

TRIBUNAL ARBITRAL
DE-
CSS CONSTRUCTORES S.A.
CONTRA
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-

Acta No. 36

En Bogotá, D. C., a las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del catorce (14) del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), se reunieron los árbitros doctores, **FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES**, quien preside, **CAROLINA GUILLÉN GÓMEZ** y **LUIS HERNANDO GALLO MEDINA**, quienes integran el Tribunal arbitral, y la doctora **PATRICIA ZULETA GARCIA**, en su calidad de secretaria, audiencia fijada mediante Auto No.45 del primero (1) de febrero de dos mil diecinueve (2019), dentro del proceso convocado para dirimir las controversias suscitadas entre **CSS CONSTRUCTORES S.A.** ("Convocante" o "Demandante" o "CSS" o demandada en reconvencción), y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI-** ("Convocada" o "Demandada" o "Demandante en Reconvencción" o "ANI" y, conjuntamente con CSS, las "Partes").

Asistentes:

- (i) El doctor **DANIEL BENAVIDES SANSEVIERO**, en su calidad de apoderado de la parte convocante y convocada en reconvencción.
- (ii) La doctora **SANDRA RODRIGUEZ MORA** en su calidad de apoderada de la parte convocada y convocante en reconvencción., quien actuó por medios virtuales.
- (iii) El doctor **NAIRO ALEJANDRO MARTÍNEZ RIVERA**, Procurador 139 Judicial II, en su calidad de Agente del Ministerio Público.

La Secretaria presentó el siguiente informe:

- ✓ El 6 y 8 de febrero de 2019, la apoderada de la parte convocante allegó al correo electrónico de la secretaria del Tribunal a manera de anexo dos (2) solicitudes de aclaraciones del laudo con fundamento en lo señalado en cada uno de los escritos, respectivamente en las fechas indicadas.

A continuación, el Tribunal profirió el siguiente

AUTO No. 45

Bogotá D.C. a los catorce (14) días de febrero de dos mil diecinueve (2019).

A continuación, se procede a resolver los pedimentos de la parte convocante, en lo relacionado con las solicitudes de aclaración del laudo arbitral de fecha 1 de febrero de 2019, según memoriales del 6 y 8 de febrero de 2019 ambos de la Parte Convocante, razón por la cual el Tribunal considera del caso formular, a manera de premisas necesarias, las siguientes:

I. CONSIDERACIONES:

Para decidir el Tribunal considera lo siguiente:

1. Marco conceptual de las aclaraciones, correcciones o complementaciones de laudos arbitrales

Es de obligado conocimiento que el laudo arbitral es una verdadera sentencia. La Corte suprema de Justicia ha sostenido:

(...) mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo una consecuencia definitiva condensada de un proveído que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho” (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de 21 de marzo de 1991. Exp. 2227). (Destaca el Tribunal).

De conformidad con el artículo 285 del Código General del Proceso la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronuncia, aunque puede ser aclarada cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan serio motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella. Es de advertir que la providencia que resuelva sobre estos tópicos no admite recursos. De otra parte, el artículo 287 de la citada codificación, señala que cuando en la sentencia se omita resolver sobre cualquiera de los extremos del litigio o cuando no se haya realizado pronunciamiento respecto de cualquier otro punto que de conformidad con la ley deba ser objeto de decisión judicial, la providencia respectiva se adicionará, por medio de sentencia complementaria, de oficio o por solicitud de parte.

En similar contenido a los anteriores, el artículo 39 de la Ley 1563 de 2012 precisa que el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado, de oficio o por petición de parte, sin establecer condiciones adicionales, distintas a las del CGP.

En relación con la procedencia de las solicitudes de aclaración de las providencias, el artículo 285 del Código General del Proceso establece:

“Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando

contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subraya el Tribunal)

El artículo 285 citado establece varios requisitos para la procedencia de las solicitudes de aclaración, entre los cuales se encuentran:

- i. Que se trate de un concepto o una frase que ofrezca verdadero motivo de duda;
- ii. Que la respectiva frase o concepto esté contenido en la parte resolutive o que influya en ella.

En relación con la procedencia de la solicitud de aclaración, la jurisprudencia de las altas cortes ha sido clara en establecer que sólo procede la solicitud, cuando existan frases que sean dudosas y que puedan conllevar a un erróneo entendimiento de lo decidido.

En todo caso, es de advertir que la aclaración no puede servir de medio para que el Tribunal reforme o adicione el laudo. Sobre el particular, la Corte suprema de Justicia ha señalado los siguientes requisitos:

“Que se trate del laudo. Que el motivo de duda sobre el alcance de la frase sea verdadero y no simplemente aparente.

Que el motivo de duda sea apreciado por el tribunal. Que no se trate de aclarar puntos meramente académicos o especulativos.

Que si la aclaración es solicitada por una de las partes, ésta indique de manera precisa las partes oscuras, ambiguas o dudosas.

Que con la aclaración no se produzca la modificación, alteración o reforma del laudo.

Que la aclaración no tenga como fin renovar la controversia sobre la legalidad de las cuestiones resueltas en el laudo” (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Gaceta Judicial, Tomo CXVIII, P. 6).

Agrega la alta Corporación:

“Lo anterior significa que es requisito indispensable de la aclaración que con ella no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia. Por el sendero que traza ese remedio procesal, no es posible despejar las contradicciones que se puedan palpar entre las partes expositiva y resolutive del fallo, si en verdad se entiende la redacción de ésta de modo tal que es advertible su cabal ejecución.

En el anterior orden de ideas, si alguna de las partes juzga que existe desarmonía entre las consideraciones y la resolución propias de la sentencia, no le queda otro camino que acudir a los medios de impugnación, ordinarios o extraordinarios, a que haya lugar, pero jamás mediante la aclaración que, de proferir en semejante hipótesis, implica una modificación sustancial que rebasa las facultades del fallador desde el instante mismo en que la ley le veda la posibilidad de cambiar su posición". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 12 de 1990).

En similares términos sobre las aclaraciones y complementaciones, se ha dicho por el H. Consejo de Estado que "... *no habilita al tribunal de arbitramento para modificar el laudo so pretexto de aclararlo, pues si así lo hiciera, estaría reformando su propia providencia, lo cual le está prohibido ...*". (Concepto No. 1408 de abril de 2002. Sala de Consulta).

A su turno sobre el alcance de la facultad para aclarar una sentencia, ha dicho el Consejo de Estado (sentencia del 7 de septiembre 2001 de la Sección Cuarta, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0619-01 ACU-935):

"Ahora bien, la aclaración permitida es sobre aquellas frases que verdaderamente encierren motivo de duda, ante una deficiente redacción y que en especial estén contenidas en la parte resolutive. Más, so pretexto de una aclaración no se puede pretender, y le está vedado al juez, alterar o modificar el contenido de la decisión, pues ello sería tanto como admitir que el propio juez puede revocar su sentencia. Tampoco es de recibo que la parte pretenda aclaración acerca de la valoración de las pruebas, o de las conclusiones, tomadas con relación a los hechos debatidos, o sobre la legalidad o ilegalidad de la decisión; es decir, no puede la providencia entrar a analizar lo que la ley establece.

"De tal suerte, que son inadmisibles bajo estas formas procesales los argumentos de la parte demandada que pretenden un replanteamiento de los aspectos controvertidos y definidos en la providencia materia de aclaración." (se subraya)

En este mismo sentido ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 24 de junio de 1992):

"Al precisar la doctrina y la jurisprudencia los alcances del remedio de la aclaración de los fallos, ha insistido que los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo, 'no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo'". (Se subraya)

Al referirse a los presupuestos que se deben cumplir para la procedencia de las solicitudes de aclaración de las providencias, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de junio de 2016, con ponencia del H. Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, dispuso:

"Del contenido de la precedente norma, en lo esencial recogida por el canon 285 del Código General del Proceso, se determina que la aclaración de las providencias emitidas por los funcionarios judiciales, sólo es viable cuando su redacción, realmente se muestra confusa o ininteligible, por la imprecisión que comporta su alcance,

puediendo éste generar una hermenéutica diversa a la que aquel quiso condensar en su proveimiento, todo lo cual aconseja puntualizar su auténtico sentido.

En todo caso, la aludida facultad, no ha de entenderse caprichosa, pues la misma disposición legal impone como requisito aclaratorio, que esas expresiones sombrías o ambiguas afloren en la parte resolutive o influyan en ella.” (Subraya el Tribunal)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-352 de 2012 expresó:

“2.2. No obstante lo anterior, de manera excepcional esta Corporación ha admitido la procedencia de oficio o a solicitud de parte de la aclaración de sus sentencias, cuando en éstas existan “conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella”.

2.3. Conforme a lo anterior, esta excepción va dirigida específicamente a que “se aclare lo que ofrece duda, lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección y, solamente respecto de la parte resolutive de los fallos o cuando lo expuesto en la parte motiva influye en aquella”. (Subraya el Tribunal)

En el mismo sentido se expresó el reconocido tratadista Hernán Fabio López Blanco, al referirse a la solicitud de adición, indicando:

“Para que pueda aclararse una sentencia es menester que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre, o que estén en la parte motiva pero tengan directa relación con lo establecido en la resolutive.”¹

De todo lo anterior se desprende, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido unánimes en establecer que para la procedencia de las solicitudes de aclaración, deben existir frases que tengan tal grado de ambigüedad que puedan llegar a incidir en la interpretación o entendimiento que se tenga de la parte resolutive del fallo.

2. Decisiones del Tribunal:

2.1. Consideración Preliminar:

Efectuadas las anteriores consideraciones generales, el Tribunal examinará y decidirá sobre las solicitudes de la parte convocante, enderezadas a obtener la aclaración del laudo proferido el 1 de febrero de 2019, en el mismo orden en que fueron propuestas, así:

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso – Parte General. Editorial Dupré. Pg. 698.

2.2. Las solicitudes de la parte convocante:

2.2.1. El texto de la primera solicitud de aclaración de la sociedad convocante, es del siguiente tenor:

"I. RESPECTO DEL RUBRO "G. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO".

Manifiesta el Tribunal que le corresponde a la ANI concurrir al pago del 50% de las costas del proceso, debido a las siguientes consideraciones:

"1. Dado que prosperan varias de las pretensiones declarativas de la convocante y una de las de condena y no prospera ninguna pretensión de la convocada y demandante en reconvencción, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, el Tribunal determinará que la ANI deberá concurrir al pago del 50% de las costas del proceso.

2. Efectuada la evaluación de las pretensiones y defensas de las Partes, así como el monto de las condenas a cargo de cada una, el Tribunal, de conformidad con el artículo 365 (1) del CGP concluye que resulta aplicable condenar en costas a la ANI, atinente a las costas del presente trámite arbitral, incluyendo los honorarios y gastos del Perito, así como las agencias en derecho a que se hace referencia en el artículo 366 (2) del CGP."

Así mismo, reconoce el Tribunal Arbitral que los honorarios fueron asumidos en su **TOTALIDAD** por CSS CONSTRUCTORES en la oportunidad procesal correspondiente en una cantidad de **\$3.551.532.920,00** y que, por lo tanto, la ANI le corresponde restituir a mi poderdante la suma de **\$1.775.766.460**.

Ahora bien, resulta importante resaltar lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la cual regula la oportunidad para la consignación de los honorarios, así como los efectos económicos que se causarían a la parte que no consigne lo correspondiente en la oportunidad procesal pertinente y la otra consigne por ésta, en los siguientes términos:

"Artículo 27. Oportunidad para la consignación. *En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.*

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida

cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso. Parágrafo. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda."

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, resulta importante solicitarle al Tribunal que se sirva aclarar si a la suma que le corresponde pagar a la entidad convocada por concepto de costas del proceso se le han de imputar los intereses de mora por el no pago oportuno de los mismos desde el vencimiento del plazo para consignar, esto es el 30 de agosto de 2017, y hasta el momento en que se cancele en su totalidad las sumas debidas, de acuerdo con la disposición normativa aplicable a la materia."

(....)

"IV. SOLICITUD

4.1. Aclárese que la suma reconocida en el Literal G del Laudo Arbitral correspondiente al 50% de honorarios que le debe reconocer la ANI a CSS CONSTRUCTORES por un valor de **\$1.775.766.460**, se le han de imputar los intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012."

2.2.2. El texto de la segunda solicitud de adición de la sociedad convocante, es del siguiente tenor:

"I. RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO AL CONCESIONARIO DE LA CONTRAPRESTACIÓN ESTIPULADA EN EL ACUERDO DEL 27 DE ENERO DE 2006

En cuanto hace a la solicitud de reconocimiento elevada en la pretensión duodécima de la reforma de la demanda, es claro que el Concesionario pretendía el pago de las actividades de operación y mantenimiento ejecutadas durante la etapa de construcción del proyecto.

Dice la mencionada pretensión que:

"DUODÉCIMA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe a CSS CONSTRUCTORES S.A., las sumas de dinero correspondientes a la compensación

pactada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario”.

Partiendo del supuesto cierto de que lo solicitado por el Concesionario obedece a los costos de las actividades de operación y mantenimiento durante la etapa de construcción, el Tribunal en el Laudo Arbitral confirma dicho entendimiento en los siguientes términos:

*“Así las cosas, sino se ha determinado el valor de la contraprestación o compensación, este sí es determinable por el acuerdo de las partes, no obstante que esta declaración no ha sido objeto de pretensión alguna, toda vez que la compensación solicitada es por concepto de mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el concesionario, **durante la etapa de construcción**, tal como se indica en la pretensión duodécima”.*

Es así como, partiendo de supuesto referido, el Tribunal procede a realizar las siguientes manifestaciones:

“Atendiendo al texto de la modificación de la que se viene tratando, encuentra el Tribunal que ello tiene alcances muy importantes para poder llegar a la verdadera intención de las partes cuando lo suscribieron, que servirá para dirimir el conflicto planteado, consultando además cual ha sido el comportamiento de las partes durante el desarrollo del contrato, así como otras actuaciones dentro del proceso, por lo que se puede concluir:

(...)

*f) Según lo pactado, resulta claro que uno es el valor del mantenimiento y operación de los trayectos 8, 9, 10, y 17, **durante la etapa de construcción**, y otra prestación diferente fue la pactada en la mencionada cláusula sexta, consistente en una **compensación** que se le reconocería al Concesionario, una vez finalizada la construcción de cada trayecto, y que en todo caso, durante la etapa de construcción, el concesionario tendría a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos, es decir del 8, 9, 10, 11, 17 y 18”.*

(...)

*“Téngase en cuenta que, al haberse negado el reconocimiento de una compensación, por no corresponder a la que contractualmente se **estipuló y porque aún no es exigible**, no implica que la decisión adoptada en el presente laudo extinga el derecho a reclamar la contraprestación, una vez ésta se haga exigible, mediante los mecanismos legales que corresponda”.*

En los anteriores términos, en la parte resolutive del Laudo Arbitral, el Tribunal resuelve que la pretensión duodécima prospera parcialmente, así:

“DÉCIMO CUARTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva en cuanto a la pretensión duodécima de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente en cuanto que la **AGENCIA NACIONAL DEINFRAESTRUCTURA – ANI**, debe a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la contraprestación estipulada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, pactada para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación y mantenimiento, momento a partir del cual es exigible”. (subrayado fuera de texto).

De esta manera, se solicita al Tribunal que se sirva aclarar si la contraprestación reconocida en la parte resolutive antes citada, hace referencia a los costos incurridos por el Concesionario, ya causados durante la etapa de construcción y que fueron objeto de la pretensión duodécima, cuya oportunidad para su exigibilidad y cobro sería en la etapa de operación, o si, por el contrario, el tribunal, en la parte resolutive del laudo en cita, estaría reconociendo al concesionario el derecho a percibir una contraprestación distinta a la ya causada, y a generarse a partir del inicio de la etapa de operación y mantenimiento, por actividades de operación y mantenimiento futuras, que no fueron objeto de pretensión alguna por parte del Concesionario.

Igualmente, se solicita que, en el evento de considerar que el reconocimiento dado en la parte resolutive del Laudo, se circunscribe a costos de operación y mantenimiento futuros y no solicitados por el Concesionario, se aclaren los motivos por los cuales la pretensión duodécima prosperó parcialmente y no fue despachada desfavorablemente.”

(...)

“IV. SOLICITUD

4.1. Aclárese si la contraprestación reconocida en la parte resolutive antes citada, hace referencia a los costos incurridos por el Concesionario, ya causados durante la etapa de construcción y que fueron objeto de la pretensión duodécima, cuya oportunidad para su exigibilidad y cobro sería en la etapa de operación, o si, por el contrario, el tribunal, en la parte resolutive del laudo en cita, estaría reconociendo al concesionario el derecho a percibir una contraprestación distinta a la ya causada, y a generarse a partir del inicio de la etapa de operación y mantenimiento, por actividades de operación y mantenimiento futuras, que no fueron objeto de pretensión alguna por parte del Concesionario.

4.2. En el evento de considerar que el reconocimiento dado en la parte resolutive del Laudo se circunscribe a costos de operación y mantenimiento futuros y no solicitados por el Concesionario, **aclárense** los motivos por los cuales la pretensión duodécima prosperó parcialmente y no fue despachada desfavorablemente.”

3. La respuesta del Tribunal:

3.1. La primera solicitud de aclaración presentada por CSS en relación con que el Tribunal aclare que la suma reconocida en el Literal G del Laudo Arbitral correspondiente al 50% de honorarios que le

debe reconocer la ANI a CSS CONSTRUCTORES S.A por un valor de **\$1.775.766.460**, se le han de imputar los intereses de mora a la tasa más alta autorizada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

Sobre ese particular, el Tribunal hará el reconocimiento en la forma solicitada y aclarará que a la suma de **\$1.775.766.460**, en el evento en que no haya sido cancelada por la **ANI a CSS**, deberá ser pagada con los intereses de mora a la tasa más alta autorizada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 a favor de CSS, sin exceder el máximo legal de usura, liquidados desde el 30 de agosto de 2.017, fecha en que venció el plazo que tenía la ANI para consignar los gastos del Tribunal a su cargo, y hasta que se efectuó el pago de la suma debida por capital.

3.2. La segunda solicitud de aclaración del Tribunal

No obstante, que con fundamento en las jurisprudencias antes mencionadas, correspondería, sin ninguna explicación adicional, sostener que no hay frases o consideraciones ambiguas que haya que aclarar, el Tribunal se permite hacer las siguientes precisiones que, si bien no está obligado, por estar contenidas en la parte motiva, vale la pena reiterarlas para claridad de la parte, pues de su escrito entiende el Tribunal que solo tuvo en cuenta parte de las consideraciones y de manera aislada.

Sea lo primero indicar, que la aparente falta de claridad que pretende hacer ver la parte solicitante, no existe como tal, sino que corresponde con todo respeto, a falta de comprensión de lo expuesto en la parte motiva o a una interpretación parcializada e incompleta a la que acude la parte para solicitar la aclaración.

Por ello, no se pueden tomar aisladamente algunos de los párrafos de la parte motiva, pues esto conlleva a descontextualizar y dar otra interpretación diferente a la que hizo el Tribunal, concretamente de la cláusula SEXTA del modificadorio del 27 de enero de 2.006, como lo hace la apoderada de CSS, para darle además un alcance que no tiene el punto DÉCIMO CUARTO de la parte resolutive.

Como lo manifiesta expresamente la convocante en su escrito, al afirmar que *"Partiendo del supuesto cierto de que lo solicitado por el Concesionario obedece a los costos de las actividades de operación y mantenimiento durante la etapa de construcción"*, resulta que, si bien no fue explícito en la pretensión respectiva, pues no se hizo precisión de ello, el Tribunal entendió que aquello era lo pedido, teniendo en cuenta los hechos invocados como sustento de las pretensiones relacionadas con ello. Y así está confirmando por la Convocante, al afirmar en el escrito mediante el cual solicita las aclaraciones que: *"En cuanto hace a la solicitud de reconocimiento elevada en la pretensión duodécima de la reforma de la demanda, es claro que el Concesionario pretendía el pago de las actividades de operación y mantenimiento ejecutadas durante la etapa de construcción del proyecto"*².

Tan evidente es lo anterior, que basta con dar una lectura a la pretensión duodécima, para ver, sin ninguna dificultad, que en ella se solicitó que se declarara la existencia de una compensación **"por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario"**, sin que en manera alguna se hubiera indicado en la pretensión si era por mayores trabajos realizados, por mayor tiempo de construcción o a qué período en especial se refería la solicitud.

² Escrito solicitud de Aclaraciones de CSS de fecha 8 de febrero de 2019, páginas 1 y 2.

A pesar de la falta de claridad de la pretensión duodécima, dado que en el contenido de la misma **se reclama "la compensación pactada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006"**, resulta evidente y claro que lo pretendido tiene relación **únicamente** con lo previsto en la cláusula sexta de este documento, pues en ninguna otra estipulación se pacta tal compensación o contraprestación.

Precisado lo anterior, es del caso anotar que el punto DÉCIMO CUARTO de la parte resolutive del laudo, no está transcrito correctamente por la Convocante en su escrito de aclaración del 8 de febrero de 2.019; dice CSS:

En los anteriores términos, en la parte resolutive del Laudo Arbitral, el Tribunal resuelve que la pretensión duodécima prospera parcialmente, así:

"DÉCIMO CUARTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva en cuanto a la pretensión duodécima de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente en cuanto que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, debe a CSS CONSTRUCTORES S.A., la contraprestación estipulada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, pactada para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación y mantenimiento, momento a partir del cual es exigible".

Resuelve el Tribunal (página 284 de 290 del laudo):

DÉCIMO CUARTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión duodécima de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente en cuanto que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la contraprestación estipulada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, pactada para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación, momento a partir del cual es exigible.

Así las cosas, de acuerdo con lo ampliamente explicado en la parte motiva, el Tribunal en el punto **DÉCIMO CUARTO** declaró que la pretensión duodécima de la demanda principal prosperó parcialmente, únicamente en cuanto a que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la contraprestación estipulada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18.

Es suficiente leer lo expuesto en la parte motiva, pero **de manera completa** y no parcializada, para evidenciar que no existen conceptos o frases que generen confusión o sean imprecisos, sino que lo solicitado por la convocante en la pretensión a la que nos venimos refiriendo, es parcialmente procedente en cuanto a que en el documento indicado (modificatorio del 27 de enero de 2.006) en la cláusula **SEXTA** se pactó una "contraprestación" a cargo de la ANI y a favor de CSS respecto de los trayectos 8,9,10,11,17 y 18.

Sin embargo, **no reconoce** el Tribunal que se debe "una suma de dinero correspondiente a una compensación pactada", "por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario", durante la etapa de construcción, como lo solicita la Convocante

CSS. Lo que se reconoce por el Tribunal es que se debe “la contraprestación estipulada” y **“pactada para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación, momento a partir del cual es exigible”**.

Basta con leer la pretensión duodécima y lo resuelto en el punto décimo cuarto para observar la diferencia entre lo pedido y lo resuelto.

De acuerdo a la interpretación que hizo el Tribunal de la cláusula sexta del modificatorio del 27 de enero de 2006, luego de haber tenido en cuenta todas las pruebas obrantes en el expediente, como quedó analizado suficientemente en la parte motiva en el numeral C2 “PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PAGO DE UNA COMPENSACIÓN POR LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS TRAYECTOS 8,9,10,11,17 Y 18”, de la página 86 a 124 del laudo, la contraprestación a que se refiere, es por el mayor costo de operación y mantenimiento a realizar durante la etapa de operación y por ende, solo se causaría, valga la redundancia, durante la etapa de operación, no durante la etapa de construcción, y que aquella etapa iniciaría una vez concluida la construcción de todos los trayectos antes mencionados y en consecuencia, esta contraprestación, sólo es exigible a partir del momento en que inicie la etapa de operación, y no como lo pretendía CSS, “*por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario*”.

Por eso se precisó en el punto DÉCIMO CUARTO de la parte resolutive, valga la pena reiterar, que la contraprestación que reconoce el Tribunal es la pactada “*en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18*” como lo indica y pretende la Convocante en la pretensión duodécima, pero que de acuerdo a la interpretación del Tribunal, es la “*pactada para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación, momento a partir del cual es exigible*”, y “*no por un mayor plazo de operación y mantenimiento*”.

Ahora bien, no es que el Tribunal esté reconociendo, como lo dice la Convocante CSS, una contraprestación por actividades que, según sus propias palabras, “no fueron objeto de pretensión alguna por la Convocante”. Lo que se resuelve, es reconocer la contraprestación **“pactada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18”**, tal como fue solicitado, pero no con el alcance que pretende dársele a la cláusula sexta de este modificatorio, y es por eso que prospera parcialmente la pretensión, pues a pesar de que se reconoce dicha contraprestación, tiene un alcance diferente al pretendido por la convocante, conforme está debidamente soportado en la parte motiva e incluido en la parte resolutive.

Tan claro es lo expuesto, que en la parte motiva se manifestó, entre otras consideraciones:

“No obstante, se debe advertir que si bien no existe un acuerdo sobre el valor de la contraprestación o el porcentaje en que se incrementaría el valor de la tarifa de peajes, lo cierto es que las partes si convinieron en que el INCO le reconocería tal contraprestación, exigible a partir de la terminación de la etapa de construcción y por el término de vigencia del contrato, entendido éste último como el restante a partir de la etapa de operación y hasta completar el ingreso esperado. Así las cosas, si no se ha determinado el valor de la contraprestación o compensación, este si es determinable por el acuerdo de las partes, no obstante que esta declaración no ha sido objeto de pretensión alguna, toda vez que la compensación solicitada es por concepto de mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el concesionario, durante la etapa de construcción, tal como se indica en la pretensión duodécima.”

Diferente es la pretensión de la convocante, de que se le reconozca un ajuste al valor de mantenimiento y operación por haberse extendido el plazo de duración del término de construcción de la obra, que podría solicitarse, eventualmente, como un desequilibrio. Conforme se ha analizado en párrafos anteriores, el mayor costo que se hubiere podido causar por no haberse terminado la etapa de construcción, si bien podría implicar un desequilibrio económico del contrato, este concepto no corresponde al de la "contraprestación" pactada para remunerar los trabajos por concepto de operación y mantenimiento que se reincorporaron para los trayectos tantas veces mencionados, de manera que, es impropio reclamar el mayor costo como si este correspondiera a la contraprestación pactada por la reincorporación de estas actividades, que es lo contractualmente pactado." (se resalta solo la parte transcrita por la Convocante en su escrito de aclaración).

De forma equivocada pretende hacer ver la CONVOCANTE CSS, extractando apartes aislados de la parte motiva, que se está declarando una pretensión no solicitada.

En la parte motiva, el Tribunal NO ha reconocido contraprestación alguna para el Concesionario, por concepto de operación y mantenimiento de los trayectos 8,9,10,11,17 y 18, **durante la etapa de construcción**. Pero el Tribunal sí ha manifestado que el correcto sentido en el que se debe entender la estipulación de la cláusula sexta del documento del 27 de enero de 2006, es que las partes pactaron una contraprestación "**para compensar el mayor costo de operación y mantenimiento durante la etapa de operación, momento a partir del cual es exigible**".

Valga reiterar, que dicha contraprestación no ha sido cuantificada por las partes, la Convocante CSS no solicitó la determinación de su cuantía, ni es exigible aún, como claramente se expresó en la parte motiva.

II. PARTE RESOLUTIVA

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento,

RESUELVE:

Primero: Aclárese que la suma reconocida en el Literal G del Laudo Arbitral correspondiente al 50% de honorarios que le debe reconocer la ANI a CSS CONSTRUCTORES por un valor de **\$1.775.766.460**, en el evento en que no haya sido cancelado por la ANI, deberá ser pagado con los intereses de mora a la tasa más alta autorizada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 a favor de CSS, sin exceder el máximo legal de usura, liquidados desde el 30 de agosto de 2.017, fecha en que venció el plazo que tenía la ANI para consignar los gastos del Tribunal a su cargo, y hasta que se efectúe el pago de la suma debida por capital.

Segundo: Negar la aclaración solicitada en el escrito de fecha 8 de febrero de 2.019, por las razones expuestas en la parte motiva.

NOTIFIQUESE. La providencia anterior quedó notificada en audiencia.

Agotado el objeto de la presente audiencia, se levantó la sesión previa firma del acta por quienes en ella intervinieron. Dada en Bogotá, D. C., el catorce (14) del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Los árbitros,



FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES
Presidente



CAROLINA GUILLÉN GÓMEZ
Árbitro



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
Árbitro

Los apoderados de las Partes,



DANIÉL BENAVIDES SANSEVIERO
Apoderado de la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**

SANDRA RODRIGUEZ MORA
Apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**

El Ministerio Público,



NAIRO ALEJANDRO MARTÍNEZ RIVERA
Procurador 139 Judicial II

La secretaria,



PATRICIA ZULETA GARCÍA