



PROCURADURÍA 10ª JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Señores Doctores

GERMÁN GRAJALES QUINTERO

JUAN FRANCISCO CORREAL DAZA

CESAR NEGRET MOSQUERA

Referencia: Amigable composición de la Sociedad Concesionaria Vial Montes de María S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

En mi condición de Procurador 10 Judicial II Administrativo, Agente del Ministerio Público en el trámite de la referencia de acuerdo con la asignación efectuada el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, me permito poner a consideración del H. Panel de Amigables Compondores mis consideraciones frente a la solicitud presentada por la Sociedad Cocesionaria Vial Montes de María S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La parte convocante formuló al H. Panel del Amigables Compondores:

"VIII. – PETICIÓN

Con la presente formulación se pretende que el Panel de Amigables Compondores declare que se ha presentado un 'Evento Eximente de Responsabilidad' que afecta el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario Vial Montes de María, en particular, sin limitarse a ellas, las de elaborar los estudios y diseños, el suscribir contrato de construcción, elaborar plan de obras, tramitar permisos ambientales, la adquisición de predios y el cierre financiero para mejorar la vía existente, contratar, licenciar y financiar esas obras y, en general, todas aquellas obligaciones directa o indirectamente relacionadas con la definición de los estudios y diseños del proyecto.

Adicionalmente, a partir de lo anterior y como potestad de los amigables compondores prevista en la normativa aplicable, con el debido respeto solicitamos que se propicie (sic) un arreglo directo entre las partes en los puntos de diferencia que pueden derivarse a partir de la declaración pedida, que puede encontrarse fuera de su alcance pero que sirvan para llegar a una solución integral a la controversia contractual que se ha generado.

2. Los fundamentos de hecho de la petición

La Concesionaria dijo, en lo fundamental, que en el mes de enero de 2015, mediante Resolución No. 154-15, se dispuso dar apertura al proceso de selección VJ-VE-IP-LP-016-2013, cuyo objeto era escoger la oferta más favorables para la adjudicación de un contrato APP de concesión para que el concesionario realizara por su cuenta y riesgo la elaboración de los estudios y diseños definitivos, la financiación, el trámite y obtención de las licencias ambientales y demás permisos necesarios, la gestión y adquisición de predios, la gestión social, la construcción de la variante de Carmen de Bolívar, el mejoramiento de la vía existente entre Puerta Hierro – Palmar de Varela y Carreto – Cruz de Viso en 195 km y la operación y mantenimiento de todo el corredor vial.

Que en forma consecuente se autorizó, por parte del Confis comprometer un cupo de \$42.450'987,037,oo., de 2014, para las vigencias 2019 – 2040.

Que el 10 de abril de 2015 se cerró el proceso y en esa oportunidad presentó su propuesta, previa manifestación de que había visitado

los sitios donde se ejecutaría el proyecto y había tomado atenta nota de sus características.

Que el 1º de mayo de 2015 la entidad contratante publicó el informe definitivo sobre cumplimiento de requisitos habilitantes, evaluación de apoyo a la empresa nacional y evaluación técnica de las ofertas.

Que en forma consecuente el 19 de mayo de 2015 se adjudicó la licitación a Estructura Plural EP SAC 4 G integrada por Sacyr Concesiones Colombianas S.A.S., por un valor en pesos colombianos de \$275'006.813.205,00.

Que luego el 3 de julio de 2015 se suscribió el contrato bajo el esquema APP 007 de 2015; en cuyo aparte 2.6 de la letra a) del número IV de la parte general, se precisó que asumía los riesgos conforme a los términos del respectivo contrato, es decir, frente al objeto del contrato que establecía, entre otras cosas, el "mejoramiento" para la vía existente Puerta de Hierro – Palmar de Varela y Carreto – Cruz de Viso en 195 km., según la información de la que daba cuenta el mismo aparte que refiere que la entidad contratante puso a su disposición la información que tenía del proyecto.

Que el 18 de agosto de 2015, se introdujo una modificación al contrato a través de un otrosí referente al panel de amigables componedores, a saber:

"En el caso en que la Parte notificada no acepte la ocurrencia del Evento Eximente de Responsabilidad, el asunto será resuelto por el Amigable Componedor

[...]

En caso de desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle se podrá acudir al Amigable Componedor, salvo que la ANI comparta la posición del Concesionario."

Que desde la fecha de celebración del contrato la concesionaria venía trabajando para el cumplimiento del objeto contractual y que

estando dentro de término establecido en el capítulo IV, contrató con la sociedad Sacyr Construcciones Colombia S.A.S., la elaboración de los estudios y diseños de las obras y en cumplimiento de sus obligaciones la sociedad contratada empezó la elaboración de los mismos y adelantó múltiples ensayos destinados a caracterizar el terreno que arrojaron defectos en la estructura de la carretera existente que daban cuenta, luego de 9 sondeos, que presentaba tierra vegetal en un porcentaje igual al 67%, ante lo cual se reforzó el equipo técnico con dos expertos, las firmas Eis Guía y Eceacsa – APC.

Que en forma consecuente el 15 de febrero de 2016 la concesionaria envió al director de la entidad contratante un carta en la que lo requirió para que se hicieran unas definiciones técnicas y se prorrogara el plazo para la entrega de los estudios y diseños, con la que puso de presente las inconsistencias antes anotadas empero ésta misiva fue respondida en el sentido de conminar a la concesionaria a *“acogerse a lo regulado en el contrato...”*.

Que el 29 de febrero de 2016 la concesionaria envió una nueva misiva a la entidad contratante en la que solicitó que aceptara la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, con el argumento de que los imprevistos antes referidos, es decir, los del estado de la carretera que existía, impactarían el cumplimiento del contrato.

Que el 15 de marzo de 2016 la entidad contratante remitió un oficio al contratista en el que no sólo atendió la comunicación de 5 de febrero en el sentido de informarle que no encontraba fundamento para prorrogar el plazo sino la de 29 de febrero de 2016, en el sentido de informarle que no aceptaba la ocurrencia del evento eximente de responsabilidad, conminado el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Que el 16 de marzo de 2016, fecha en la que debía entregarse los Estudios y Diseños, la concesionaria se vio en la necesidad de enviar una carta a la entidad contratante en la que manifestaba la imposibilidad de entregar tales productos y cualquier otro que se viera impactado por el aludido evento eximente de responsabilidad.

Que el concesionario intensificó los estudios geológicos y provocó mesas de trabajo con el interventor y la entidad contratante y en forma consecuente remitió los informes, los que además socializó en reuniones de 9 de marzo de 2016, 7 de abril de 2016 y 15 de abril de 2016, que daban cuenta de que los bajos de la vía tenían problemas de compactación por presencia de tierra vegetal, altos porcentajes de materia orgánica entre 5% y 10%, rellenos con altos contenidos de finos y terrenos con baja compactación que en términos generales imponían 1. Tratamiento a la vía existente tramificada o 2. Rehacer la vía.

Que mediante escrito de 8 de abril de 2016 la concesionaria volvió a solicitar la prórroga del plazo para suscribir los contratos de construcción previstos en el capítulo V de la parte general teniendo en cuenta los impactos que generaban sobre las eventuales obras el evento eximente de responsabilidad.

Que el 15 de abril de 2016 insistió en la necesidad de darle alcance a la solicitud de reconocimiento del evento eximente de responsabilidad.

Que el 27 de abril de 2016, la entidad contratante remitió respuesta a la petición de 15 de marzo de 2016, otorgando una prórroga de 60 días para la cura.

Que el 4 de mayo de 2016 la entidad dio alcance a la petición de prórroga del plazo respecto de la suscripción de contrato de construcción informado que no aceptaba la existencia del evento eximente de responsabilidad.

Que el 15 de mayo de 2016 la concesionaria volvió a insistir sobre la necesidad de que se considerara el estado del proyecto y se asumieran medidas bilaterales en orden a solucionar los inconvenientes y,

Que finalmente el 15 de mayo de 2016, la concesionaria envió a la entidad contratista un informe elaborado por iniciativa del contratista Sacyr Concesiones Colombia S.A.S., en el que se daba cuenta del estado de la vía existente, que presentaba diferentes anomalías (9) de las que unas (5) eran imposibles de prever en la fase de licitación y, otras, (4), se referían a deficiencias en la construcción de la vía que no eran de fácil apreciación y que esas anomalías determinaban trabajos que no habían sido considerados en la oferta al punto que podían llegar a la construcción total de la carretera.

3. Los fundamentos jurídicos de la petición

Con base en los argumentos por los cuales, mediante la comunicación de 15 de marzo de 2016, la entidad contratante no aceptó la existencia del evento eximente de responsabilidad, la concesionaria precisó que su proceder era inadecuado, por cuanto:

- i) La información que precedió la celebración del contrato no permitía sostener que hubiera sido diligente en cuanto al asunción de riesgos y el valor por el que ofertó. Asero que fundó arguyendo que el proyecto estaba en fase II, por manera que la información al respecto era incompleta.

Respecto de lo que dijo que partió de dos supuestos, el objeto contractual que era, en la parte que interesa, el mejoramiento de una vía, y de que la información que se suministraba sobre la misma era completa, en la medida que fue producida por expertos, los que en términos generales partieron del presupuesto de que la base no

presentaba más defectos que los que fueron referidos como puntos críticos.

- ii) El deber de los interesados de realizar los estudios necesarios. Aseveración que hizo aduciendo que, conforme con los pliegos, quienes se hallaran interesados en ofertar debían realizar sus propios estudios de manera que pudieran presentar una oferta que resultara viable.

Frente al que precisó que realizó los que resultaban pertinentes de acuerdo a la información que tenía la entidad contratante, considerando que el proyecto estaba en fase II, y el estado de la ciencia en el particular.

- iii) Exoneración de responsabilidad frente a la información entregada por la entidad contratista. Precisión que hizo con el argumento de que el proyecto, se itera, estaba en fase II, donde ya se había refinado la alternativa propuesta en la fase I de estudio de alternativas de mejoramiento y la toma de decisiones para la realización del proyecto.

Respecto del que dijo que los pliegos de condiciones no podían ir en contra de la Ley clara al precisar que eran obligantes.

- iv) Lo conocido del proyecto. Asunto que fundó en el hecho de que la concesionaria tenía información de lo que se pretendía.

Frente a lo cual manifestó que esa información era consecuente con el objeto contractual.

- v) La aceptación. Respecto de la que se dijo que la concesionaria, al presentar la propuesta, informó que conocía el proyecto y, por lo mismo, las obligaciones que de él emanaban.

Frente a lo que sostuvo que no era cierto en cuanto esa afirmación se refirió al objeto del contrato el que no comprendía trabajos como

los que habría que hacer por razón del estado en el que se encontraba la carretera existente.

4. La posición de la Agencia Nacional de Infraestructura

Por su parte la Agencia Nacional de Infraestructura en oportunidad se pronunció respecto de los fundamentos fácticos aducidos por la concesionaria en el sentido de precisar que los que se referían a los antecedentes contractuales y a la suscripción del contrato eran ciertos, no así los que hacían alusión a los alcances del objeto contractual en la medida que mejoramiento, en su criterio, implicaba, reconstrucción habida cuenta del alcance que a éste término le había dado el manual de obras del Instituto Nacional de Vías – Invías.

Sobre los fundamentos de derecho precisó que el contrato correspondía a uno de concesión 4G en los que el concesionario se obligaba, **por su cuenta y riesgo**, a ejecutar la financiación, la elaboración de los estudios y diseños definitivos, la gestión social y ambiental, la gestión predial, la construcción, el mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor vial, **por manera que las obligaciones que se creaban para él eran de resultado.**

Que proyectos como el acometido iniciaban en con diseños fase II, con el objeto de que el concesionario innovara y propusiera las mejores soluciones de ingeniería, por manera que a éste le correspondía efectuar los estudios de trazado y diseño geométricos definitivos, y consecuentemente se le asignaba el riesgo de las condiciones en las que encontraba la infraestructura, tal como aparecía en la sección XIII, 13.2 de la parte general del acuerdo de voluntades, y se precisó en los pliegos de condiciones.

Que los argumentos relacionados con el objeto contractual no eran plausibles en la medida en que el apéndice técnico precisaba qué se esperaba en cada fase y en tratándose del mejoramiento el número 4.2., de la sección IV, indicaba que incorporaba, entre otras cosas, *“pavimentar incluyendo la estructura del pavimento, construir...”*

Que la imprevisibilidad e irresistibilidad de las condiciones geológicas en modo alguno constituía un evento de fuerza mayor en la medida en que si bien se adujo que con base en la información suministrada por la entidad se esperaba que el 90% del trazado de la vía no presentara problemas relacionados con su geología conforme con el objeto de la licitación se contrataría la elaboración de estudios de trazado y diseño geométrico para el mejoramiento de la vía existente, con todas las actividades que ello implicara, dentro de otras, la reconstrucción.

Y que no era posible aceptar que tuviera responsabilidad por lo que, con base en la información que suministró, conocía del proyecto, por cuanto contrario a lo que aducía la concesionaria como absurdo debía tenerse en cuenta la forma como se contrató, es decir, por concesión, contrato que implicaba una distribución de riesgos especial habida cuenta de que se contrataba para que se construyera por cuenta y riesgo del contratista, lo que entre otras cosas se hallaba previsto en el Conpes 3760 de 20 de agosto de 2013, por manera que en el contrato, en la sección XIII se incorporó como riesgo el de recibir la carretera en el estado en que se encontraba, por manera que el riesgo se hallaba en cabeza de la concesionaria.

II CONSIDERACIONES

1. El Problema jurídico

Pues bien, una vez precisados los antecedentes del proceso y de cara a la decisión que debe asumir el H. Panel de Amigables Compondores, a juicio de esta Agencia del Ministerio Público, en este caso debe establecerse de una parte, la competencia para resolver cuáles eran los alcances del objeto contratado, es decir, si el aparte que refiere como propósito del acuerdo de voluntades *“el mejoramiento de la vía existente Puerta de Hierro – Pamar de Varela y el Carreto – Cruz de Viso en 195 km...”*, no implicaba, como lo precisa la concesionaria, la reconstrucción de la vía que sería lo que se impondría habida cuenta del estado en el que se encontraba un 70% de ella en cuanto a su base o, por el contrario, y como lo predica la entidad

contratista, si el objeto involucraba todas las intervenciones necesarias para dejarla en las condiciones de operación a las que se refería el citado contrato, entre otras la reconstrucción de los tramos que en un porcentaje cercano al 70% presentaban problemas en la base.

Una vez definido lo anterior, dada la modalidad de la respectiva concesión, de cuarta generación o 4 G, en la que el contratista se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, mejorar o rehabilitar una vía, es posible aceptar la existencia de un evento eximente de responsabilidad que en el caso sería la fuerza mayor determinada por la condición de la base del carretable en los porcentajes antes referidos que imposibilitaban el cumplimiento del objeto contractual que implicaba la elaboración de estudios y diseños, la financiación y contratación de las obras que resultaran para el mejoramiento, en cuanto dependía del estado de la base de la vía existente.

2. La competencia del H. Panel de Amigables Compondores

Para proveer sobre el primer problema, es decir, sobre la competencia del H. Panel de Conciliadores para ocuparse de establecer el alcance del objeto contractual, esta Agencia del Ministerio Público de la manera más respetuosa solicita a los Amigables Compondores que examinen las siguientes circunstancias.

La petición de reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad, la fuerza mayor en este caso, fue formulada por la concesionaria con el objeto de que se excusara el incumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con la entrega de los estudios y diseños que demandaba el mejoramiento contratado habida cuenta de que la base de vía a mejorar se hallaba en unas condiciones que imponían la reconstrucción, por manera que estaba fundada en una posición frente al objeto, a saber: que implicaba un mejoramiento y no la construcción de la vía.

Frente a esa petición la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en cumplimiento del deber que emana de constitución y la Ley, conforme con el cual debe atender las peticiones que se le presenten, emitió un oficio en

el que precisó la imposibilidad de acceder a lo pedido, por las razones que en extenso aparecen allí, que se fundan, finalmente, en que el objeto contractual implicaba un mejoramiento que a su vez comportaba la construcción si era necesaria.

La petición y el oficio, a juicio del Ministerio Público, contienen una interpretación diferente del alcance del objeto del contrato que representa para las partes unas cargas respecto de la otra, distintas.

Entonces, esa diferencia de criterios no sería susceptible de ser canalizada a través de la amigable composición en cuanto determina definir los alcances del objeto del contrato, sino provocando que la entidad contratista ejerza el poder que le defiere el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que, ante la inminencia de la paralización de los trabajos¹, previo el procedimiento legal, que impone promover un acuerdo, precise el alcance del objeto, a través de un acto administrativo de los que se conoce como un acto administrativo contractual.

Así, en la medida en que para la concesionaria el objeto del contrato era el mejoramiento de la vía que no implicaba reconstruirla en su totalidad que sería lo que se impondría por razón del estado en el que se hallaba más del 70% de su base, y para la entidad tal objeto, el del mejoramiento, incorporaba cualquier actividad necesaria para dejarla en las condiciones de uso que pretendía, incluso reconstruirla, es plausible considerar que la resolución del asunto impone precisar, con las consecuencias que de ello emanan respecto de las obligaciones contractuales, el alcance de la expresión "*mejoramiento*" y ello implicaría que el H. Panel ejerciera una competencia administrativa y asumiera determinación en tal sentido.

Siendo así las cosas, el pronunciamiento que se demanda del H. Panel de Amigables Compondores, puede constituir un pronunciamiento respecto del que no tiene competencia.

¹ Si bien la regla que se comenta considera 2 elementos, a saber: La paralización del contrato y la afectación del servicio público que se prevé atender con el acuerdo de voluntades, están unidos por una conjunción disyuntiva, la "o", por manera que basta con que se presente uno u otro para que pueda ejercerse esta facultad.

Al efecto recuérdese que la amigable composición, cuyos antecedentes se hallan en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, contenido en el Decreto 1400 de 1970, con las modificaciones que le introdujo el canon 147 de Decreto 2304 del mismo año; y las precisiones que sobre ella han hecho normas posteriores como los artículos 2025 del Código de Comercio, 51 del Decreto Extraordinario 2279 de 1989, 116 de la Ley 23 de 1991, 68 de la Ley 80 de 1993, 130 de la Ley 446 de 1998 y 59, 60 y 61 de la Ley 1563 de 2012 y en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, corresponde a un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se caracteriza por ser una institución del derecho de los contratos, y en todo caso y con base en el artículo 60 de la última de las disposiciones que se comenta, un mecanismo para *“precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico,...”*, a saber:

“Ley 1653 de 2012

Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones

“Artículo 60. Efectos. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.

Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

Y no un instrumento para definir los alcances del objeto contractual, y por contera establecer las obligaciones de las partes, que es lo que se pretende en este caso.

3. La existencia de un evento eximente de responsabilidad

Ahora bien, en el evento de que el H. Panel de Amigables componedores considere que en el caso no se les está proponiendo que resuelvan un

asunto que se escapa a sus competencias, a saber, fijar el objeto del contrato y, por lo mismo, el contenido de las obligaciones contractuales y, se halla facultado para resolver sobre la petición que se les formuló, ésta Agencia del Ministerio Público es del criterio de que la solicitud elevada por la concesionaria es plausible.

Y ello en la medida en que, como se precisó en la solicitud de amigable composición, el pliego de condiciones refería que el proceso contractual se adelantaría para:

“Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) contrato de concesión bajo el esquema APP cuyo objeto será ‘Seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema APP, para que el concesionario realice a su cuenta y riesgo la elaboración de los estudios y diseños definitivos, la financiación, el trámite y obtención de las Licencias Ambientales y demás permisos necesarios, la gestión y adquisición de los Predios, la gestión social, la construcción de la Variante del Carmen de Bolívar, el mejoramiento de la vía existente Puerta de Hierro – Palmar de Varela y Carreto – Cruz de Viso en 195 km y la operación y mantenimiento de todo el corredor vial, de acuerdo con el apéndice técnico 1 de la minuta del contrato...”

Por lo que determinó el objeto del contrato que, en la parte que interesa, refería que tenía como propósito *“el mejoramiento de la vía existente Puerta de Hierro – Palmar de Varela y Carreto – Cruz de Viso en 195 km.”*

Y si bien la definición de mejoramiento de carreteras a la que alude la contestación a la solicitud de amigable composición presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura, contenida en Manual Inviás, *“aparte 1.1.”*, corresponde: *“al cambio de especificaciones y dimensiones de la vía o puentes existentes; para lo cual se hace necesario la construcción de nuevas obras de infraestructura y mejorar las existentes, permitiendo una adecuación de la vía a los niveles de servicios requeridos por el tránsito actual y proyectado...”*, tal definición no puede considerarse de forma asilada respecto de las otras a las que se refiere el manual, es decir, la construcción y rehabilitación, específicamente a la construcción y sostener que incluye esta última, pues desconocería que mejorar, conforme el referido manual es adecuar una vía secundaria – ya existente - en orden a que se torne en principal.

Menos considerar que desde el pliego de condiciones en cuanto se precisaba que el mejoramiento implicaba entre otras cosas: *“pavimentar incluyendo la estructura del pavimento”*, se incorporó el deber de rehacer la vía por cuanto esa actividad que sí puede considerarse como una propia de un mejoramiento o de una rehabilitación, en modo alguno implicaría la reconstrucción total que es lo que en el caso concreto debería hacerse si se tiene en cuenta que conforme con los estudios realizados con posterioridad a la iniciación del contrato con el propósito de cumplir las obligaciones contractuales, es lo que tocaría hacer en la medida en que la afectación de la base de la vía o de la *“estructura de la vía”*, no de la base del pavimento, supera el 70% de la carretera existente.

En este punto el Ministerio Público es del criterio de que el término mejoramiento no es un término de naturaleza omnicomprendiva que involucre la construcción total del carretable que se pretendía mejorar que es lo que acontecería en el evento de que tuviera que intervenir su base en un porcentaje igual al del 70%, sino aprovechar lo existente para hacerlo mejor.

Ahora, es cierto que en el caso no es posible considerar las definiciones de mejorar o construir o reconstruir que precisó la concesionaria convocante en la medida en que las normas jurídicas especiales que regulan la materia, en particular el Manual Inviás, hacen una definición de cada uno de esos vocablos, empero, se insiste, no es posible darles a cada uno un alcance que termine dejando sin contenido otro, que sería lo que acontecería en el evento en que se admitiera que mejoramiento implica la asunción de todas las obras, incluso construir nuevamente, con el fin de hacer que la vía sea mejor en cuanto a sus condiciones técnicas.

En este punto entonces, resulta posible aseverar que los riesgos a los que se sometía el contratista eran los que fluyeran del objeto contractual y no aquellos que emergieran de una circunstancia diferente como aquella que se evidenció con los estudios realizados por las sociedades Sacyr Concesiones Colombianas S.A.S., y aquellas que la apoyaron, a saber: EIS – GUÍA, y ICEACSA – APC – ICEACSA.

Y en tal virtud, si bien en los contratos de concesión para la estudios, diseños, construcción, financiación, operación y mantenimiento de vías de cuarta generación - 4 G - el grueso de los riesgos se trasladan al contratista por lo que ésta en el deber de adelantar los estudios que resulten necesarios para presentar una propuesta que sea consecuente con esa realidad, lo cierto que tales riesgos sólo corresponden a los propios del objeto del contrato no a otros y tal circunstancia se funda en el carácter de experto que tiene quien participa en procesos de esa naturaleza el que en modo alguno permite que se le asignen otros diferentes a los propios de la actividad.

Ahora, las pruebas arriadas al proceso, en especial los testimonios de los testigos y el informe técnico elaborado por Pablo de la Fuente Martín, respecto del que el señor Carlos Salvador Oteo Mazo atendió dudas, permiten aseverar que la circunstancia que se alegó como evento eximente de responsabilidad que se reclama en verdad ocurrió, de una parte, porque correspondía a una circunstancia que no tenía, en cuanto no estaba dentro del objeto del contrato, que avizorar la concesionaria (imprevisible y externa) y, de otra, porque era impeditiva para el cumplimiento de las obligaciones contractuales (irresistible).

Sobre este último punto repárese en que, por ejemplo, los testigo Oscar Gerardo Cifuentes Correa y Miguel Roma Peix, dieron cuenta de que al interior de los documentos que contenían la información con la que contaba la entidad contratante existía antecedentes de la presencia de zonas críticas en cuanto al estado de la base de la carretera, empero que el porcentaje era incierto.

El primero al atender la pregunta:

DR. GARCÍA. Esas referencias o esas menciones permitían entrever o proveer que cerca al 70% del corredor vial estaba caracterizado en su estructura vial por esas características [se refiere a que la estructura de la vía presentaba material orgánico y había deficiencia de drenajes y que su compactación no era suficiente o no era la esperada].

Respondió:

SR. CIFUENTES. No tanto en porcentaje, sería difícil hablar, pero se hace mención en algunos documentos de la existencia de arcillas expansivas, no se podría decir en qué porcentaje de la vía, pero sí hace mención.

El segundo, al responder el cuestionamiento:

DR. MONTOYA. ¿Pero específicamente esos puntos críticos dentro del estudio cuáles fueron, qué se establecía en esos puntos críticos?

SR. ROMA. Desde el punto de vista de geotécnica sí se estableció que había material orgánico en descomposición y arcillas expansiva, no solamente se analiza la parte de geogénica, en este caso quizás no afectaba tanto porque estábamos hablando de rehabilitación y mejoramiento, pero en caso en que por ejemplo se tenía que construir una nueva calzada también en el caso de mejoramiento podía haber puntos críticos en cuanto a predios o puntos críticos en cuanto a situaciones complicadas que no se pudiera hacer el desbordamiento de una carretera por ejemplo porque estaba en una zona de reserva natural...”

A su vez las conclusiones del estudio del experto refirieron que las anomalías encontradas no eran previsibles, a saber:

“Por tanto, el no cumplimiento de las especificaciones y disposiciones técnicas anteriores, tan sólo era esperable que pudiera ser puntual y era totalmente imprevisible que fuera de una extensión generalizada a lo largo de trazado.

Y que eran de tal magnitud que no permitirían que la vía cumpliera su propósito en cuanto al mejoramiento en la medida en que:

“En mi opinión, en caso de no actuar sobre las anomalías ahora detectadas, no es posible obtener niveles de servicio de la vía, requeridos en el contrato de concesión. Se producirán movimiento, deformaciones y daños en la capa asfáltica, con una evolución negativa y progresiva en el tiempo.

Así mismo existirán zonas singulares, dentro de las tres Unidades Funcionales con unos 90 km de longitud total, equivalentes al 45% del corredor, en donde su bajo factor de seguridad frente a la rotura por deslizamiento en el conjunto de terraplén – cimiento, debido a una mayor grado de esas nuevas anomalías, y/o acción de las crecidas en el río Magdalena, requerirán un mínimo de actuaciones estabilizadoras para evitar su degradación inadmisibles y/o ruptura largo plazo.

4. La conclusión

En suma, a juicio de este agente del Ministerio Público en el caso se propone al H. Panel de Amigables Compondores que precise el alcance del objeto contractual y, por contera, las obligaciones de las partes, asunto para el que, en términos del artículo 60 de la Ley 1563 de 2011, que precisa que está facultado para “*precisar el alcance o forma de cumplimiento de las*

obligaciones derivadas de un negocio jurídico", no tiene competencia y en gracia de discusión si se entendiera que está autorizado para proveer sobre el tema en cuanto el objeto contractual no incorporaba la reconstrucción de la vía existente, por manera que el contratista no asumió el riesgo geológico de la base de la misma y en cuanto éste es de tal entidad que impide que se cumpla con el proceso de mejoramiento, era imprevisible e irresistible y ajeno o externo a la concesionario, en el caso se impone aceptar la presencia de un evento eximente de responsabilidad e instar a las partes, como lo venían haciendo, a que a través de mesas de trabajo verifiquen la forma como se puede conjurar, de cara al cumplimiento del objeto contractual, los aludidos defectos.

En los anteriores términos dejo descorrido el traslado para alegar de conclusión.

Con sentimientos de la más alta consideración y aprecio, se suscribe de ustedes,

Muy cordialmente;


DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

Procurador 10° Judicial II en Asuntos Administrativos.