licencia de construcción, la cual fue expedida por la curaduría urbana 1 de Bogotá bajo número LC 001 -0156 del

28 de abril de 2000. Obtenida la licencia de construcción, los vecinos resuelven interponer un recurso de reposición ante la misma entidad que fue resuelta mediante Resolución 10124 del 21 de julio de 2000 y al mismo tiempo remite el expediente al departamento de planeación distrital para que surta el recurso de apelación.

Los vecinos del parqueadero de la calle 90 celebran una reunión con el fin de tratar asuntos relacionados con la licencia de construcción y la realización de la obra. Según consta en el folio 121 del cuaderno de pruebas 1, el objeto de la reunión es el de las obras del parqueadero subterráneo de la bahía de la carrera 16 entre calles 90 y 92 y de la calle 91 entre carreras 15 y 16.

A folio 122 del mismo cuaderno, consta el resumen de los argumentos de la comunidad, manifestados por ellos en diversas reuniones, en especial las de septiembre 27 de 1999, mayo 5, 12, 16 de 2000, puntos que se resumen así:

1. Evitar el tráfico vehicular por encima de la plazoleta generado por la operación de parqueadero de tipo mecanizado, así como la edificación por construir en la plazoleta, mediante la cual se hace el acceso de vehículos al parqueadero por ascensor, localizada al lado de Carulla y frente a los locales del costado occidental de la carrera 16.
2. Que no existan limitantes para el desarrollo futuro de proyectos de construcción en los predios vecinos al parqueadero y de acceso a los mismos.
3. Que se elimine el desarrollo de futuras etapas del parqueadero.
4. Se evite adelantar obras durante la época decembrina y se permita acceso sin inconvenientes a los locales durante esta época.

Al mismo folio y a continuación de lo anterior se expresa:

“Analizada la situación actual del proyecto, **la propuesta presentada por el contratista concesionario** para construir un parqueadero convencional y no mecanizado y las alternativas para su desarrollo, **en respuesta a las peticiones y solicitudes de la comunidad se establecen los siguientes acuerdos y compromisos**” (la negrilla es del tribunal). Y continúa el acuerdo así, en el mismo folio 122:

- “1. Teniendo en cuenta la solicitud de los vecinos de las obras y que a la fecha aún se encuentra pendiente la respuesta por parte del DAPD el recurso de apelación presentado a la licencia de construcción otorgada por la curaduría urbana 1, se acuerda que la iniciación de las obras será después del 2 de enero de 2001 (negrilla del tribunal).
2. Se aclara y ratifica que las obras del parqueadero subterráneo no generan limitantes técnicas para el futuro desarrollo de proyectos en los predios vecinos al mismo.
3. **Por petición de la comunidad y en concertación con el IDU**, se aprueba y se acepta la modificación propuesta por el contratista concesionario de cambiar a un parqueadero de tipo convencional y no mecanizado, con lo cual se elimina la construcción en la plazoleta de la edificación al parqueadero y la posibilidad de desarrollo de etapas futuras para la ampliación del parqueadero (negrilla del tribunal).
4. **Se aceptan dos sugerencias de la comunidad al diseño propuesto por el contratista concesionario que son:**
 - a) la rampa de salida localizada hacia la calle 90 se colocará en el costado más oriental de la plazoleta y b) se construirá una bahía de desaceleración para dar acceso al parqueadero sobre la carrera 15 (negrilla del tribunal).
5. El proyecto de la plazoleta en la superficie mantiene la posibilidad de acceso restringido a la misma y se realizará de acuerdo con la normatividad (cartilla de andenes) para cualquier obra de espacio público que ejecuta el IDU.
6. Las actas de vecindad serán realizadas por el contratista concesionario antes de la fecha de iniciación de las obras. La presente acta se firma en Bogotá el 22 de noviembre de 2000 y como aceptación de los acuerdos a que se ha llegado firman quienes intervinieron en él.

A folio 123 del cuaderno de pruebas 1, aparece el documento firmado por la directora técnica del IDU, doctora Alicia Naranjo; la jefe de la oficina de atención al cliente, doctora María Clara Pulido Londoño; los funcionarios del parqueadero calle 90 y los apoderados de los vecinos y delegados de diferentes locales de la zona vecina de la obra.

Para el tribunal resulta meridianamente claro el hecho específico de la obtención de la licencia para la construcción del parqueadero de la calle 90 con carrera 15 por parte del concesionario, hoy parte demandante.

En efecto, consta en el expediente con toda claridad la licencia de construcción otorgada por la curaduría urbana 1, el día 18 de abril de 2000. Cosa muy diferente es la situación que se genera respecto de la oposición de la comunidad a las licencias y las consecuencias que para el contrato objeto de este tribunal, tal conducta genera (fl. 110 cdno. 1 de pba.).

No puede el IDU señalar que el concesionario debía prever la posible oposición de la comunidad. Si ello fuese así, debía haberlo previsto en el contrato 385. Al tenor del mismo la situación es bien diferente. En primer lugar el contrato advierte sobre el cumplimiento de parte de concesionario de los requisitos previos de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones (fl. 72, cdno. 1 de pbas.).

A folio 75 del mismo cuaderno se establece el período de esta parte de dos meses para la obtención de la licencia. En la parte pertinente se habla simple y llanamente de la obligación de obtener la licencia en el período de dos meses.

La cláusula prevé, en cambio, lo relacionado con la demora en la elaboración del manejo del plan ambiental cuando señala: “En el caso de demoras en la obtención de la aprobación del plan de manejo ambiental por su entrega tardía por parte del concesionario al IDU, o por fallas del mismo, esta demora será asumida por el concesionario, quien no podrá solicitar indemnización alguna o prolongación del período de operación del parqueadero, salvo que los hechos que dieran lugar a dicha demora no le fueran imputables directamente al concesionario. Una vez obtenidas todas las licencias, se suscribirá el acta de iniciación de la etapa de construcción.

Queda claro que el concesionario obtuvo la licencia de construcción y cumplió con la obligación dentro del término previsto en el contrato.

Otra cosa muy diferente es que la comunidad se opusiera por razones de conveniencia o de cualquier orden, a la construcción del parqueadero.

Si analizamos el acta de fecha 22 de noviembre de 2000, es claro, absolutamente claro el hecho de sucesos imprevistos para el concesionario, en cuanto a que la comunidad termina formalizando en esa acta modificaciones al proyecto contratado, con la total participación y aprobación del IDU. Es suficiente para ello la lectura de los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del acta de fecha ya mencionada y que consta a folio 122.

Tiene razón el demandante al señalar en su alegato de conclusiones que “ninguna de la licencias otorgadas fue cuestionada por incumplimiento de los requerimientos y exigencias propias de este trámite y en este sentido fue asumido por el contratista el alcance de su obligación, cuyo cumplimiento solo podrá medirse de conformidad con su gestión en esta materia” (fl. 13, cdno. de alegatos).

El Instituto de Desarrollo Urbano en el alegato de conclusiones plantea varias consideraciones que es necesario estudiar:

En primer lugar se refiere al testimonio del doctor Gustavo Montes y señala entre otros lo siguiente (fl. 62, cdno. de alegatos): “Dentro de las funciones que realicé me correspondió realizar hasta marzo del año pasado, marzo de 2002, estuvo la coordinación del contrato objeto de reclamación por parte del concesionario, es decir, el contrato 385 de 1999 y dentro de esas labores de coordinación me correspondió en lo fundamental velar por el desarrollo de la etapa de construcción del contrato.

Esto por cuanto el contrato a partir del momento que yo ingresé al instituto, estaba suspendido o debió haber sido suspendido por cuanto el concesionario no había obtenido la licencia de construcción necesaria para poder realizar

la construcción de la obra, cosa que sí sucedió con los otros tres parqueaderos, en donde se ejecutó la obra adecuadamente. Dicha licencia fue conseguida por el concesionario a principios del año 2001, momento a partir del cual se inició entonces, se dio reinicio al contrato y se inició entonces la etapa que correspondía que era la etapa de construcción” (sic).

Nótese cómo el declarante no hace mención alguna al proceso de concertación con los vecinos de la obra, sino que escuetamente señala la falta de licencia de construcción como motivo para la demora en la iniciación de la obra.

Cita igualmente la memorialista del IDU en su alegato de conclusiones el testimonio del doctor Alejandro Atuesta, quien va más allá, y dice: “Por lo que nosotros entendemos el concesionario tenía la obligación de tramitar el permiso y la licencia de construcción; esto es un procedimiento reglado, que la oposición que se dio dentro del procedimiento a través de la licencia, digamos, es una objeción por parte de la comunidad que era de alguna manera previsible y que el riesgo en este sentido, digamos de la variación en este caso, que insisto, pues de todas maneras creo que no tiene efectos financieros en el contrato, pero la variación del plazo en ese caso era un riesgo asumido por el concesionario en ese sentido” (sic).

No puede el tribunal aceptar la tesis del IDU, en el sentido de que el riesgo social de la oposición de la comunidad en una obra pública lo deba asumir el contratista. No comparte el tribunal el criterio expuesto por la parte demandada ni por el Ministerio Público que pretende hacer para el contratista previsible lo que no es posible de prever. No lo es, por lo menos en este caso.

La política de parqueaderos públicos la determina la administración distrital con base en las normas que sobre ocupación del espacio público son vigentes en la ciudad. El espacio de la calle 90 con carrera 15 es un espacio rodeado de añejos locales comerciales y un centro de egresados de una prestigiosa universidad bogotana. Cualquier reflexión implicaría por el contrario advertir que el IDU tenía que prever sucesos no transferibles al contratista.

El contratista cumple con lo previsto y previsible al obtener la licencia de construcción independiente de que aquella sea objetada por la comunidad por razones totalmente ajenas a la construcción del parqueadero. El cumplimiento de esta obligación del concesionario quedó demostrado con el acto administrativo que confirmó la licencia (fls. 111 y ss., Res. 10124, jul. 21/2000), según el cual se dispuso en el artículo 1º “Confirmar en todas sus partes la licencia de construcción, en la modalidad de obra nueva”.

El tribunal además precisa que la gestión del IDU con la comunidad y con el propio concesionario demuestra cómo el contratista actuó y actuaba frente a hechos no posibles de prever o asumir.

En este aspecto es relevante estudiar el laudo arbitral de Beltrán Pinzón y Cía. S.A. contra Fondo Nacional de Ahorro, de fecha 12 de mayo de 1999, en un caso similar al presente determinó el derecho del contratista cuando surgen hechos para él no previsibles, dice el laudo a página 14 “De acuerdo con lo explicado los efectos nocivos generados por hechos imprevistos o imprevisibles sobrevinientes, no han de ser soportados por el contratista que, sin su culpa se vio avocado a ellos. Los mayores costos así resultantes deberán ser asumidos por la entidad pública en observancia del principio de mantenimiento de la ecuación financiera del contrato. Por ende, se trata en esta hipótesis puntual de la aplicación del aforismo “*rebus sic stantibus*”, según el cual para el cumplimiento de las obligaciones se sobreentiende que han de mantenerse las mismas condiciones imperantes en el momento de contratar...”.

Es evidente que el asunto por este tribunal analizado, hace referencia a un aspecto concreto, el desequilibrio que se pretende obtener por el demandante, que en nada hace referencia al incumplimiento proveniente de una de las partes sino al hecho que produce una acción no previsible. En ese sentido es clara nuestra apreciación, al determinar probado que la licencia de construcción se obtuvo por el contratista y que la ocurrencia de hechos o circunstancias no imputables al contratista le generaron rompimiento de la ecuación económica del contrato.

Desistimiento del recurso de apelación.

Todo lo hasta ahora señalado, encuentra además en el escrito de desistimiento por parte del apoderado de los vecinos de la obra, elementos que reiteran la validez de lo señalado anteriormente. En efecto, el memorialista en

nombre de los vecinos expresa que “este desistimiento obedece a los acuerdos celebrados con el IDU que constan en las actas respectivas que se acompañaron con el memorial anterior, 1-2001-00060 E de enero 3 de 2000 y a las obligaciones contraídas por el IDU respecto del **nuevo proyecto o modificación de que tratan los mismos acuerdos**” (negrilla del tribunal).

Quiere decir esto que el contratista nunca hubiera podido prever incluso el alcance de un “nuevo proyecto”. Queda ilustrado que el concesionario no incumplió y que su conducta fue contractualmente clara en el cumplimiento de lo pactado con el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

De otro lado es importante señalar que una cosa es el suceso de la actuación administrativa y otra cosa muy diferente es el acontecer de hechos sociales no posibles de adivinar con la prudencia o el factor de la experiencia. Suponer como supone en forma simplista el IDU el factor de soportar el contratista a su propio costo y riesgo el suceso de índole social es por lo menos apresurado y liviano. Claro, el contratista debe prever al contratar el grado de riesgo, pero es que en este caso la obligación contractual señalaba obtener la licencia de construcción, hecho que reiteradamente hemos encontrado demostrado que cumplió.

Finalmente, debe mencionarse el hecho que consta a folio 59 del cuaderno de pruebas 3, con relación al mensaje de respuesta que la dirección del IDU efectúa, al doctor Milton Contreras Rodríguez, líder del grupo de auditoría ante el IDU, oficio DTEP-5000-0133, este oficio demuestra con suficiente ilustración cómo el IDU, ejecutor del programa de parqueaderos de la ciudad de Bogotá, realizó todos los estudios de prefactibilidad y factibilidad donde se justificó la viabilidad de la construcción de los parqueaderos subterráneos, el oficio mencionado (fls. 59 y ss. cdno. 3 de pbas.) señala en su contenido que “adicional a los estudios que se habían adelantado sobre el tema de parqueaderos para Bogotá hasta 1996, y otros estudios contratados por el IDU con el arquitecto Fernando Cortés Larramendy, se incluyó la evaluación integral de estacionamiento para el paseo urbano de la carrera 15.

Y agrega a folio 60 del mismo cuaderno “en 1997 se contrataron las asesorías jurídicas, técnicas y financieras para el proceso de evaluación de los parqueaderos de Unilago, plazoletas Carulla calle 85 y de la calle 90 y parque de la carrera 15 entre calles 96 y 97”.

Prosigue “en 1998 se desarrolló el contrato celebrado entre el IDU con el Consorcio Civiltec - Lascano Esguerra Cía Ltda., para la realización de “Estudios de estacionamiento, tránsito y transporte en la malla vial entre la avenida 7ª y la autopista norte y entre la avenida Chile y avenida 100”, en el cual se incluyó la “cuantificación de la oferta y la demanda de estacionamientos en los cuatro sitios determinados por el IDU”.

¿Cómo aducir entonces que el concesionario contrató a su propio riesgo? ¿Quién elaboró los estudios, los pliegos de condiciones y el mismo contrato? Fue el Instituto de Desarrollo Urbano quien efectuó todos los estudios previos a la licitación y posterior contratación. Se advierte entonces que el tema fue suficientemente conocido, como tenía que ser por el contratante, el Instituto de Desarrollo Urbano, quien es el ejecutor de los programas de parqueaderos de la ciudad de Bogotá y ello genera como lo demuestra este oficio a folio 59, el conocimiento en detalle de las obras a ejecutar por parte del IDU.

Desde el punto de vista conceptual tampoco comparte este tribunal las aseveraciones hechas por la parte demandada, en el sentido de considerar la oposición de la licencia de construcción de los vecinos, como un riesgo normal, así se le dé el nombre de “riesgo de construcción” o “riesgo regulatorio”.

Para este tribunal el hecho referido no puede ser considerado como un alea normal o previsible y que pueda incluirse dentro de los riesgos contractuales que normalmente debe asumir el contratista.

En líneas anteriores dejamos sentado que, las áleas normales o previsibles son los riesgos que las partes tienen en cuenta al contratar y respecto de las cuales están dispuestas a resistir sus consecuencias. Son por decirlo así, los riesgos profesionales y económicos normales que asume el contratista al establecer una relación contractual con el Estado.

En el caso del contratista el alea normal se refiere a su propia capacidad, organización y eficiencia empresarial y profesional, que incluye el riesgo del precio propuesto sobre la base de unos rendimientos y productividad presupuestados, para las condiciones y circunstancias previstas de ejecución de la obra. Hemos visto también que

en los contratos de obra suele incluirse como un alea normal un porcentaje adicional del precio pactado bajo el rubro de “costos indirectos” con el nombre de imprevistos.

Si bien es cierto que todo contratista con el Estado debe soportar los riesgos o las áleas normales previsibles del contrato, no puede exigírsele que cargue con las consecuencias de aquellos riesgos o áleas no previsibles y extraordinarios capaces de afectar la estructura económica del contrato y que no son a él imputables. La administración no puede conducir al proponente o contratista, como hemos dicho, a “comprar” una especie de lotería cuando celebra el contrato, incluyendo elementos de riesgo que no esté en condiciones de valorar.

Según lo establecido por el artículo 24, numerales 5c y e de la Ley 80 de 1993, relativas al principio de la transparencia, solo es posible trasladar al contratista aquellos riesgos que puedan establecerse al momento de celebrar el contrato y acordar las condiciones de costo y servicios que sean objeto del mismo y que no pueden medirse y calcularse dentro del precio del contrato.

Fácil es deducir que no es un riesgo normal y previsible, el hecho social de que los vecinos de una comunidad resuelvan oponerse a una licencia de construcción legalmente obtenida y paralíen por nueve meses la iniciación de la obra del parqueadero calle 90. Se trata sin duda de un alea anormal e imprevisible ajeno a la voluntad de las partes que sobrevino después de celebrado el contrato, no imputable al contratista y que sí le produjo a este un perjuicio económico. Esto es, que alteró la ecuación económica y financiera del contrato en forma anormal y grave sin imposibilitar la ejecución del mismo. La intervención de la comunidad para impugnar la licencia de construcción es un acontecimiento extraordinario, que no es normal que se presente y en el que las partes no pudieron haber pensado por estar fuera de su imaginación.

Es por ello que este tribunal no comparte lo sostenido por la parte convocada, en el sentido de que la Concesión Parqueadero Calle 90 o parte convocante ha debido prever la posibilidad de que la comunidad interpusiera los recursos legales para impugnar dicha licencia de construcción para el inicio de la obra. Esto es, dando a este hecho o acontecimiento el carácter de alea normal del contrato que el contratista estaba obligado a asumir.

En cambio se pregunta este tribunal, si la parte convocada no incumplió con una de sus obligaciones y deberes de contratante al no haber consultado previamente con la comunidad sobre los posibles inconvenientes de la obra durante el trámite que debió adelantar al hacer entrega de los predios para la construcción de la obra y si de ahí se deriva alguna responsabilidad por su incumplimiento.

En opinión del tribunal el hecho de la comunidad reúne los tres requisitos que exige la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se configure la teoría de la imprevisión, la cual exige el restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera. 1. Se trata de un hecho exógeno a las partes que se presentó con posterioridad a la celebración de las partes; 2. El hecho alteró en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y 3. No era razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

No siendo imputable al contratista el hecho que generó el desequilibrio de la ecuación contractual por no ser un alea normal, sino un alea imprevisible o anormal del contrato, la administración contratante debe proceder a compensar el menoscabo patrimonial que tal situación le generó.

No sobra reiterar al respecto lo que afirma el Consejo de Estado en reciente sentencia cuando dijo:

“Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado. La Ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el Decreto Ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto.

Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8º); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del

Decreto Ley 222 de 1983, que establecieron a favor de la administración los exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas (Sentencia del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mayo 29/2003).

Ahora bien, demostrado que el hecho generador del desequilibrio económico del contrato pertenece a la categoría de las áleas anormales o imprevisibles y no es imputable al contratista, la ley establece la obligación que tiene la administración de restablecer la ecuación económica del contrato y para tal fin le impone reglas precisas de conducta, cuya inobservancia genera responsabilidad “tales como las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras ⁽³⁷⁾ existentes al momento de proponer el contrato; abstenerse de conductas que generen mayor onerosidad; revisar los supuestos e hipótesis tenidos en cuenta para la ejecución cuando estos fracasan; adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para el restablecimiento del equilibrio etc.” (L. 80/93, art. 4º, num. 8º y 9º; art. 25, num. 5º y art. 27)”.

Aunque no es parte de la decisión que toma este tribunal respecto de la excepción propuesta, sí vale recordar que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 citada precisa que el contratante debe restablecer el equilibrio de la ecuación contractual del contrato a un punto de no pérdida.

El tribunal no encuentra fundada, por consiguiente, la excepción de inexistencia de alteración del equilibrio económico del contrato.

Previas las consideraciones que han quedado expuestas y habiendo encontrado que prospera la pretensión PRIMERA de la demanda, este tribunal declarará que por el incumplimiento de sus obligaciones legales, el IDU debe reconocerle a la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., lo siguiente y así habrá de resolverlo en el laudo:

1. Perjuicios derivados mayores costos de la obra, por concepto de:

1.1. Ajuste por actualización de costos de materiales y mano de obra (sin descontar el anticipo), en su valor real a la fecha del presente laudo, conforme a la siguiente liquidación:

El valor del ajuste de materiales y mano de obra quedó calculado en la página 3 del dictamen pericial y en la misma página de las aclaraciones y complementaciones, así:

A 31 de enero de 2001:	\$ 292.963.918
Actualizado a 31 de enero de 2003:	\$ 337.835.344

Para pagar en su valor real se actualiza esta cifra a 31 de octubre de 2003 con el último IPC disponible:

$\$ 337.835.344 \times 144.31 / 138.42 = \$ 352.210.797$

1.2. Cambios en el diseño (mayores costos derivados de los cambios en el diseño estructural del parqueadero), generados por:

a) Cambios en la especificación técnica de la losa superior del parqueadero, cambio de carga viva de 500 kgs./m² a 1000 kg./m². Por este concepto se reconocerá la cantidad de \$ 47.381.464 por capital, conforme quedó establecido en el peritaje.

b) Cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero (refuerzo estructural superior). Se reconocerá la cantidad de \$ 25.233.653 por capital, establecida en el dictamen pericial.

Por los conceptos de los literales a) y b) se condenará al IDU a pagar la indemnización integral de daño emergente y lucro cesante, sobre la base de reconocer los intereses bancarios corrientes de dichas sumas, en el entendido de que quedan así comprendidos los “perjuicios de todo orden”, referidos a estos conceptos, conforme a la siguiente

liquidación:

(a) Cambio de carga viva:

Mes	Tasa anual efectiva	Tasa mensual efectiva	IPC	Valor intereses mensuales	Intereses actualizados a Oct 31/2003
Feb-01	26.03%	1.95%	122.31	922,337	1,085,146
Mar-01	25.11%	1.88%	124.12	892,854	1,035,141
Abr-01	24.83%	1.87%	125.54	883,841	1,013,101
May-01	24.24%	1.83%	126.07	864,790	987,096
Jun-01	25.17%	1.89%	126.12	894,783	1,020,926
Jul-01	26.08%	1.95%	126.26	923,933	1,053,018
Ago-01	24.25%	1.83%	126.59	865,113	983,409
Sep-01	23.06%	1.74%	127.06	826,437	935,969
Oct-01	23.22%	1.76%	127.29	831,657	940,179
Nov-01	22.98%	1.74%	127.44	823,824	930,228
Dic-01	22.48%	1.70%	127.87	807,461	908,686
Ene-02	22.81%	1.73%	128.89	818,268	913,560
Feb-02	22.35%	1.70%	130.51	803,197	885,603
Mar-02	20.97%	1.60%	131.43	757,671	829,558
Abr-02	21.03%	1.60%	132.63	759,660	824,211
May-02	20.00%	1.53%	133.43	725,385	782,305
Jun-02	19.96%	1.53%	134.00	724,049	777,542
Jul-02	19.77%	1.51%	134.03	717,695	770,546
Ago-02	20.01%	1.53%	134.16	725,719	778,406
Sep-02	20.18%	1.54%	134.64	731,394	781,697
Oct-02	20.30%	1.55%	135.39	735,396	781,620
Nov-02	19.76%	1.51%	136.45	717,360	756,527
Dic-02	19.69%	1.51%	136.81	715,017	752,071
Ene-03	19.64%	1.51%	138.42	713,342	741,583
Feb-03	19.78%	1.52%	139.96	718,029	738,242
Mar-03	19.49%	1.49%	141.42	708,314	720,735
Abr-03	19.81%	1.52%	143.04	719,033	723,356
May-03	19.89%	1.52%	143.74	721,709	722,512
Jun-03	19.20%	1.47%	143.67	698,577	699,695
Jul-03	19.44%	1.49%	143.46	706,637	708,804
Ago-03	19.88%	1.52%	143.90	721,374	721,374
Sep-03	20.12%	1.54%	144.22	729,392	727,774
Oct-03	20.04%	1.53%	144.31	726,721	724,657
				\$25,630,967	27,755,278

TOTAL CAPITAL \$ 47,381,464	
Intereses \$ 25,630,967	
INTERESES ACTUALIZADOS A OCTUBRE 31/03	\$ 27,755,278

Capital	\$ 47,381,464
Intereses	\$ 27,755,278
TOTAL	\$ 75,136,742

En consecuencia, por (a) cambios en la especificación técnica de la losa superior del parqueadero, cambio de carga viva de 500 kgs./m² a 1000 kg./m², se condenará al IDU a pagar la cantidad de \$ 75.136.742 por daño emergente y lucro cesante.

(b) Cambios den la losa superior:

Mes	Tasa anual efectiva	Tasa mensual efectiva	IPC	Enero 01	
				Valor intereses mensuales	Intereses actualizados a ene. 31/2003
Feb-01	26.03%	1.95%	122.31	491,203	555,902
Mar-01	25.11%	1.88%	124.12	475,502	530,285
Abr-01	24.83%	1.87%	125.54	470,702	518,994
May-01	24.24%	1.83%	126.07	460,556	505,672
Jun-01	25.17%	1.89%	126.12	476,529	523,003
Jul-01	26.08%	1.95%	126.26	492,053	539,443
Ago-01	24.25%	1.83%	126.59	460,728	503,784
Sep-01	23.06%	1.74%	127.06	440,130	479,481
Oct-01	23.22%	1.76%	127.29	442,910	481,637
Nov-01	22.98%	1.74%	127.44	438,739	476,540
Dic-01	22.48%	1.70%	127.87	430,025	465,504
Ene-02	22.81%	1.73%	128.89	435,780	468,001
Feb-02	22.35%	1.70%	130.51	427,754	453,679
Mar-02	20.97%	1.60%	131.43	403,508	424,968
Abr-02	21.03%	1.60%	132.63	404,568	422,229
May-02	20.00%	1.53%	133.43	386,314	400,761
Jun-02	19.96%	1.53%	134.00	385,602	398,321
Jul-02	19.77%	1.51%	134.03	382,218	394,737
Ago-02	20.01%	1.53%	134.16	386,492	398,764
Sep-02	20.18%	1.54%	134.64	389,514	400,450
Oct-02	20.30%	1.55%	135.39	391,645	400,410
Nov-02	19.76%	1.51%	136.45	382,040	387,556
Dic-02	19.69%	1.51%	136.81	380,792	385,273
Ene-03	19.64%	1.51%	138.42	379,900	379,900

Feb-03	19.78%	1.52%	139.96	382,396	378,189
Mar-03	19.49%	1.49%	141.42	377,222	369,220
Abr-03	19.81%	1.52%	143.04	382,931	370,563
May-03	19.89%	1.52%	143.74	384,356	370,130
Jun-03	19.20%	1.47%	143.67	372,037	358,442
Jul-03	19.44%	1.49%	143.46	376,329	363,108
Ago-03	19.88%	1.52%	143.90	384,178	369,548
Sep- 03	20.12%	1.54%	144.22	388, 448	372, 826
Oct-03	20.04%	1.53%	144.31	387.025	371.229
				13,650,126	14,218.549
TOTAL CAPITAL			\$		
			25,233,		
			653		
INTERESES				\$ 13,650,126	
INTERESES ACTUALIZADOS A OCTUBRE 31/03					\$ 14,218,549

Capital	\$ 25,233,653
Intereses	\$ 14,218,549
TOTAL	\$ 39,452,202

En consecuencia, por (b) cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero (refuerzo estructural superior), se condenará al IDU a la cantidad de \$ 39.452.202 por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Costas del proceso.

De conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998:

“Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

De igual manera, según el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1º, en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierde el incidente o los trámites especiales que los sustituyen señalados en el numeral 4º del artículo 351, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...).

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión (...).”.

En consecuencia, toda vez que en el presente caso las pretensiones formuladas por la parte demandante han prosperado solo parcialmente, y así lo reconocerá el tribunal en la parte resolutive de este laudo, corresponde pronunciar condena parcial en costas e imponerlas en el 50% a cargo de la parte demandada, así:

Costas	
A. Honorarios de los árbitros, la secretaria y gastos del tribunal	
Honorarios de los árbitros Enrique Gaviria y Carlos del Castillo	\$ 44.000.000
IVA 16%	\$ 7.040.000
Honorarios del árbitro Marco Tulio Gutiérrez	\$ 22.000.000
Honorarios de la secretaria	\$ 11.000.000
IVA 16%	1.760.000
Gastos de funcionamiento y administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 5.000.000
IVA 16%	\$ 800.000
Protocolización, registro y otros	\$ 13.000.000
Total	\$ 104.600.000
100% pagado por Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.	\$ 104.600.000
Pagado por la demandante por cuenta del IDU (50%)	\$ 52.300.000
A cargo del IDU	\$ 52.300.000
B. Honorarios y gastos de la pericia	
Gastos de la pericia	\$ 3.000.000
Honorarios de los peritos Jorge Torres y Eduardo Villate Bonilla	\$ 16.000.000
IVA 16%	\$ 2.560.000
Gastos dictamen pericial	\$ 21.560.000
Pagado por Concesión Parqueadero Calle 90	\$ 21.560.000
Costas a cargo del IDU (50%)	\$ 10.780.000
C. Agencias en derecho	
El tribunal fija el valor de las agencias en derecho en la suma de	\$ 12.000.000
A cargo del IDU (50%)	\$ 6.000.000
Total costas y agencias en derecho a cargo del IDU	\$ 69.080.000

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado en un cincuenta por ciento por la parte convocante y en un cincuenta por ciento por la parte convocada, sin perjuicio de que cualquiera de las dos haga el pago total y pueda cobrar a la otra lo que hubiere pagado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, este tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1. Declarar que prospera la PRETENSIÓN PRIMERA de la demanda y en consecuencia se declara que el Instituto

de Desarrollo Urbano, IDU, incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de concesión 385 de 1999, celebrado entre dicho instituto y la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.

2. Declarar que prospera parcialmente la pretensión SEGUNDA de la demanda.

3. Denegar la pretensión referida en el numeral 2º de la pretensión SEGUNDA, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

4. Denegar las pretensiones TERCERA principal y las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta subsidiarias a la pretensión TERCERA.

5. Denegar la petición contenida en la PRETENSIÓN CUARTA de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

6. Declarar que prospera la pretensión QUINTA de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

7. Declarar fundada parcialmente la excepción de inexistencia de obligación legal y contractual para el IDU de hacer los reconocimientos pretendidos por el concesionario como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual.

8. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condena al Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, a pagar a la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria del presente laudo, las siguientes sumas de dinero, de conformidad con los conceptos que a continuación se expresan:

Por concepto de perjuicios derivados de los mayores costos de la obra:

1. Por ajuste por actualización de costos de materiales y mano de obra (sin descontar el anticipo), en su valor real a la fecha del presente laudo, la cantidad de trescientos cincuenta y dos millones doscientos diez mil setecientos noventa y siete pesos moneda legal (\$ 352.210.797).

2. Mayores costos derivados de los cambios en el diseño estructural del parqueadero:

a) Por cambios en la especificación técnica de la losa superior del parqueadero, la cantidad de setenta y cinco millones ciento treinta y seis mil setecientos cuarenta y dos pesos moneda legal (\$ 75.136.742).

b) Por cambios de espesor y refuerzo de la losa superior del parqueadero, se condena al IDU a pagar la cantidad de treinta y nueve millones cuatrocientos cincuenta y dos mil doscientos dos pesos moneda legal (\$ 39.452.202).

9. A partir de la ejecutoria del presente laudo se causarán intereses comerciales de mora, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

10. Condenar al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar por concepto de costas, incluyendo agencias en derecho, la suma de sesenta y nueve millones ochenta mil pesos moneda legal (\$ 69.080.000) a favor de la sociedad Concesión Parqueadero Calle 90 S.A.

11. Declarar que prospera parcialmente la objeción por error grave formulada por las partes contra el dictamen pericial rendido por los peritos Jorge Torres Lozano y Eduardo Villate Bonilla.

12. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros” a las partes, si a ello hubiere lugar según la liquidación final de gastos.

13. Disponer la entrega a cada uno de los árbitros y a la señora secretaria, del saldo restante de sus honorarios.

14. Comunicar este laudo por secretaría a las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo y al Ministerio Público.

15. Protocolizar el expediente que contiene la actuación surtida en este proceso, una vez en firme el presente laudo, en una notaría del Círculo Notarial de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

Enrique Gaviria Liévano, árbitro—Marco Tulio Gutiérrez, árbitro—Carlos del Castillo Restrepo, árbitro.

Carmenza Mejía M., secretaria.
