



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

Bogotá D.C., 30 de octubre de 2.018

Señores

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Juan Pablo Cárdenas Mejía (Árbitro - Presidente)

Samuel Chalela Ortiz (Árbitro)

Arturo Solarte Rodríguez (Árbitro)

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN - CCB

Attn. Mónica Rugeles Martínez (Secretaria)

Ciudad.-

Medio de control	Proceso arbitral – controversias contractuales
Demandante	Concesión Vial de los Llanos S.A.S.
Demandado	Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Asunto	Concepto del Ministerio Público

Respetados señores Árbitros,

En cumplimiento de las funciones constitucionales y legales asignadas al Ministerio Público, particularmente aquellas referidas a su intervención en procesos de naturaleza arbitral, me permito allegar versión escrita del concepto expuesto oralmente en la audiencia realizada el 30 de octubre 2.018 en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Arbitral mediante el auto No. 51 del 4 de septiembre de 2.018.

El presente concepto se extiende en los términos que enseguida se dejan precisados

TABLA DE CONTENIDO

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.	ANTECEDENTES	3
1.1.	PARTES	3
1.2.	CLÁUSULA COMPROMISORIA	4
1.3.	TRÁMITE DEL PROCESO.....	4
1.3.1.	Admisión de la demanda y de su reforma	5
1.3.2.	Contestación de la demanda y de su reformada	5
1.3.3.	Admisión de la demanda de reconvención y su reforma	6
1.3.4.	Contestación de la demanda de reconvención y su reforma.....	6
1.3.5.	Audiencia de conciliación	6
1.3.6.	Primera audiencia de trámite	6
1.3.7.	Etaqa probatoria y su conclusión	6
1.4.	DEMANDAS PRINCIPAL Y DE RECONVENCIÓN REFORMADAS Y SUS CONTESTACIONES	7
1.4.1.	Demanda principal reformada	7
1.4.1.1.	Pretensiones y la manifestación de la demandada	7
1.4.1.2.	Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la convocada.....	8
1.4.1.3.	Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la convocante..	19
1.4.2.	Demanda de reconvención reformada	26
1.4.2.1.	Pretensiones y la manifestación de la reconvenida.....	26
1.4.2.2.	Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la reconvenida	40
1.4.2.3.	Excepciones propuestas por la demandada en reconvención y pronunciamiento de la reconviniente.....	43
2.	CONSIDERACIONES.....	45
2.1.	PRESUPUESTOS PROCESALES	45
2.2.	SÍNTESIS DEL CASO.....	45
2.3.	PROBLEMAS JURÍDICOS	46
2.4.	CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS	47
2.4.1.	Primer problema jurídico	47
2.4.1.1.	Posición de la convocante reconvenida.....	47
2.4.1.2.	Posición de la convocada reconviniente	51
2.4.1.3.	Concepto del Ministerio Público frente al primer problema jurídico	53
2.4.2.	Segundo problema jurídico	76
2.4.2.1.	Posición de la convocante reconvenida.....	76



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.4.2.2.	Posición de la convocada reconviniante	76
2.4.2.3.	Concepto del Ministerio Público	77
2.4.3.	Tercer problema jurídico	83
2.4.3.1.	Posición de la convocante reconvenida.....	83
2.4.3.2.	Posición de la convocada reconviniante.....	84
2.4.3.3.	Concepto del Ministerio Público	84
2.4.4.	Cuarto problema jurídico	85
2.4.4.1.	Posición de la convocante reconvenida.....	85
2.4.4.2.	Posición de la convocada reconviniante.....	85
2.4.4.3.	Concepto del Ministerio Público	86
Por su parte, el otrosí No. 6 estableció:		86

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES

- **Demandante:** Concesión Vial de los Llanos S.A.S. (en adelante, también, la concesionaria, convocante, demandante, parte actora, reconvenida), legalmente constituida y representada legalmente por el señor Oscar Alberto Robayo Villamil, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal que acompañó a la demanda. En el presente trámite contó con la debida representación judicial, atendiendo al poder que igualmente reposa en el expediente procesal.
- **Demandada:** Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante, también, la demandada, convocada, reconviniante), entidad pública del orden nacional, descentralizada por servicios, representada legalmente por el señor Dimitri Zaninovich Victoria tal como consta en el acto administrativo de nombramiento (Decreto 1444 de 2.017). En el presente trámite contó con la debida representación judicial, conforme con el poder que reposa en el expediente procesal.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.2. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Las controversias puestas en conocimiento del Tribunal de Arbitraje, tal como se señaló en el escrito de convocatoria y en la demanda de reconvenición, corresponden a aquellas señaladas en la cláusula compromisoria pactada entre las partes, contenida en el Capítulo XV “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, numeral 15.2 “ARBITRAJE NACIONAL” del “CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 4 DE 05 MAY 2015” – “PARTE GENERAL” que fue aportado al proceso.

1.3. TRÁMITE DEL PROCESO

La vista fiscal advierte que el proceso se ha adelantado atendiendo las ritualidades propias del proceso arbitral regulado por la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes, con plena observancia de los derechos y garantías procesales que asisten a los extremos de la *litis* y demás intervinientes.

Por lo mismo, no se observan vicios que deban ser objeto de saneamiento o que comporten la nulidad parcial o total de las actuaciones adelantadas, por manera que resulta posible la adopción de una decisión de fondo en la que se desate, en derecho, el conflicto sometido a estudio y definición del Tribunal.

Finalmente, en cuanto al término transcurrido y la fecha prevista para proferir el laudo¹, se observa que el presente trámite se ajusta a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012². A continuación se presenta el detalle de las suspensiones efectuadas durante el proceso:

Auto	Fecha	Desde	Hasta	Días de suspensión
------	-------	-------	-------	--------------------

¹ Mediante auto No. 51 del 4 de septiembre de 2.018 se fijó el 5 de diciembre como fecha para proferir el laudo.

² De acuerdo con la letra i) del numeral 15.2 de la “Parte General” del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, “[e]l término del proceso arbitral así como las suspensiones del término del proceso arbitral se regirán por lo establecido en los artículo 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituya...”.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

33	15/03/2018	23/03/2018	3/04/2018	12
40	21/05/2018	22/05/2018	30/05/2018	9
51	4/09/2018	5/09/2018	29/10/2018	55
		31/10/2018	4/12/2018	35
Días totales de suspensión				111

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que el plazo para proferir el laudo dentro del presente trámite es de 6 meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite³, al mismo le deben ser adicionados 111 días de suspensión de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2.012, por manera que el plazo fenecería el 28 de diciembre de 2.018.

1.3.1. Admisión de la demanda y de su reforma

Con auto No. 1 del 8 de febrero de 2.017 se decidió inadmitir la demanda presentada por la convocante el 1 de diciembre de 2.016, la cual, luego de ser subsanada, fue admitida mediante auto No. 3 del 3 de marzo de 2.017, en el que, además, se ordenaron las notificaciones de rigor.

En escrito del 22 de septiembre de 2.017 la convocante reformó la demanda inicialmente presentada, la cual fue admitida mediante auto No. 13 de la misma fecha y se ordenó su traslado a los demás intervinientes.

1.3.2. Contestación de la demanda y de su reformada

El 30 de mayo de 2.017, en término, la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, propuso excepciones de mérito y objeto e juramento estimatorio. En escrito del 11 de octubre del mismo año presentó contestación de la demanda reformada, en la que, igualmente, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

³ Entre el 8 de marzo de 2.018 y el 8 de septiembre del mismo año.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.3.3. Admisión de la demanda de reconvención y su reforma

En escrito del 11 de octubre de 2.017 la convocada presentó demanda de reconvención contra la convocante, la cual, fue admitida mediante auto número 14 del 30 de octubre de 2.017, proveído en el que se ordenaron los traslados correspondientes. El 15 de diciembre de 2.017 la reconviniendo presentó reforma a la demanda de reconvención, la que fue admitida en auto número 17 de la misma fecha.

1.3.4. Contestación de la demanda de reconvención y su reforma

La convocante y reconviniendo contestó la demanda de reconvención mediante escrito del 21 de noviembre de 2.017, mediante la que se opuso a sus pretensiones formuló excepciones de mérito. El 4 de enero de 2.108 contestó la demanda de reconvención reformada, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

1.3.5. Audiencia de conciliación

El 8 de febrero de 2.017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual fracasó por no llegar las partes a ninguna fórmula de arreglo.

1.3.6. Primera audiencia de trámite

Con auto del 8 de febrero de 2.018 se ordenó la realización de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el 7 de marzo del mismo año y en cuyo desarrollo se adoptaron las decisiones que conforme a la ley correspondían a dicha etapa procesal.

1.3.7. Etapa probatoria y su conclusión

La etapa probatoria del trámite arbitral se agotó luego del recaudo oportuno y conforme con los dictados procesales correspondientes de íntegras las pruebas decretadas por el Tribunal Arbitral. Esta etapa se dio por concluida mediante auto número 51 del 4 de septiembre de 2.018.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En el proveído señalado en precedencia se citó para audiencia de alegatos, la cual se realiza en la fecha del presente escrito.

1.4. DEMANDAS PRINCIPAL Y DE RECONVENCIÓN REFORMADAS Y SUS CONTESTACIONES

1.4.1. Demanda principal reformada

1.4.1.1. Pretensiones y la manifestación de la demandada

Dada la extensión de las pretensiones formuladas por la convocante (92 pretensiones, declarativas, de condena, principales y subsidiarias), a continuación se presenta únicamente la estructura general del *petitum* de la demanda:

1. Pretensiones declarativas
 - 1.1. Pretensiones relacionadas con los antecedentes del contrato de concesión no. 004 de 2015 (Pretensiones 1 a 12)
 - 1.2. Pretensiones relacionadas con las variaciones esenciales del caso base y sus consecuencias (Pretensiones 13 a 41)
 - 1.3. Pretensiones relacionadas con los pactos de las partes para dar solución a la controversia (Pretensiones 42 a 57).
 - 1.4. Pretensiones relacionadas con la imposibilidad de obtener el cierre financiero del proyecto (Pretensiones 58 a 65)
 - 1.5. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento contractual de la agencia nacional de infraestructura (Pretensiones 66 a 68)
 - 1.6. Declaraciones relacionadas con el esquema tarifario del proyecto objeto del contrato de concesión no. 004 de 2015 (Pretensiones 69 y 70)
 - 1.7. Pretensiones relacionadas con la necesidad de revisión judicial del contrato de concesión no. 004 de 2015 (Pretensiones 71 a 81)
2. Pretensiones de condena
 - 2.1. Pretensiones principales de condena (3 pretensiones)
 - 2.2. Pretensiones subsidiarias de condena relacionadas con el cumplimiento del contrato de concesión (4 pretensiones)
 - 2.3. La terminación anticipada del contrato de concesión no. 004 del 5 de mayo de 2015 (4 pretensiones).

En su escrito de contestación, la ANI manifestó que se oponía “...a todas las pretensiones formuladas por la Sociedad convocante, por carecer de sustento jurídico y



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

fáctico y, en general, por cuanto la situación que se describe encuentra regulación expresa en el contrato como asunción de riesgo para el privado, que no da lugar al reequilibrio de la ecuación económica del contrato ni a su terminación anticipada, y mucho menos a la compensación que estima se debe procurar”.

Agregó:

La Sociedad convocante presenta el escenario fáctico de sus pretensiones realizando una argumentación que no se ajusta con la realidad del contrato de concesión y que desdibuja la filosofía que reviste a los contratos de concesión de cuarta generación (...).

1.4.1.2. Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la convocada

La *causa petendi* de la demanda interpuesta por la convocante, así como el pronunciamiento de la demandada sobre la mismo, se sintetiza como sigue:

- Etapa precontractual

Bajo las disposiciones establecidas en la Ley 1508 de 2.012, Odinsa presentó a la ANI el 20 de abril de 2012, en calidad de originador, una propuesta de Asociación Público Privada sin desembolso de recursos públicos (en adelante, también, APP-IP) que ría por objeto *“Realizar los diseños, la construcción, la Operación y el Mantenimiento de la infraestructura vial denominada Anillo Vial y Accesos a Villavicencio incluyendo el corredor Granada-Villavicencio-Puerto López- Puerto Gaitán- Puente Arimena”.*

De la referida oferta destaca la demandante, las que denomina *“premisas esenciales”*, así:

- Tasas de deuda
 - IPC + 8.5%
- Parámetro dimensionamiento deuda
 - DSCR mínimo: 1.10x
- TIR Proyecto Nominal
 - 11,60%
- Estructura de Capital:

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- Equity 34%: \$523.481.688.839 (Pesos de diciembre de 2013)
- Deuda: 66%: \$1.021.565.692.378 (Pesos de diciembre de 2013)

- Valor presente del ingreso de Peajes (VPIP)
 - VPIP COP 2.449.000.000.000 (Pesos de diciembre de 2013)
- DTF: 4.36%
- Inflación Proyectada: 3%

Mediante la Resolución 730 del 6 de noviembre de 2.012 la ANI otorgó concepto favorable al originador (Grupo Odinsa) para que continuara con la estructuración del proyecto de APP-IP “...para el corredor vial Granada - Villavicencio, Anillo Vial de Villavicencio y Accesos a la Ciudad e inicie la etapa de factibilidad” y el 28 de junio de 2.013 se llevó a cabo la audiencia pública de que trata el artículo 16 de la ley 1508 de 2012^a

En este aparte advirtió la demandante sobre el requerimiento efectuado por la ANI, para continuar con el análisis de factibilidad del proyecto, relativo al modelo financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto, de lo cual deriva que “...la valoración, evaluación y estudio de su procedencia, así como de la solidez e idoneidad de las variables tenidas en cuenta para la estructuración financiera del mismo [del proyecto], fueron de conocimiento y estudio de la entidad contratante quien una vez validadas y dados por ciertos los supuestos y premisas esenciales del CASO BASE del Proyecto, impartió su aprobación, declaró su factibilidad y celebró con el hoy concesionario el Contrato de Concesión respectivo”.

El 5 de febrero de 2.015 la ANI emitió concepto de factibilidad a la propuesta presentada para la APP-IP⁴ y en la misma fecha la estructura plural denominada Autopistas del Meta manifestó que “...de manera clara expresa e irrevocable aceptamos en su integridad los temimos y condiciones de la factibilidad del mencionado proyecto, contenidos en su comunicación identificada en la referencia y en sus documentos anexos y complementanos”.

⁴ Comunicación ANI 2015-200-00240.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

Por medio de la Resolución 638 del 9 de abril de 2015 la ANI adjudicó el contrato de concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada a originador estructura plural Autopistas del Meta.

De los hechos narrados relacionados con la etapa precontractual, la convocante arribó a las siguientes conclusiones (se transcribe tal como aparece en el texto de la demanda reformada):

- Que la propuesta del Originador así como la declaratoria de su factibilidad se produjeron en el Marco de las condiciones macroeconómicas vigentes en el país para la anualidad de 2012-2013.
- Que, sin perjuicio de los riesgos asumidos por el concesionario -cuya asunción no desconoce-, las Proyecciones del Originador - Hoy concesionario - tuvieron como fundamentos esenciales, todos consignados en el DOCUMENTO DE PROPUESTA, y confirmados en el DOCUMENTO DE FACTIBILIDAD:
 - (i) El Plan de Desarrollo 2010-2014 y sus presupuestos de crecimiento y expansión de la economía nacional.
 - (ii) El estudio particular y detallado de las condiciones del sector de desarrollo del Proyecto y su área de influencia.
 - (iii) El tráfico particular y connatural al proyecto que utilizaría el corredor, asociado directamente con la Industria del Petróleo y servicios asociados.
- Que la factibilidad del Proyecto fue declarada y asumida por las partes, de conformidad con esas variables y condiciones macroeconómicas del País, que posteriormente fueron recogidas en el DOCUMENTO CONPES 3760 de 2013.
- Que con esas condiciones, la Banca nacional e Internacional prestó su apoyo y su firme compromiso a la financiación del Proyecto, teniendo en cuenta que la garantía esencial de los prestamistas sería el proyecto mismo, de conformidad con las autorizaciones legales y contractuales.
- Que las perturbaciones a las condiciones iniciales bajo las cuales se concibió y viabilizó el proyecto, de las que se da cuenta en capítulo especial de



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

esta demanda, eran consideradas como coyunturales a la época de inicio del Contrato, razón por la cual, las Partes, el 12 de noviembre de 2013, con el lleno de los requisitos exigidos por la ley y el Contrato, suscribieron el Acta de Inicio correspondiente.

- Que el Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013 "PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES", en punto al riesgo comercial de los Proyectos en Concesión de Cuarta Generación, su definición y asignación, señalo:

"vi. Riesgo comercial

El riesgo comercial en el programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, se entenderá como la desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones de recaudo realizadas por la ANI en la estructuración y adjudicación del proyecto.

Es importante tener en Cuenta que las proyecciones de ingresos por concepto de tráfico están relacionadas con variables macroeconómicas, y de desarrollo regional, entre otras las cuales son variables exógenas al desarrollo de los proyectos y por ende de difícil control por parte del concesionario quien connota de manera efectiva la calidad y disponibilidad de la infraestructura a su cargo.

Con el fin de viabilizar la financiación de largo plazo del proyecto, y dado que en las proyecciones de ingresos existe un grado considerable de incertidumbre en el crecimiento del tráfico natural de los proyectos, así como en el tráfico a generar e inducir por el desarrollo de los mismos, el efecto que esto puede generar en los ingresos de los proyectos y por ende en el desarrollo de los mismos, se considera importante generar un mecanismo de cobertura de dicho comportamiento.

En ese sentido, el riesgo comercial será asumido por el Estado, para lo cual se plantea evaluar períodos de compensación al concesionario durante la vida del contrato en el evento en que las diferencias entre los ingresos reales del proyecto respecto de los esperados sean negativos, y sean efectivamente causados por desviaciones en el ingreso derivado del tráfico proyectado. Las compensaciones a las que haya lugar se manejarán a través de los recursos aportados al Fondo de Contingencias.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Es importante mencionar que mecanismos como este han sido utilizados en países como Chile y Perú para garantizar la bancabilidad de los proyectos y también han sido recientemente incorporados en la estructuración de proyectos como la Ruto del Sol en nuestro país, en donde en uno de sus tramos y después de tres años de contrato, el crecimiento del tráfico ha sido superior al esperado.

Así mismo, el mecanismo de cobertura a través del Fondo de Contingencias y su metodología de cálculo y revisión, permitirán hacerle un seguimiento anual al comportamiento del tráfico y por ende a la valoración del riesgo comercial producido por éste.”

- Que de conformidad con lo anterior, deberá tener en cuenta el Tribunal que de no acceder a la REVISIÓN DEL CONTRATO en los temidos solicitados en esta demanda, la inviabilidad financiera del Proyecto, según se acreditará en este proceso, conducirá al juez del Contrato a declarar su terminación. Y si así no fuera, en cualquier caso, el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, necesariamente terminaría por la mera aplicación de sus estipulaciones en punto a los riesgos asumidos por la entidad contratante en cuanto respecta al tráfico riel Proyecto, toda vez que de ordenarse compensaciones por el déficit registrado, los recursos estatales resultarían insuficientes y los mecanismos contractuales de compensación pactados en el Contrato serían idóneos.
- Que las perturbaciones generalizadas en la macroeconomía nacional con motivo de los trastornos de la industria Petrolera y su impacto negativo la zona de ejecución del Proyecto, devinieron en estructurales, afectando de modo definitivo el esquema económico-financiero del Proyecto en Concesión, haciendo inviable su ejecución.
- Que esa situación, sumada a eventos relacionados con malestar comunitario por el alza en las tarifas en los peajes que debían iniciar su operación al inicio del contrato -situación en la actualidad en principio, resuelta-, llevaron a las partes a asumir el compromiso de REVISAR Y REFORMULAR EL CASO BASE DEL PROYECTO a fin de garantizar su continuidad, compromiso que pactaron en el Otrosí No. 3, cuyo cumplimiento se deprecia en esta demanda.
- Que a la fecha de presentación de esta demanda la situación perturbadora que hace inviable financieramente la ejecución del objeto del



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Contrato de Concesión No. 004 de 2015, persiste y no se espera que en el corto o mediano plazo se recompongan las afectaciones generadas por la misma.

- Que la permanencia de esa situación, que agrava de modo sustancial los riesgos asumidos por el Concesionario y hace especialmente gravosa la posibilidad de cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato, ha llevado a la Banca, antes comprometida en su financiación, a cuestionar las condiciones ofrecidas, y a solicitar la definición del CASO BASE, a fin de evaluar nuevamente las posibilidades de financiación.
- Que por todo lo anterior se hace necesaria la revisión del contrato de concesión No 004 de 2015, a lo que reiteradamente se ha negado la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, negativa que ha llevado al concesionario a solicitar la redefinición del caso base al juez del Contrato.

En relación con lo hechos hasta aquí referidos, la convocada aceptó en su totalidad los hitos que marcaron la fase precontractual de la negociación. Sin embargo, en términos generales, solicitó estarse al contenido de los documentos referidos por la convocante más que a las transcripciones e interpretaciones que realizó de los mismos.

En cuanto a las conclusiones a las que arribó la convocante, señaló la ANI que “...no constituyen un hecho que amerite respuesta. Son valoraciones subjetivas de su exclusiva reflexión y que no tienen fundamento probatorio en el sentido que se les quiere dar, y aun siendo reales, en gracia de discusión, no tienen el poder liberatorio de las obligaciones contractuales y mucho menos el poder fatal frente a la relación contractual como se pretende”.

Finalmente en relación con las perturbaciones macroeconómicas referidas por la parte actora y su impacto negativo en la zona de ejecución del contrato, además de la imposibilidad de cobrar los peajes por cuenta del malestar comunitario en orden al alza presentada, la convocada requirió su demostración en el proceso.

- Etapa contractual



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

El 5 de mayo de 2015 fue suscrito el contrato de concesión No. 004 entre CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. y su objeto consiste en:

“El presente contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada de Iniciativa Privada en los términos de la ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este contrato el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el proyecto. El alcance físico del Proyecto, se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico I. ”

La convocante puso de presente algunas de las definiciones contenidas en el contrato, refirió la forma en que se pactó el valor del mismo y algunas de las normas que regulan dicho aspecto. Preciso, además, que la retribución a favor del concesionario, de acuerdo con el contrato, podría tener por fuente el recaudo de peajes o los ingresos por explotación comercial, pero que de acuerdo con el modelo de estructuración únicamente se previeron ingresos al concesionario por concepto de recaudo de peajes. Hizo alusión al plazo del contrato y a las declaraciones y garantías de las partes, la asignación de riesgos y definición de la ecuación contractual.

En relación con estos hechos, la convocada manifestó que se estaría a lo señalado en el contrato celebrado y que se oponía a las interpretaciones y manifestaciones efectuadas por la convocante.

○ Estructura tarifaria

La convocante transcribe algunos apartes del contrato celebrado en punto de la regulación del recaudo por peajes a favor del concesionario y las tarifas por peaje. Afirmó que el esquema tarifario del Contrato tuvo como soporte legal, para el cobro por el Concesionario de las tarifas contractuales en los Peajes autorizados, la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte, por medio la cual "se emite Concepto Vinculante previo al establecimiento de una estación de Peaje denominado El Cairo y sus puntos de control de acceso y se establecen las tarifas a cobrar en las estaciones denominadas El Cairo, Iraca, Ocoa, La Libertad, Casetabla y Yucao que formarán parte del Proyecto Vial de Iniciativa Privada Malla Vial del Meta I.P, Malla Vial del Meta."

Puso de presente, además, que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 0052 del 8 de enero de 2016 "Por la cual se actualizan las tarifas de peaje a cobrar en las



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

estaciones de peaje a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS y lo correspondiente al Programa de Seguridad en Carreteras Nacionales para la vigencia 2016, en los términos estipulados en la Resolución 228 de 2013 y Resolución 1859 ríe 2014 emitidas per el Ministerio do Transporte”, la cual resultaba aplicable al Contrato de Concesión respecto de las estaciones de peaje Casetabla y Yucao.

La convocante hizo referencia, también, a los riesgos contractuales asumidos por la ANI (sección 13.3. de la parte general del contrato de concesión).

Señaló que a pesar de la certeza y seguridad derivadas de los pactos contractuales relacionados con el esquema tarifario del Proyecto y, sobre todo, de la garantía de su permanencia y estabilidad durante su desarrollo, este ha sido un aspecto de especial perturbación en la ejecución del Contrato por el malestar manifiesto de la comunidad al establecimiento de los peajes y al recaudo de la tarifa contractual.

En relación con lo anterior, advirtió la parte actora que el 17 de febrero de 2017 el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 0331 “Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, por solicitud expresa de la ANI. Del contenido del acto administrativo, cuyo texto transcribió parcialmente, derivó, entre otras, las siguientes conclusiones:

- a) Que la Resolución 0331 de 2017 fue expedida por el Ministerio de Transporte exclusivamente a solicitud de la ANI como da cuenta la motivación expresa de la misma.
 - b) Que con la expedición de la Resolución 0331 de 2017, el Ministerio de Transporte, al atender la solicitud de la entidad contratante MODIFICA UNILATERALMENTE EI CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DEL 5 DE MAYO DE 2015, en cuanto hace a la oportunidad de recaudo por el Concesionario de los peajes contractualmente pactados.
 - c) En efecto, de conformidad con el Contrato de Concesión No 004 del 5 de mayo de 2015 el recaudo de los peajes debía iniciarse en la fecha de la suscripción del Acta de Inicio del Contrato, tal y como expresamente lo reconocen el Contrato y la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015, expedida por el Ministerio de Transporte para dar cumplimiento a esta estipulación, a solicitud de la entidad contratante.
 - d) Este hecho es expresamente reconocido por la Resolución 033172017 (...)
- (...)



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

g) Como consecuencia de la expedición de la Resolución 331 del 15 de febrero de 2017, a partir del 18 de febrero de 2017, se ajustó parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015, que modificó el esquema tarifario de las estaciones de peaje del Proyecto. La Resolución 331/2015 reversa los incrementos de peaje realizados en el mes de enero de 2017 superiores al IPC, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, y suspende el incremento realizado el 11 de agosto de 2016 para las estaciones de Yucao y Casetabla.

h) Es evidente, como se acredita con la sola comparación del contenido de los actos administrativos reseñados, y como podrá confirmarlo el Tribunal en el curso del presente trámite que tanto la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI como el MINISTERIO DE TRANSPORTE exceden su competencia para MODIFICAR UNILATERALMENTE el Contrato de Concesión No 004 del 5 de mayo de 2015, afectando la fórmula de recuperación de la inversión del Contratista Concesionario sin que éste hubiera participado, siquiera sumariamente en el trámite de esta modificación. Ninguna oportunidad de expresión, oposición u opinión tuvo el Concesionario respecto de esta decisión inconsulta de su contratante, que transgrede expresas prohibiciones legales (Ley 105 de 1993 artículo 30), el Contrato de Concesión mismo, y lo que es peor, los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Esta circunstancia se reviste de gravedad si se considera que con ella se lesionaba aún más la delicada posición de este Concesionario y abundaba en las razones que hacían inviable su financiación, todo lo cual se acreditará en el curso del debate probatorio del presente trámite.

i) Miente la ANI en las razones que expone al Ministerio de Transporte como fundamentos de la solicitud que le formulara para la expedición de la Resolución 0331 de 2017. Ninguna de las razones que invocó la habilitan para pedir al Ministerio la MODIFICACIÓN INCONSULTA, ARBITRARIA, ILEGAL Y UNILATERAL del Contrato de Concesión No 004 del 5 de mayo de 2015. De lo que aquí realmente se trata es de una sanción al contratista por la imposibilidad de inicio de las obras, y frente a ello tendrá en cuenta el Tribunal que:

(i) La obras del Proyecto en Concesión NO estaban programadas para iniciar su ejecución en su totalidad de modo simultaneo (VER: Plan de Obras);

(ii) El conocimiento que tenía la entidad contratante de las circunstancias que afectaban entonces y que afectan hoy la ejecución del Contrato,

(iii) La absoluta falta de competencia de la ANI para proceder unilateral e inconsultamente con la afectación del esquema remuneratorio del Contrato modificando la fórmula de recuperación de la inversión sin el concurso y acuerdo del Concesionario.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

No se trata aquí del nesgo tarifario asumido por la ANI en el Contrato de Concesión relacionado con su potestad de establecer y conceder tarifas diferenciales y concurrir a la respectiva compensación al Concesionario por ese hecho: de lo que aquí se trata es del desconocimiento por la ANI del acontecer contractual de reversar su propio cumplimiento registrado ab initio invocando como justificación el "malestar social", riesgo que le es enteramente asignado al ente público contratante desde la Ley, y por supuesto, desde el Contrato.

Agregó la parte actora que las decisiones sobre la estructura tarifaria adoptadas por las entidades públicas concernidas se sumaron a las razones que tuvo en cuenta la Banca para negarse a otorgar financiación al proyecto.

La convocante hizo alusión al otrosí No. 3 al contrato de concesión para señalar que en su parte considerativa quedaron plasmadas las controversias entre las partes sobre el régimen tarifario, así como la situación generada en el proyecto por cuenta de las variaciones macroeconómicas y el déficit estructural del tráfico. Observó, además, que por situaciones de carácter político no fue adoptada la decisión de reducir el alcance del proyecto eliminando las unidades funciones 9, 10 y 11.

Luego de transcribir las obligaciones contractuales pactadas relativas al financiamiento del proyecto por parte del concesionario, aseguró la convocante que hasta la fecha de presentación de la demanda había dado cumplimiento pleno a sus obligaciones. Sin embargo, afirmó que en la situación en la que se encuentra el proyecto le correspondería al concesionario (a sus socios) financiar integralmente el proyecto, lo cual resulta absolutamente inviable e insostenible.

Sobre este particular, afirmó que en el proceso de estructuración del proyecto, el Originador aportó las cartas de compromiso de la banca con manifiesto interés en la financiación del proyecto, bajo el presupuesto de que el contrato resultaría autofinanciable dada la solidez financiera de las variables tenidas en cuenta en su estructuración para su desarrollo, como es lo lógico, razonable y usual en este tipo de proyectos (Project Finance). No obstante lo anterior, el cambio de las condiciones y la renuencia de la ANI de revisar el "caso base", hizo que la banca presentara inquietudes y reticencias frente al proyecto, lo cual fue puesto en conocimiento de la ANI para evitar que el concesionario incurriera en un incumplimiento grave de sus obligaciones.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

La convocante también refirió varias comunicaciones cruzadas entre las partes en las que se evidencian los inconvenientes en la ejecución del contrato y las posiciones respecto de las posibles modificaciones del contrato de concesión.

A continuación la convocante transcribió otras cláusulas del contrato, esta vez referidas a la posibilidad de terminación anticipada del contrato (Capítulo XVII de la parte general) y, a continuación, hizo referencia al otrosí No. 5 al contrato de concesión, el cual, según informó, tuvo por objeto suspender por un término de 30 días la obligación del concesionario de acreditar el cierre financiero del proyecto y al otrosí No. 6 cuya razón esencial es, en su concepto, regular la ejecución contractual, entre tanto se obtenía la definición judicial de la controversia o se alcanzaba acuerdo conciliatorio.

La convocada, frente a los hechos expuestos en este apartado por la parte actora, no se opuso, en general, a la existencia de los documentos referidos por ella (contratos, otrosíes, actos administrativos, comunicaciones, etc.), pero sí manifestó su oposición a las interpretaciones que respecto de su contenido se efectuó en la demanda.

En relación con la modificación unilateral del contrato de concesión mediante la Resolución 0331 de 2017, la convocada indicó que ello, de ninguna manera, puede considerarse como una modificación unilateral al contrato frente a las tarifas de peajes, pues no obedece a un acto que haya sido expedido por la ANI y no tiene la suficiencia para entender comprometidas las obligaciones contractuales de las partes, pues tiene regulación expresa en el contrato como un riesgo que debe asumir la contratante.

- Mala fe de la entidad contratante en los acercamientos de las partes

Finalmente, la convocante advirtió que la ANI había actuado de mala fe en el proceso de renegociación del contrato, pues luego de múltiples reuniones y estudios de viabilidad del proyecto, luego de la renuncia del Dr. Luis Fernando Andrade como director de la ANI, las conversaciones tomaron, súbitamente, un cauce distinto y el 1 de septiembre de 2017 la ANI abortó cualquier posibilidad de acuerdo directo entre las partes, “...so pretexto de que en las fórmulas propuestas por el Concesionario, e incluso en la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

propuesta por la misma entidad, no se podía evidenciar la ‘pérdida’ del concesionario, supuesto que la entidad contratante considera esencial para lograr un acuerdo ‘presentable ante las autoridades de control’. Esto es, o el Concesionario realiza el proyecto a pérdida o sencillamente no hay Acuerdo.”

Sobre este aspecto la demandada afirmó que si bien eran ciertos los acercamientos iniciados entre las partes, “...no es cierto y rechazamos cualquier referencia a mala fe de la entidad contratante en la ejecución contractual.”

1.4.1.3. Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la convocante

A continuación se presentará una síntesis tanto de las excepciones propuestas por la ANI, como de las consideraciones que sobre las mismas expuso la convocante:

- Fase precontractual - Al haber estructurado el proyecto el contratista asumió la responsabilidad sobre la certidumbre, contundencia, pertinencia y utilidad de los estudios y análisis que empleo para demostrar que su proyecto era viable

La convocada realizó una exposición relativa al contrato de concesión y a las diferentes etapas o generaciones de regulación de este tipo contractual. Al referir a la denominada “cuarta generación de concesiones” advirtió que uno de los aspectos relevantes de la nueva normatividad en relación con las asociaciones público privadas (en adelante APP) es que se autoriza a los particulares para presentar proyectos de APP a las entidades públicas para la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, lo que lo ubica como aliado estratégico del Estado e incentiva la vinculación del capital privado a los fines públicos. Advirtió que con “...los actuales esquemas de APP se da un nuevo enfoque centrado en la experiencia en materia de financiación, inversión y estructuración de proyectos de gran envergadura, lo que (...) comporta un gran cambio en materia de la concepción para el desarrollo de esta nueva generación de concesiones viales, en donde la capacidad financiera del originador juega un papel vital en el éxito del proyecto”.

Luego de reseñar algunas normas que regulan las funciones de la ANI en punto de los proyectos APP de iniciativa privada, advirtió que las obligaciones de dicha entidad

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

comprendían la valoración de la propuesta (proyecto) presentado por el estructurador dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico (Ley 1508 de 2012 y Decreto 1467 de 2012), lo cual comporta determinar su viabilidad y congruencia con los intereses públicos y los aspectos generales de la misma, sin que ello comporte un análisis detallado, minucioso y exacto del proyecto y convertirlo en “estructurador”, pues no es ésta su función.

Observó, además, que la evaluación y declaratoria de factibilidad de la propuesta no constituyen la asunción de un riesgo. En el caso concreto, indicó, la mayor asignación de riesgos es para el originador, pues fue él quien estructuró el proyecto, teniendo en cuenta todos los elementos técnicos, financieros, sociales y jurídicos, y se encuentra en la capacidad y en la obligación de prever las contingencias eventuales que pudieran llegar a afectar la ejecución normal del contrato.

En relación con esta excepción, la parte actora indicó que la asunción de riesgos no constituye el objeto del debate en el presente litigio, pues el concesionario no niega ni desconoce la distribución de riesgos del contrato de concesión No. 004 de 2015. Por el contrario, afirmó, la confirma en los términos expresamente identificados, asignados y acotados en el contrato: con el límite definido de variación hasta el 5% de las previsiones base del modelo financiero de la estructuración.

Agregó:

Y precisamente por ese reconocimiento expreso que hace del contrato y su contenido, solicita la revisión del mismo, por haberse dado el supuesto legal, previsto en el artículo 868 del Código de Comercio, en cuanto las obligaciones a su cargo, en punto a la financiación del proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, de las que pende la viabilidad financiera del mismo, han adquirido una carga de onerosidad tal que impiden su ejecución en los términos inicialmente previstos. Y es por ello que solicita al juez del Contrato, la revisión de los extremos contractuales que hagan posible su desarrollo y el cumplimiento del propósito perseguido por las partes al momento de su celebración.

Aseguró que el cambio de las condiciones macroeconómicas del contrato, en los términos del Conpes 3760 de 2013, son de cargo del ente público contratante y que las

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

mismas fueron conocidas por las partes al momento de la celebración del contrato, pero consideradas como coyunturales y mitigables en el desarrollo del proyecto. No pudieron prever, subrayó, que tales variaciones fueran a rebasar cualquier previsión razonable desde la óptica económica-financiera y que pasaran de ser coyunturales a estructurales, lo que generó afectaciones permanentes en la ejecución del contrato.

Indicó la actora que el origen de la iniciativa (pública o privada) es irrelevante frente al hecho de que la misma se concreta en la celebración de un contrato de concesión y, en consecuencia, le son aplicables los principios rectores de la contratación y no de una empresa de las denominadas “joint venture” en las que los integrantes asumen riesgos absolutos e ilimitados.

- Fase contractual – improcedencia de la revisión del contrato

Esta excepción se fundó en: (i) la inexistencia, en el caso concreto, de la ruptura del equilibrio económico del contrato; (ii) la inexactitud del escenario fáctico y jurídico planteado por la demandante y el cumplimiento del contrato por la ANI, asunto dentro del cual discurrió sobre la no estructuración del *ius variandi*, del hecho del príncipe, de la teoría de la imprevisión o de una fuerza mayor; (iii) el cumplimiento del otrosí No. 3 por la ANI; y (iv) el incumplimiento del contratista del deber de planeación.

Indicó la convocada que ni los trastornos en la industria petrolera y su impacto negativo en el tráfico de la zona de ejecución del contrato, ni el malestar comunitario por el alza de las tarifas en los peajes que hacían parte del proyecto y la correlativa disminución tarifaria en contravía de lo pactado en el contrato, tienen la virtualidad de estructurarse como una situación que imponga el restablecimiento económico del contrato y su revisión judicial.

En relación con la disminución de la tarifa de los peajes, indicó que no se trataba ni del *ius variandi* ni del hecho del príncipe, por lo que su ocurrencia no comporta el reequilibrio del contrato.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Advirtió, también, que la revisión del contrato tampoco podría originarse en el supuesto incumplimiento del otrosí No. 3 al contrato de concesión, pues la ANI ha honrado sus deberes contractuales.

En relación con la ruptura del equilibrio económico del contrato hizo alusión a varias sentencias del Consejo de Estado, de las que observa: i) que los casos que dan lugar a la ruptura del equilibrio del contrato son el ius variandi, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato; y ii) en los tres primeros casos la consecuencia que se genera es la de llevar al contratista del Estado a un punto de “no pérdida” y en el caso de incumplimiento es procedente el resarcimiento integral del perjuicio sufrido por el contratista.

Consideró necesario, seguidamente, precisar los supuestos fácticos puestos de presente por la convocante.

Para la fase precontractual, luego señalar los hitos más importantes previos a la celebración del contrato, destacó que el originador de la iniciativa privada tuvo en cuenta la necesidad de la instalación de una nueva caseta de peaje y el aumento de las tarifas para las casetas existentes, lo que de suyo trae como consecuencia lógica la posibilidad socioeconómica de que ello pudiera ejecutarse, pues se trata de un proyecto propuesto por él. Y afirmó:

Durante su papel como originador de la iniciativa privada, éste llevó a cabo la estructuración integral del proyecto desde la identificación hasta culminar con la maduración traducida en la minuta de un contrato de concesión, atendiendo las exigencias establecidas por la entidad para este tipo de proyectos y las demás exigencias del Ministerio de Transporte para efectos de la expedición de la resolución para la fijación de tarifas de peajes, para lo cual debió haber no solo acreditado sino realizado eficazmente las socializaciones y los estudios de impacto socioeconómicos exigidos.

En cuanto a la fase contractual, advirtió que la inconformidad de la comunidad con las nuevas casetas de peajes y los aumentos de las tarifas, evidenciaban que el originador falló al momento de realizar la socialización de lo que serían las tarifas a cobrarse en las



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

estaciones de peajes, lo que se traduce en una ineficiente gestión social de su propio proyecto previa a la suscripción del contrato.

En relación con el otrosí No. 3 al contrato de concesión y la obligación de definir un nuevo caso base del contrato dada la renuencia de la comunidad para aceptar las nuevas casetas y el incremento de la tarifa de los peajes, la demandada señaló que producto de las gestiones de socialización adelantadas y de la aceptación de la comunidad no se había producido la condición pactada para definir el nuevo caso base, pues ello tenía lugar solo en el evento en que no se lograra la implementación del esquema tarifario contenido en la Resolución 1130 de 2015. La demandada puso de presente, así mismo, algunas de las consideraciones expuestas en los otrosíes 5 y 6 al contrato de concesión, de las que derivó que no había incumplido sus obligaciones contractuales y, por el contrario, había dispuesto de toda su capacidad para el desarrollo del proyecto.

A continuación, en punto de la reducción de las tarifas de los peajes, la demandada reiteró que ello no se constituía en fuente de desequilibrio por *ius variandi* o hecho del príncipe, pues el riesgo de la modificación tarifaria recae en cabeza de la ANI de acuerdo con el texto del contrato, lo que dará lugar a la aplicación de una fórmula de compensación.

En cuanto a la afectación del tráfico del proyecto por cuenta de la caída de los precios del petróleo, advirtió la demandada que los hechos alegados por la demandante se encontraban presente al momento de la adjudicación y celebración del contrato, fueron previsto y resultaban razonablemente previsibles.

Destacó la demandada que al tratarse de un contrato de concesión de “cuarta generación” bajo el esquema de APP de iniciativa privada sin recursos públicos, el protagonista del deber de planeación es el concesionario, pues “...*fue éste el que estructuró el proyecto y quien determinó su viabilidad desde el punto de vista técnico, financiero, jurídico y social. La entidad se limitó a realizar los estudios propios de pre-factibilidad para declarar la viabilidad del proyecto y proceder a la adjudicación y la celebración del contrato.*”



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Para la demandada, de los hechos narrados por la parte actora debe descartarse la ocurrencia de una fuerza mayor, pues no se advierte una verdadera imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo de naturaleza objetiva y extrínseca.

Señaló también que los hechos que se aducen como imprevistos no ocurrieron durante la ejecución del contrato de concesión, pues la caída de los precios del petróleo inició tres meses antes de la adjudicación del contrato. Agregó que para el momento de la celebración del negocio lo previsible era que el precio del petróleo se mantuviera a la baja y no lo contrario, por lo que se si el contratista hubiera sido diligente habría retirado su oferta o solicitado a la entidad adaptarla a las circunstancias previas a la adjudicación.

Por otra parte, la convocada señaló que no existe demostración del nexo entre la reducción del valor del petróleo y la reducción del tráfico en el proyecto y que, en todo caso, no existe en el contrato una garantía de ingreso mínimo o de tránsito mínimo, para los tramos viales concesionados.

Frente a la imposibilidad de lograr el cierre financiero del proyecto por la negativa del sector bancario, advirtió que se trata de una situación regulada en el contrato (sección 13,2 de la parte general), conforme con el cual el concesionario tiene a su disposición cualquier mecanismo de financiación para lograr el cierre financiero, que de conformidad con la sección 3.9 de la misma parte general del contrato puede ser escogida por el contratista (prestamos bancarios, emisiones en el mercado de capitales, recursos de deuda de fondos de capital privado, las demás previstas en la parte especial del contrato). Siendo ello así, mal haría en aceptarse la fórmula de reequilibrio contractual vía revisión del contrato.

Sobre los asuntos desarrollados por la demandada, la parte actora remitió al texto de sus otras actuaciones procesales. Entre otros aspectos, señaló, además:

- La conducta unilateral y arbitraria de la entidad contratante se ha concretado en la modificación unilateral del Contrato de Concesión, sin que a tal efecto le asista capacidad ni competencia, agravando con su accionar la ya catastrófica



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

situación financiera del Proyecto y anulando cualquier posibilidad de obtener los recursos de financiación requeridos para su desarrollo.

- La ANI no dio cumplimiento a las obligaciones derivadas del otrosí No. 3.
- En cuanto al deber de planeación del concesionario, señaló que el origen del contrato de concesión (APP de iniciativa pública o privada) en nada afecta su naturaleza o tipicidad. Es el mismo legislador el que impone que, como resultado de la evaluación realizada por el ente público contratante, se celebre un contrato de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Contractual sobre la materia. Aseguró que una cosa es el deber de planeación estatal regulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y en el 14 y siguientes de la Ley 1508 de 2012 y otra la autorización para que un particular presente una propuesta u oferta de contrato a consideración de la entidad.
- En relación con las obligaciones de socialización del esquema tarifario previas a la celebración del contrato, aseguró que son del resorte exclusivo de la entidad pública, *“...puesto que el originador no cuenta con título jurídico alguno para adelantar la socialización de tarifas de un proyecto que se encuentre en estructuración, y cuya ejecución NO le ha sido encomendada como contratista, máxime si el esquema tarifario del proyecto no se encontraba definido y era precisamente la ANI quien debía evaluarlo y tramitarlo ante el Ministerio de Transporte, entidad a quien se le encomendó legalmente la facultad de regular las tarifas de peaje en las vías nacionales.”*

- De la imposibilidad jurídica de revisión contractual

Indicó la demandada que la única posibilidad de reclamo con miras al restablecimiento del equilibrio económico del contrato consiste en la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no corresponden a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del concesionario estén asignados a éste. Sobre este particular, reiteró que lo acontecido en la ejecución del contrato corresponde a riesgos considerados en el clausulado negocial. Al respecto aseguró:

Para la ANI no es de recibo y no puede serlo para el Tribunal el argumento según el cual la situación descrita exceda el riesgo establecido. Explicó la convocante

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

que a pesar de que en la matriz de riesgos se exprese que el concesionario asume el riesgo de tráfico, éste en realidad solo se asume en un 5%, pues fue ésta la variación con la que se proyectó el riesgo. Esa argumentación es desde todo punto de vista inadmisibles. Sugerir que solo se asuma un 5% de variación de tráfico es asegurar que el contrato tiene una garantía de ingreso mínimo como ocurría con los contratos de primera generación y no tendría sentido que los bancos no les prestaran. Eso no es serio. Ello desnaturaliza el contrato de cuarta generación y desconoce la matriz de riesgos del contrato. Lo que la matriz de riesgos estableció en relación con el 5% fue una probabilidad de frecuencia pero nunca un límite de asunción del riesgo, pues claramente se estaría desnaturalizando la filosofía de un contrato de concesión de cuarta generación como ampliamente se ha expuesto en la presente contestación.

Advirtió, finalmente, que en el evento en que el Tribunal considerase que existe desequilibrio, no puede soslayarse el hecho de que solo puede llevarse al contratista a un punto de no pérdida y no a la terminación del contrato. En todo caso, la terminación, a la luz del principio de conservación de los contratos es la última vía. Pero, de considerarse procedente la terminación no procede la compensación solicitada por la convocante, por haberse tratado su causa de situaciones imputables al concesionario en consideración al desconocimiento del principio de planeación.

La parte actora consideró sobre este aspecto que es evidente el rompimiento del equilibrio prestacional y que lo que pretende la ANI es que el contratista ejecute un proyecto de utilidad pública a su costo y contra su propia quiebra –circunstancia que impondría la terminación unilateral del contrato -, sin que se den las condiciones para la recuperación de su inversión, lo que, en últimas, resultaría confiscatorio del capital privado destinado a la ejecución de una obra pública.

1.4.2. Demanda de reconvención reformada

1.4.2.1. Pretensiones y la manifestación de la reconvención

La reconviniendo formuló las siguientes pretensiones y respecto de cada una de ellas se manifestó la reconvención, tal como se deja expuesto a continuación:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.1. PRIMERA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI ha cumplido a cabalidad todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

Para la reconvenida la pretensión no puede prosperar, pues la ANI incumplió el contrato de concesión No. 004 en dos aspectos fundamentales: (i) Incumplimiento integral del otrosí No. 3 al contrato de concesión No. 004 de 2015; y (ii) incumplimiento integral del pacto tarifario del contrato de concesión No. 004 de 2015.

1.2. SEGUNDA. Que se declare que la imposibilidad temporal de implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente socialización del mismo e incumplimiento del deber de planeación con relación a la viabilidad técnica y socioeconómica del proyecto.

La reconvenida niega prosperidad a la pretensión, pues en su concepto:

- El concesionario agotó su deber de socialización del proyecto y del esquema tarifario y las tarifas son producto del cumplimiento del concesionario de su deber de planeación.
- Le texto del Decreto 1130 de 2015 cumplió con el requisito de publicidad previsto en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011.
- El contrato de concesión suscrito es un contrato estatal y el origen de la iniciativa no afecta su naturaleza ni tipicidad.
- No es cierto que el legislador al reglar las APP de iniciativa privada haya “delegado o trasladado” el deber de planeación de las entidades estatales en el originador del proyecto. Este deber se agota por la entidad al realizar la evaluación de la iniciativa y la constatación de sus supuestos, lo cual desemboca en la aprobación de la misma y en la adjudicación del contrato de concesión. La valoración, evaluación y estudio de procedencia de la propuesta, así como de la solidez e idoneidad de las variables tenidas en cuenta para la estructuración financiera de la misma, fueron de conocimiento y estudio de la ANI quien, una vez validadas y dados por ciertos los



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

supuestos y premisas esenciales del CASO BASE del Proyecto, impartió su aprobación, declaró su factibilidad y celebró con el hoy Concesionario el Contrato de Concesión respectivo.

- La ANI no cumplió con su obligación de entregar las estaciones de peaje en operación y ceder los derechos de recaudo al Concesionario con el fin de retribuir al particular la ejecución del contrato.

1.3. TERCERA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió con la obligación de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con relación a los peajes Yucao y Casetabla pactada en la CLAUSULA SECUNDA del OTROSÍ NÚMERO 3 de fecha 2 de junio de 2016.

La reconvenida afirmó que la pretensión carecía de sustento y su supuesto fáctico no era cierto. Indicó que estaba acreditado en el proceso, mediante los considerandos de la Resolución 1130 de 2015 y con el otrosí No. 3, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario. Agregó que de acuerdo con el Otrosí No. 3 se había impuesto la obligación de socialización del esquema tarifario en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, la cual estaba en cabeza de la ANI.

1.4. CUARTA. Que se declare que como consecuencia de la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 resultante de la concertación con autoridades locales realizada únicamente por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, no se configuraron los supuestos fácticos que ameritaran necesidad alguna de modificar las premisas de ejecución del contrato por lo que no se cumplió la condición para el nacimiento de la obligación de definir un caso base.

La reconvenida observó que la pretensión era impróspera, toda vez que:

- La implementación del esquema tarifario era responsabilidad de la ANI y en su socializa también participó el concesionario.
- La obligación de revisión del caso base pactada en el otrosí No. 3 no esta sujeta a ninguna condición. Es una obligación cierta, plena y exigible y no se sujetó a la implementación de las tarifas.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- Si llegara a concluirse que la revisión del caso base dispuesta en el otrosí No. 3 estaba sometida a condición, ella se verificó con la expedición de la Resolución 0331 de 2017, mediante la que se derogó la implementación tarifaria contractual.

1.5. QUINTA. Que se declare que en cualquier caso las variaciones del esquema tarifario no configuran condición para la elaboración de un caso base al encontrarse previstas dentro del contrato, y al haberse asignado expresamente el riesgo tarifario.

Consideró la reconvenida que existía una indebida acumulación en las pretensiones 4 y 5 principales. Advirtió, además, que compartía la pretensión del reconviniente en el sentido que la necesidad de revisión del caso base pactada en el otrosí No. 3 no estaba sujeta a la implementación del esquema tarifario.

1.6. SEXTA. Que se declare que en cualquier caso, el diferencial tarifario derivado de la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y el incumplimiento de sus obligaciones de socialización, no forma parte del riesgo tarifario asignado a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

1.7. SÉPTIMA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. está obligada a asumir el diferencial tarifario derivado del incumplimiento de sus obligaciones de socialización y la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por hechos imputables a ella.

Advierte que no es cierto (aparentemente el supuesto fáctico de la pretensión) por que la imposibilidad de implementar el esquema tarifario es atribuible exclusivamente a la entidad contratante. Aseguró, además, que en comunicación del 6 de mayo de 2016 (No. 2016-306-012015-1), la ANI ordenó al Concesionario mantener el esquema tarifario anterior, es decir, solicitó no dar aplicación a las tarifas de peaje contractualmente pactadas y definidas en la Resolución 1130 de 2015.

1.8. OCTAVA. Que se declare que el retraso en la iniciación de la etapa de construcción es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente planeación con relación a la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

viabilidad financiera del proyecto, teniendo en cuenta que el riesgo financiero se trata de un riesgo legal y contractualmente asignado al concesionario.

Indicó la reconvenida que el Concesionario cumplió integralmente con su gestión financiera, en los términos y con la extensión permitida por la ley y el contrato, con plena asunción del riesgo que le fuera asignado. Cosa distinta es que el Concesionario no hubiera podido tener acceso a los recursos de financiación del Proyecto por las circunstancias que afectan su desarrollo y que nada tienen que ver con su gestión.

1.9. NOVENA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

1.9.1 PRIMERA CONSECUENCIAL A LA NOVENA PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión causando un perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA consistente en el costo financiero de la inversión, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

La reconvenida afirmó que no son ciertas las referencias efectuadas al otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 004 de 2015. Al respecto aseguró:

a) Las obligaciones del Concesionario relacionadas con la acreditación del cierre financiero, sólo serían exigibles por la entidad a partir del 22 de diciembre del año en curso, siempre que para entonces se hubiera obtenido la solución judicial de la ejecución del Contrato. De lo contrario, las partes debían pactar las condiciones de ejecución hasta tanto se produjera el laudo definitivo que pusiera fin al proceso. Y en cualquier caso, NINGUNA OBLIGACIÓN le era predicable a este Concesionario antes del 22 de diciembre de 2017, o de la expedición del Laudo arbitral.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- b) El "costo financiero" de una inversión solo le es predicable a aquel que la realiza. No se entiende la petición, puesto que la obligación es del Concesionario PARA EL PROYECTO. No se trata aquí del pago de una obligación dineraria, como pareciera malentenderlo el señor apoderado de la entidad.
- c) En el cumplimiento de la obligación de Cierre Financiero del Proyecto, NO SE CAUSA NI SE REALIZA INVERSIÓN ALGUNA. La misma consiste, simple y llanamente en la acreditación por el Concesionario de que OBTENDRÁ los recursos de financiación. Se trata de un compromiso DOCUMENTAL que no implica desembolso ni inversión alguna.
- d) Por último, no se entiende si lo que reclama la ANI es a título de indemnización o compensación. No lo dice. Pero en cualquiera de esas hipótesis, no ha probado (y mal pudiera hacerlo) perjuicio ni derecho compensatorio alguno, razón por la cual, sería improcedente la condena a una indemnización y mucho menos a una compensación.

Finalmente señala la reconvenida que el cierre financiero no ha sido obtenido debido a la caída del tráfico y, consecuentemente, de los ingresos del proyecto y por la imposibilidad de aplicar las tarifas contractuales en los peajes de Yucao y Casetabla.

1.10. DÉCIMA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió la obligación del tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.10 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK.

1.10.1. PRIMERA CONSECUENCIAL A LA DÉCIMA PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión causando un perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA consistente en el costo financiero de la inversión.

Advirtió que mal puede solicitar la ANI Tribunal una declaración de incumplimiento contractual cuando: (i) No había ocurrido el hecho en cuestión; y (ii) No se habían agotado los procedimientos previstos en el contrato para imputar al Concesionario incumplimiento de sus obligaciones y deducir las consecuencias. Todo ello, violenta el



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

debido proceso, desconoce el mandato legal sobre la buena fe contractual e implicaría responsabilidades procesales para la entidad, en cuanto pretendería cobrar DOS veces y en DOS escenarios hechos idénticos.

Señaló, igualmente, que no es cierto que el Concesionario tenga un beneficio financiero por el no desembolso del tercer giro del *equity*.

1.11. UNDÉCIMA Que se declare que el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 y cualquier acto precontractual proferido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente nos atenemos.

Afirmó la reconvenida que, en principio, la pretensión podría ser “coadyuvada”, pues la ANI efectivamente asumió los riesgos asignados a ella, en su condición de entidad estatal. Agregó que el riesgo de tráfico fue asumido por el concesionario, pero de modo previsible, asignable y cuantificable como lo ordena la ley. De allí que la variación prevista y estimada desde la estructuración correspondiera a una variación norma del 5%.

1.12. DECIMOSEGUNDA. Que se declare que al haber estructurado el proyecto, la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, la previsión de riesgos así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden.

La reconvenida remitió a lo indicado en otras oportunidades sobre la independencia del origen del contrato de concesión (pública o privada) y su carácter de contrato estatal.

1.13. DECIMOTERCERA. Que se declare que las condiciones económicas al momento de la celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se han mantenido durante su ejecución.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Observó la convocante que el supuesto fáctico no era cierto y que, por el contrario, las condiciones económicas del contrato se han agravado, para efectos de lo cual transcribió apartes del dictamen de parte aportado por ella y elaborad por Alberto Carrasquilla.

1.14. DECIMOCUARTA. Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del contrato, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, se produjo antes del 5 de mayo de 2015 fecha de celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

1.14.1. DECIMOCUARTA A SUBSIDIARIA PARTICULAR. En subsidio de las anteriores, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 corresponde, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a la SOCIEDAD CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

1.14.2. DECIMOCUARTA SUBSIDIARIA PARTICULAR CONSECUCIONAL. En consecuencia de la anterior, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción un riesgo previsto o en cualquier caso razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy contratista SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

Indicó la reconvenida que el supuesto fáctico en el que se apoya la pretensión decimocuarta no es cierto y, por lo tanto, no podría prosperar. Señaló sobre el particular que si bien se aportaron con la propuesta documentos que demostraban la intención cierta del sector bancario de financiar el proyecto, la permanencia y estructuralidad de la variación negativa de las condiciones macroeconómicas dieron al traste con la financiación. Se trata de la irresistibilidad de los efectos.

En relación con la pretensión 14 subsidiaria, además de indicar que la ANI no había señalado de cuál pretensión era subsidiaria, señaló que no eran ciertas las afirmaciones efectuadas por el apoderado de la ANI, pues el ordenamiento jurídico no asigna riesgos relacionados con el cierre financiero de un contrato de concesión. Precisó que el



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

concesionario había asumido el riesgo de financiación, pero no más allá del 5% previsto en las bases económicas de su celebración.

Frente a la pretensión subsidiaria contenida en el numeral 1.14.2, indicó la reconvenida que el originador no era el contratista. Agregó que la situación estructural que afecta el proyecto no era previsible para el Originador y mucho menos para la Sociedad Concesionaria. La variación prevista por el Originador, jamás cuestionada por las partes contractuales, en razón de su imprevisibilidad, fue del 5%, respecto del tráfico medido para la estructuración del Proyecto.

1.15. DECIMOQUINTA. Que se declare que se ha mantenido el equilibrio económico durante toda la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 desde su celebración.

1.16. DECIMOSEXTA. En consecuencia, que se declare que no procede la revisión, ni mucho menos la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2005 al no haberse configurado la teoría de la imprevisión, y al no haberse extinguido sus obligaciones.

Aseguró la reconvenida que los supuesto fácticos de las pretensiones 15 y 16 no son ciertos, pues el contrato no ha podido iniciar su fase de construcción de la etapa preoperativa, debido a las circunstancias que invoca el Concesionario como fundamento de sus pretensiones de revisión del contrato. Observó que en los términos del otrosí No. 6 si cumplido el año, contado a partir de su suscripción, no se tenía definición judicial o acordada, ellas debían pactar las condiciones de ejecución, mientras se obtenía el pronunciamiento arbitral o se suscribía el acuerdo conciliatorio, ambas conscientes de la imposibilidad de ejecución del Contrato en las condiciones iniciales previstas en su texto al momento de su celebración.

1.17. DECIMOSÉPTIMA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.18. DECIMOCTAVA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 al ser de cuarta generación no contempla la obligación de garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- A NI, o un valor estimado que genere prestación alguna en favor de la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

La reconvenida indicó que el Contrato no "contempla la garantía de ingreso mínimo", pero que los riesgos contractualmente asignados sobre la materia, cuyo límite expreso, acordado y aceptado por las partes, es el 5% de variación, en lo desfavorable, puesto que en lo favorable, esto es de exceder el ingreso (por variaciones positivas en el tráfico del proyecto), el Contrato terminaría una vez se adquiriera por el Concesionario el VPIP, de modo que el mismo convenio impediría que el Contratista pudiera lucrarse más allá de lo previsto (VPIP) en caso de excederse por lo positivo los ingresos derivados de la operación.

Aseguró que más allá del 5% pactado se estaría en el terreno de la imprevisión, que daría lugar a activar los mecanismos legales y contractuales para mantener las condiciones en las que se celebró el contrato. Agregó que si bien en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 no se pactó garantía de Ingreso Mínimo Garantizado, el Concesionario tiene derecho a percibir el VPIP pactado, en los términos previstos en la Sección 3.5 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

1.19. DECIMONOVENA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se encuentra en etapa la etapa de ejecución denominada pre construcción.

La reconvenida acepta el supuesto fáctico y agregó que ello es así por la voluntad expresa de las partes contenida en los otrosíes 5 y 6 del contrato de concesión y el acta de entendimiento del 28 de julio de 2017.

1.20. VIGÉSIMA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes magnitud de variación del riesgo comercial, financiero o de tráfico.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.21. VIGESIMOPRIMERA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes porcentajes de asunción del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

Afirmó la reconvenida que en lo que refiere a la estimación del tráfico del Proyecto, a los efectos de las variaciones constitutivas del riesgo asumido por el Concesionario, ellas fueron definidas y fijadas en la Matriz de Riesgos en el 5%; en los demás aspectos, nada dijeron las partes, bajo el entendimiento que los riesgos implícitos y derivados de los mismos, se distribuirían, asignarían y asumirían de conformidad con la naturaleza estatal (conmutativa) del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 y con la ley vigente sobre la materia.

1.22. VIGESIMOSEGUNDA. Que se declare que en cualquier caso el porcentaje de 5% incluido en la matriz de riesgo no constituye magnitud de variación del tráfico sino la probabilidad de ocurrencia del evento descrito en la misma.

En relación con esta pretensión, aseguró la convocante que el riesgo asignado al Concesionario en cuanto hace a las variaciones del tráfico del proyecto, fue identificado y valorado en el 5%, tal como se establece en la Matriz de Riesgos del Contrato. No constituye el porcentaje expresado un referente, sino que corresponde al establecimiento del límite legal de asunción del riesgo.

2.1. PRIMERA SUBSIDIARIA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato, se proceda a la revisión del mismo teniendo en cuenta que cualquier modificación en la asignación de los riesgos debe traducirse en una reducción en la tasa de descuento o rentabilidad esperada en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

Señaló la reconvenida que las partes del contrato de concesión pactaron una rentabilidad –TIR del proyecto- de 11,60% y que la modificación de la asignación de riesgos no puede generar una reducción de la tasa de descuento o rentabilidad de la inversión. Aseguró, también, que el Tribunal, en caso de acceder a la revisión del contrato de concesión No. 004 de 2015, por el evidente impacto en su ecuación económica que impide su desarrollo



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

en los términos planteados, deberá restablecer el equilibrio de modo integral, habida cuenta que los hechos perturbatorios del desarrollo contractual no fueron generados por el Contratista y, por lo mismo, no pueden serle imputables sus efectos. Afirmó que la ejecución de un contrato de utilidad pública a costo y contra la propia quiebra del contratista es una medida confiscatoria del capital privado.

2.2. SEGUNDA SUBSIDIARÍA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se declare que en cualquier caso no resulta procedente la terminación del mismo.

2.3. TERCERA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, se declare que no se produce por causa imputable a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, y no configura un evento de terminación anticipada pactado en el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

La reconvenida puso de presente el artículo 868 del Código de Comercio y los efectos que el mismo prevé para el caso de presentarse la excesiva onerosidad sobreviniente. Par ala convocante lo que quiere el reconviniente con esta pretensión es que le Tribunal inaplique el contrato celebrado, en cuyo contenido se regula con precisión las prestaciones a que habría lugar para el caso de la terminación anticipada del contrato.

2.4. CUARTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación declare que no existe ningún tipo de compensación o reparación en favor del Concesionario al no tratarse de un evento de terminación anticipada del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, ni de un hecho imputable a AGENCIA NACIONAL DE ÍNFRAESTRUCTURA - ANI.

Considera le reconviniente que se trata de un pretensión confiscatoria, pues la remuneración de la inversión realizada por el concesionario en caso de terminación anticipada está regulada en el capítulo XVII de la parte general del contrato de concesión No. 004 de 2015.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.5. QUINTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, que al encontrarse el proyecto de pre construcción se aplique la fórmula prevista Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

2.5.1 QUINTA SUBSIDIARIA PRIMERA CONSECUENCIAL. En consecuencia de la anterior, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta o reconocerse al concesionario comisión de éxito alguna puesto que no se configuran los supuestos fácticos de ésta última.

Para la reconvenida resulta ininteligibles las pretensiones antes transcritas, pues no existe un proyecto de pre construcción y resultan incoherentes pues “quiere y no quiere que se aplique el contrato”. Afirmó la reconvenida que lo que en realidad pide el apoderado de la entidad al juez es la aplicación “a medias” del Contrato, y a “su manera”, lo que resulta a todas luces inaceptable en el ámbito judicial, legal o contractual.

2.5.2 QUINTA SUBSIDIARIA SEGUNDA CONSECUENCIAL. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución del contrato por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

Señaló que el concesionario no había incumplimiento ninguna de las obligaciones a él asignadas y que, aquella referida a la financiación” resultó de imposible cumplimiento.

2.5.3 QUINTA SUBSIDIARIA TERCERA CONSECUENCIAL. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución resultante de cualquier riesgo contractual o legalmente asignado a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

La reconvenida considera improcedente la pretensión, pues si se declara la terminación del contrato ello obedecería a que el Tribunal encontró fundada la solicitud del



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

concesionario y, en consecuencia, acreditada la inviabilidad financiera por haberse materializado un riesgo que rebasó los límites legales y contractuales.

Vale la pena aclarar que el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se encuentra en etapa preoperativa fase de preconstrucción por expresa voluntad de las Partes, consignada en los documentos contractuales pertinentes (VER: Otrosíes Nos. 5 y 6).

El demandante en reconvención, finalmente, planteó las siguientes pretensiones de condena:

3.1. PRIMERA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. al cumplimiento de la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

3.2. SEGUNDA DE CONDENA. En consecuencia de la anterior condénese a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al mayor valor del dinero en el tiempo, rendimiento financiero de la inversión en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento de la Obligación de Obtención de Cierre financiero correspondientes al costo financiero de la inversión.

3.3. TERCERA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. pago correspondiente al el tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, atendiendo lo pactado en el Acta de Entendimiento celebrada el 28 de julio de 2017 debidamente actualizado.

3.4. CUARTA DE CONDENA. En consecuencia de la anterior condénese a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al mayor valor del dinero en el tiempo, rendimiento financiero de la inversión en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento de la Obligación de Tercer giro de Equity correspondientes al costo financiero de la inversión.

3.4.1. SUBSIDIARIA A LA CUARTA DE CONDENA. En subsidio de lo anterior, que se condene a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida sobre el valor del tercer Giro de Equity en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En general, la reconvénida se opuso a la prosperidad de las pretensiones de condena formuladas por la ANI, con argumentos similares a los expuestos en relación con las pretensiones declarativas.

1.4.2.2. Sustento fáctico de las pretensiones y pronunciamiento de la reconvénida

La *causa petendi* de la demanda de reconvención interpuesta por la convocada, así como el pronunciamiento de la reconvénida sobre el mismo, se sintetizan como sigue:

- Antecedentes del contrato de concesión No. 004 de 2015

En relación con la presentación de la propuesta, el trámite del proceso de aprobación de la APP de iniciativa privada que no requiere desembolso de recursos públicos y su adjudicación, los hechos relacionados por la reconvéniente se identifican por los narrados por la reconvénida en su demanda. No sucede lo mismo con la interpretación de tales hechos, pues de tal hermenéutica se deriva la presente litis.

Para la reconvéniente, dado que se trata de una APP de iniciativa privada, la carga de planeación recae exclusivamente en el estructurador del proyecto, el cual es el experto y conocedor de las circunstancias particulares de la propuesta presentada. En realización con la distribución de riesgo, advirtió la reconvéniente, que ella parte de la propuesta presentada por el originador.

En punto del valor asignado en la probabilidad de frecuencia establecido en la matriz de riesgos comerciales y variación del tráfico en la escala (0%-5%), observó que ello corresponde a la valoración cualitativa que contempló el originador en su propuesta de asociación público privada de Iniciativa privada y que el valor de la probabilidad del 5% no tiene relación con el porcentaje de la reducción del tráfico. Sin embargo, en la asignación de riesgos, éste es asumido 100% por el privado, como lo contempla la sección 13.2 del contrato parte general Riesgos Asignados al Concesionario, numeral (a) xviii "Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto".

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En relación con los hitos de la etapa precontractual la reconvenida aceptó tales hechos, pero se separó de las interpretaciones efectuadas en la demanda de reconvenición sobre el contenido y alcance de las obligaciones a cargo de la entidad pública y del originador. En particular, resaltó que bajo ningún supuesto es aceptable que el Estado pretenda desligarse de sus responsabilidad legal de cumplir con su deber de planeación, so pretexto de que se trata de una iniciativa privada.

En cuanto a la asignación de riesgos, destacó la reconvenida que, en su criterio, el establecimiento del 5% en el riesgo del tráfico es un límite estimado, valorado y asumido por el concesionario, como margen de variación que no afecta la ecuación contractual y que esa situación prevista en la matriz de riesgos se desbordó y la reducción del tráfico superó sustancialmente el 5% contemplado en la estructuración en más de un 40%. Advirtió, también, que la matriz de riesgos y el procedimiento para establecer la probabilidad de ocurrencia y la valoración del riesgo corresponde a la definida en la publicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público “Obligaciones Contingentes: Metodología del Caso Colombiano” publicado en agosto de 2012, y la asignación del riesgo se encuentra definida por los Documentos de Política Conpes emitidos en el marco de la estructuración de los Proyectos de cuarta generación de concesiones viales como son los Documentos CONPES 3714, 3760 y 3800 entre otros y la Resolución 3656 de 2012 en cumplimiento de lo indicado en la Ley 80 de 1993, Ley 448 de 1998 y Ley 1150 de 2007.

- El contrato de concesión No. 004 de 2015 y su ejecución

Tal como sucede para la fase previa al contrato, la reconviniendo realizó un relato, en cuanto a los hitos de la celebración y ejecución del contrato similar al efectuado por la parte actora y demandada en reconvenición, de los que se destacan las interpretaciones de la reconviniendo frente al contenido y alcance de tales hechos, en especial de los actos contractuales a la luz de la legislación correspondiente.

Puso de presente, igualmente, las obligaciones de socialización que, en su concepto, eran de cargo del originador/concesionario para efectos del incremento de tarifas y la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

instalación de nuevas estaciones de peaje, así como la celebración de los otrosíes 3, 5 y 6 al contrato de concesión.

La reconviniendo, puso de presente la siguiente circunstancia fáctica:

Es pertinente recalcar un elemento fáctico transversal a la adjudicación, celebración y ejecución del contrato. Para esta fecha las condiciones económicas con relación al precio WTI y Brent de Petróleo ya habían cambiado. En efecto, la caída de los precios del petróleo se empezó a presentar inclusive desde tres meses antes de la adjudicación del contrato de Concesión y de su celebración efectiva. Además, es fundamental precisar la tendencia de variación del precio del crudo entre la adjudicación, la celebración y los plazos de ejecución no ha variado sustancialmente como da cuenta el comparativo de índices de precio WTI y BRENT por barril que presenta el Sistema de información de Petróleo y Gas Colombiano y la United States Energy Information Administration.

La reconvenida indicó, sobre este particular, que la base de sus pretensiones en este proceso refieren a la estructuralidad de la situación que se presentó con el precio del petróleo, lo que no fue previsto por las partes.

En relación con las obligaciones de socialización se reiteró en las afirmaciones efectuadas en otros actos procesales ya referidos en el presente concepto y que apuntan a señalar que dichas obligaciones eran de cargo de la ANI, que las que le eran predicables al concesionario habían sido cumplidas y que la entidad pública había incumplido con su obligación de fijar –o proveer por la fijación- de las tarifas contractuales.

- Incumplimiento del tercer giro del equity

La reconviniendo señaló que el 29 de mayo de 2017 se hizo exigible la obligación del tercer giro de Equity sin que el concesionario ejecutara la prestación a su cargo y, en consecuencia, a partir de dicha fecha, entró en situación de incumplimiento. Frente a este incumplimiento, se adoptaron las medidas contractuales previstas (periodo de cura). Puso de presente, igualmente, varias comunicaciones en las que el concesionario solicitó suscribir un otrosí al contrato para suspender la exigibilidad de la obligación del



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

giro del equity. En acta de entendimiento del 28 de julio de 2017, las partes acordaron suspender el periodo de cura del tercer giro de Equity, precisando que en caso de no existir una conciliación el término se reanuda a partir del 22 de diciembre del año en curso, sin que dicha acta, en concepto de la reconviniente suponga la suspensión, condonación o modificación en el alcance de la obligación.

En relación con este particular, la reconvenida aceptó la suscripción de los documentos contractuales, pero rechazó la afirmación relativa a que se encontrase en estado de incumplimiento, teniendo en cuenta que la falta de giro del equity responde a las circunstancias que motivaron presentar la convocatoria arbitral

1.4.2.3. Excepciones propuestas por la demandada en reconvenición y pronunciamiento de la reconviniente

A continuación se presentará una síntesis tanto de las excepciones propuestas por la demandada en reconvenición, como de las consideraciones que sobre las mismas expuso la convocada. En relación con el último aspecto, dada la generalidad de la afirmación de la ANI, baste anotar que indicó que carecen de fundamento fáctico y jurídico por lo que se opuso a la prosperidad de las mismas.

- Indebida acumulación de pretensiones:

Se refiere la reconvenida a las pretensiones 4 y 5 de la demanda de reconvenición, en relación con las cuales, aseguró, se encuentran indebidamente acumuladas, pues la quinta pretensión debió ser subsidiaria de la cuarta, por ser excluyentes ambas entre sí.

- El cumplimiento del concesionario de todas sus obligaciones legales y contractuales

Aseguró la reconvenida en la totalidad de las obligaciones por ella asumidas en el contrato de concesión No. 004 de 2015 y en sus 6 otrosíes han sido cumplidas cabalmente, para efectos de lo cual pone de presente un informe de cumplimiento por ella elaborado y presentado ante la ANI el 7 de noviembre de 2017.

- El incumplimiento de la ANI del contrato de concesión no. 004 de 2015

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Advirtió la convocante que a pesar de los requerimiento que efecto a la ANI para el cumplimiento de los pactos contenidos en el otrosí No. 3, la entidad persiste en su incumplimiento y prefiere que sea el juez del contrato el que la sustituya en la tarea de revisar el contrato de concesión.

Señaló, también que la ANI incumplió con sus obligaciones relacionadas con el esquema tarifario, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en otros actos procesales y que en el presente concepto han sido referidos previamente.

- La inviabilidad de ejecución del proyecto: la ocurrencia de hechos imprevisibles o la necesidad de revisión del contrato

Reitera la reconvenida su posición en punto de la imposibilidad de financiamiento del proyecto por hechos imprevisibles e irresistibles que ocasionaron una variación estructural de los supuestos del modelo financiero del contrato y que superaron los riesgos asumidos por el concesionario. En concreto, reiteró que la caída en los precios del petróleo ocasionó una disminución sustancial del tráfico del proyecto que determinó su inviabilidad. A tal circunstancia agregó la modificación de las tarifas contractuales por parte del Estado.

- Los acercamientos de las partes y los acuerdos "rotos" o la mala fe de la entidad contratante

En este acápite la reconvenida reiteró lo argumentos expuestos en la demanda principal reformada en punto de los acercamientos conciliatorios de las partes y la súbita ruptura de las negociaciones por parte de la ANI.

- Ausencia de nexo causal entre las causas que generaron un desplazamiento de la ejecución de obra y el supuesto perjuicio que reclama ANI aduciendo desplazamiento de inversión



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Aseguró al reconvenida que no había acreditación alguna del nexo causal entre el presunto desplazamiento de la inversión que fue invocado y el perjuicio a la demandante en reconvención.

- Genérica

2. CONSIDERACIONES

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El suscrito representante del Ministerio Público encuentra reunidos los presupuestos procesales que permiten falla el mérito de la presente litis por parte del Tribunal de Arbitraje, referidos a: **(i)** la competencia del Tribunal para conocer del presente asunto, pues el conflicto sometido a su consideración se enmarca dentro de lo previsto en la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión No. 004 de de 2015 y, en todo caso, no resulta violatorio de la ley en tanto de se trata se concreta en temáticas de contenido económico y de carácter disponible; **(ii)** la pertinencia de la acción incoada de controversias contractuales y la oportunidad para su ejercicio, pues el contrato de concesión se encuentra vigente; y **(iii)** la legitimación en la causa de ambos extremos procesales, los que han acudido por intermedio de sus representantes legales y apoderados judiciales debidamente acreditados y constituidos.

2.2. SÍNTESIS DEL CASO

La convocante considera que en desarrollo del contrato de concesión No. 004 de 2015 celebrado entre los extremos de la presente litis, se presentó una ruptura del equilibrio económico del negocio por dos circunstancias específicas: (i) se presentaron variaciones macroeconómicas (caída del precio del petróleo) que modificaron estructuralmente las condiciones del modelo financiero que sustentó el contrato, pues no se concretaron las proyecciones de tráfico estimadas para hacer viable el negocio y ello superó la variación



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

del 5% prevista en la matriz de riesgos para el riesgo comercial asignado al concesionario; y (ii) la ANI modificó unilateralmente el contrato en relación con el esquema tarifario que hacía viable financieramente el proyecto.

Como consecuencia de lo anterior, ante situaciones que, en consideración de la convocante, fueron imprevisibles e irresistibles, resultó imposible cumplir con su obligación del cierre financiero del contrato, pues el sector bancario se ha negado a financiar el proyecto. Señaló la convocante, también, que antes las anteriores circunstancias, particularmente la falta de respaldo del sector financiero por las circunstancias actuales del proyecto le han impedido realizar el tercer giro del equity pactado en el contrato.

Para la convocante también se ha presentado un incumplimiento de la ANI en relación con los pactos contenidos en los otrosíes 3 y 6 del contrato de concesión No. 004 de 2015, pues no ha convenido con el concesionario un nuevo caso base que permita hacer viable el proyecto y, en todo caso, actuó de mala fe durante el proceso de negociación de las modificaciones del contrato.

Dados los supuestos antes mencionados, la demandante solicita la revisión del contrato por parte del Tribunal de Arbitraje y, en caso de que ello no sea posible, proceder a declarar su terminación.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

En concepto de este agente del Ministerio Público, corresponde al Tribunal Arbitral resolver los siguientes problemas jurídicos:

- **Primer problema jurídico:** ¿La variación negativa del tráfico real frente al tráfico estimado con el que se estructuró el modelo financiero del contrato de concesión No. 004 de 2015, debido a la disminución del precio del petróleo, es constitutiva de la teoría de la imprevisión?
- **Segundo problema jurídico:** ¿La obligación de socialización de la estructura tarifaria



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

en la zona de influencia del contrato de concesión No. 4 de 2015 durante la fase de estructuración del proyecto y luego de la celebración del contrato está a cargo del originador/concesionario o de la ANI?

- **Tercer problema jurídico:** ¿Era viable la modificación de la estructura tarifaria del contrato de concesión No. 004 de 2015, sin que ello comportara su modificación unilateral contraria a los pactos contenidos en él?
- **Cuarto problema jurídico:** ¿Los otrosíes 3 y 6 al contrato de concesión No. 004 de 2015 imponía a las partes la obligación de realizar una modificación contractual para viabilizar, desde el punto de vista financiero, la ejecución del contrato?

2.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.4.1. Primer problema jurídico

¿La variación negativa del tráfico real frente al tráfico estimado con el que se estructuró el modelo financiero del contrato de concesión No. 004 de 2015, debido a la disminución del precio del petróleo, es constitutiva de la teoría de la imprevisión?

2.4.1.1. Posición de la convocante reconvenida

En primer lugar, tal como se dejó indicado en precedencia (ver *supra* numeral 1.4.12.), la convocante advirtió que la propuesta presentada por el originador para la APP-IP, así como su declaratoria de factibilidad, se produjo en el marco de las condiciones macroeconómicas vigentes en el país para al anualidad 2012-2013. Así mismo, indicó que las proyecciones efectuadas por el originador (hoy concesionario), tuvieron como fundamentos esenciales: el plan nacional de desarrollo 2010-2014 y sus presupuestos de crecimiento y expansión económica; el estudio particular y detallado de las condiciones del sector de desarrollo del proyecto y su área de influencia; y el tráfico particular y connatural al proyecto que utilizaría el corredor asociado directamente con la industria del petróleo y servicios asociados.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Indicó, también, que las perturbaciones generalizadas en la macroeconomía nacional con motivo de los trastornos de la industria Petrolera y su impacto negativo en la zona de ejecución del Proyecto, fueron conocidas por las partes al momento de la celebración del contrato, pero consideradas como coyunturales y mitigables en el desarrollo del proyecto y las mismas devinieron en estructurales, afectando de modo definitivo el esquema económico-financiero del Proyecto en Concesión, haciendo inviable su ejecución.

La imposibilidad de obtener el cierre financiero del proyecto debido a las variaciones macroeconómicas que afectaron directamente la ejecución del contrato, implican que el proyecto deba ser financiado integralmente por el consorcio, lo cual resulta inviable e insostenible. Precisó que la retribución a favor del concesionario, de acuerdo con el contrato, podría tener por fuente el recaudo de peajes o los ingresos por explotación comercial, pero que de acuerdo con el modelo de estructuración, únicamente se previeron ingresos al concesionario por concepto de recaudo de peajes.

Para la convocante la asunción del riesgo comercial por el concesionario no constituye el objeto del debate en el presente litigio, pues no niega ni desconoce la distribución de riesgos del contrato de concesión No. 004 de 2015. Por el contrario, la confirma en los términos expresamente identificados, asignados y acotados en el contrato: con el límite definido de variación hasta el 5% de las previsiones base del modelo financiero de la estructuración y es por eso que solicita la revisión del contrato, en tanto que, en su concepto, se concretó el supuesto legal contenido en el artículo 868 del Código de Comercio, pues las obligaciones de financiación del proyecto a su cargo adquirieron una onerosidad que impiden su ejecución en los términos inicialmente previstos.

Aseguró, en consecuencia, que una variación más allá del 5% en la reducción del tráfico estimado llevaría el riesgo al terreno de la imprevisión y que, en tal evento, el concesionario tendría derecho a percibir el VPIP pactado en los términos de la Sección 3.5 de la parte general del contrato de concesión.

Finalmente, advirtió la convocante que se no procederse a la revisión del contrato, de acuerdo con las cláusulas del contrato debería producirse la terminación del mismo, pues



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

los mecanismos de compensación de riesgos pactados no serían suficientes para reequilibrar la ecuación económica del negocio.

Con el objeto de fundar las consideraciones expuestas, además de las pruebas documentales aportadas, en las que se da cuenta de las manifestaciones cruzadas entre las partes en punto de la configuración o no de circunstancias sobrevinientes que habrían impactado la ejecución del contrato, fueron allegados los dictámenes financieros de parte elaborador por los expertos Julio Villareal y Alberto Carrasquilla.

El perito Carrasquilla afirmó en su dictamen que las proyecciones de tráfico y el modelo financiero de la APP presentado por Odinsa fueron consistentes con las perspectivas económicas del Gobierno Nacional y las expectativas de los expertos internaciones; las estimaciones futuras, inputs y supuestos macroeconómicos guardaban coherencia en sí mismos y estaban acordes con el comportamiento esperado de la economía nacional y regional de departamento del Meta.

Aseguró que para el 2014 (momento en el que se perfeccionaban estimativos de la factibilidad del proyecto) se observaron cambios menores en las perspectivas económicas del país y, por ende, no hay grandes cambios en los resultados asociados a las proyecciones financieras de la APP; para mayo 2015, cuando se firmó el contrato, tampoco era posible estimar un cambio en las proyecciones de crecimiento nacional y departamental que afectarían de manera estructural proyecto; y solo hasta el 2016 fue posible evidenciar cambios relevantes: caídas de precios de petróleo, alta volatilidad de los mercados financieros y caída de la demanda de los socios comerciales del país.

Señaló, finalmente, que no existe un concepto o línea de pensamiento de expertos económicos que estimen que se retornará a las condiciones económicas que hacían viable el proyecto en su fase de estructuración y firma del contrato.

Del peritaje económico-financiero rendido por el experto Julio Villareal, para efectos demostrar la estructuración de la teoría de la imprevisión, podrían destacarse la siguientes consideraciones:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- La metodología y modelaje efectuados para la estructuración del proyecto son acordes a la teoría económica y financiera razonablemente implementada en la banca de inversión y en la estructuración de proyectos.
- No existe ninguna otra fuente de ingresos para la concesión diferente al recaudo de peajes por lo cual la bondad financiera del proyecto está supeditada exclusivamente al comportamiento de esta variable. Lo anterior es relevante, pues indica que este proyecto es más riesgoso que otras concesiones que cuentan con un ingreso fijo equivalente a los aportes estatales.
- Las tarifas de peajes y el tráfico de vehículos son fundamentales para este proyecto pues determinan directamente la bondad financiera del mismo, destacando que el tráfico proyectado se considera como la variable que más aporta incertidumbre en la modelación pues es el resultado de un sin número de externalidades no controladas por el concesionario.
- El modelo financiero del proyecto contemplaba una Tasa Interna de Retorno del 11,60% efectivo anual, superior al Costo Promedio Ponderado de Capital (WACC) que fue calculado en 10,94%, lo que implica que el proyecto de inversión generaba valor al momento de su estructuración.
- Las variaciones del volumen de tráfico que se han presentado desde que se estructuró el proyecto hasta la actualidad, afectan los supuestos del modelo financiero en términos de ingreso por recaudo y, por ende, alteran su rentabilidad.
- La caída del tráfico, soportada por la menor producción del sector petrolero, se encuentra por fuera de un rango previsible estadísticamente, mostrando un comportamiento no esperado dada la situación histórica en el periodo previo a la estructuración del proyecto.
- Las condiciones de tráfico actuales generan un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR en 99% y el VPN en -\$826.497,79 millones de pesos haciendo que este proyecto pase del escenario original donde generaba valor al escenario actual donde no sólo no genera valor, sino que por el contrario destruye valor. En otras palabras, bajo estas condiciones de tráfico el proyecto no es conveniente financieramente, pues su rentabilidad no permite el pago de su financiación destruyendo valor.
- Ningún inversionista racional dispondría de recursos monetarios para fondar este proyecto debido a que la inversión necesaria no promete una rentabilidad



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

superior al costo financiación (costo de oportunidad), lo que significa que los flujos de caja generados no permitirán pagar los compromisos adquiridos con las fuentes de financiación (acreedores y accionistas). De llevar a cabo este proyecto bajo las condiciones de tráfico actuales sin realizar ningún ajuste se destruiría valor en -\$826.497,79 millones de pesos si se mantienen las tarifas del modelo o en -\$887.807,34 millones de pesos si se consideran las tarifas reales del concesionario.

2.4.1.2. Posición de la convocada reconviniante

La convocada pone de presente las recientes modificaciones relacionadas con los contratos de concesión de infraestructura y la regulación especial con que cuentan las APP de iniciativa privada, lo cual representa un nuevo enfoque en esta materia centro en la experiencia de los particulares en materia de financiación, inversión y estructuración de proyectos de gran envergadura.

Aseguró que en las APP de iniciativa privada la mayor asignación de riesgos es para el originador, pues fue él quien estructuró el proyecto, teniendo en cuenta todos los elementos técnicos, financieros, sociales y jurídicos, y se encuentra en la capacidad y en la obligación de prever las contingencias eventuales que pudieran llegar a afectar la ejecución normal del contrato.

En relación con la ruptura del equilibrio económico del contrato hizo alusión a varias sentencias del Consejo de Estado, de las que observa: i) que los casos que dan lugar a la ruptura del equilibrio del contrato son el *ius variandi*, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato; y ii) en los tres primeros casos la consecuencia que se genera es la de llevar al contratista del Estado a un punto de “no pérdida” y en el caso de incumplimiento es procedente el resarcimiento integral del perjuicio sufrido por el contratista.

Descartó la ocurrencia de una fuerza mayor para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la convocante pues no se advierte una verdadera imposibilidad de naturaleza objetiva y extrínseca. Para el caso del cierre financiero, a más de tratarse de un riesgo



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

a cargo del concesionario, este cuenta con cualquier mecanismo de financiación para lograr el cierre financiero, que de conformidad con la sección 3.9 de la parte general del contrato puede ser escogida por el contratista (prestamos bancarios, emisiones en el mercado de capitales, recursos de deuda de fondos de capital privado, las demás previstas en la parte especial del contrato).

Aseguró que los hechos que se alegan como imprevisibles por la parte demandante no son tales, pues la caída en los precios del petróleo fue anterior a la adjudicación del contrato y que para el momento de la celebración del contrato lo previsible era que el petróleo se mantuviera a la baja. Agregó que no existe demostración del nexo entre la reducción del valor del petróleo y la reducción del tráfico en el proyecto y que, en todo caso, no existe en el contrato una garantía de ingreso mínimo o de tránsito mínimo, para los tramos viales concesionados.

Para la ANI sugerir que solo se asuma un 5% de variación de tráfico es asegurar que el contrato tiene una garantía de ingreso mínimo como ocurría con los contratos de primera generación de concesiones y no tendría sentido, entonces, que los bancos no les prestaran. En concepto de la ANI, lo que la matriz de riesgos estableció en relación con el 5% fue una probabilidad de frecuencia pero nunca un límite de asunción del riesgo, pues claramente se estaría desnaturalizando la filosofía de un contrato de concesión de cuarta generación como ampliamente se ha expuesto en la presente contestación.

Finalmente, la ANI señaló que si se considera que efectivamente se presentó una circunstancia de desequilibrio del contrato no puede soslayarse el hecho de que solo puede llevarse al contratista a un punto de no pérdida y no a la terminación del contrato. En todo caso, la terminación, a la luz del principio de conservación de los contratos es la última vía. Pero, de considerarse procedente la terminación no procede la compensación solicitada por la convocante, por haberse tratado su causa de situaciones imputables al concesionario en consideración al desconocimiento del principio de planeación.

Con el objeto de sustentar algunos de los asuntos señalado en relación con este problema jurídico, la parte demandante aportó el dictamen pericial elaborado por EConcept AEI S.A.S., en el que se observa, entre otros aspectos que antes de la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

suscripción del contrato de concesión 004 de 2015 era evidente para los analistas y observadores de la economía Colombiana y debía haber sido evidente para el concesionario y para los encargados de su modelo financiero, que había un estado de cosas diferente al del año 2012, el cual no revestía carácter coyuntural (es decir de muy corto plazo) y que eran de ocurrencia recurrente y cíclica.

2.4.1.3. Concepto del Ministerio Público frente al primer problema jurídico

En primer lugar, se realizarán algunos planteamientos teóricos (A) y, seguidamente, se realizará la discusión de los planteamientos de las partes a la luz de los hechos que se advierten probados y de los planteamientos teóricos efectuados, para efectos de plantear el concepto del Ministerio Público frente al problema jurídico planteamiento (B).

A. Planteamientos teóricos

A.1. Teoría de la imprevisión

La ocurrencia de eventos sobrevinientes a la celebración de un contrato que afectan los cometidos que las partes tenía al momento de su celebración ha generado normativa, doctrinal y jurisprudencialmente, en el derecho comparado y en el nacional, las mas variadas reflexiones, mayoritariamente centradas en la tensión existente entre, por una parte, la eficacia vinculante del negocio jurídico derivada del principio de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), que se exalta como uno de los más importantes alcances de la sociedad liberal y que se recogió en la fórmula contenida en el artículo 1134 del Código de Napoleón y, por esa vía, en la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas (art. 1602 del Código Civil colombiano); y, por otra, en el principio de la justifica conmutativa que sugiere la adaptación del contrato a eventos sobrevinientes (*rebus sic stantibus*), el cual no fue recogido en los cuerpos normativos propios de los desarrollos decimonónicos⁵.

⁵ Chaime Gandur, José Félix. “La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship”. Universidad Externado de Colombia. 2013. Pp. 260.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Dogmáticamente la doctrina de la desaparición de la base del negocio parte del §242 del BGB alemán y forma parte actualmente del panorama jurídico. En Holanda se recoge en el art. 6:258 del BW bajo la expresión de “circunstancias imprevistas”. El agravamiento excesivo de la prestación (*excessivamenten onerosa*) está recogido en el artículo 1467 del *código civile* y su recepción en el *common law* se hizo por la vía de la denominada teoría de la frustración del contrato (*frustration of contract*)⁶.

La influencia del Código Civil italiano de 1942 en nuestro medio fue, sin duda, el determinante para la inclusión de la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico nacional por la vía del artículo 868 del Código de Comercio:

Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá esta 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.

Como reflejo indudable de los desarrollos jurisprudenciales, en materia administrativa la teoría de la imprevisión encuentra recepción en el artículo 5.1. de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor, los contratista tendrán derecho a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables. Esta disposición, y la regulación general que sobre desequilibrio económico se dispone en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, comporta una respuesta más comprensiva y vigorosa que la que existe en el ámbito de la contratación privada para los desajustes sobrevinientes en la economía del contrato⁷, lo que ha supuesto que los desarrollos

⁶ Zimmermann, Reinhard. “Estudios de derecho privado europeo”. Ed. Civitas. Trad. Natoni Vaquel Aloy. Madrid. 2000. Pp 141 y ss.

⁷ Silva García, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. En *Revist@ –Mercatoria Vol.*, Núm. 2. Año 2007. Universidad Externado de Colombia.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

jurisprudenciales más importantes sobre este particular hayan tenido lugar en la jurisdicción contencioso administrativa, incluida la arbitral referida a contratos estatales⁸.

Esta teoría puede entenderse como la ocurrencia de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración de un contrato, ajenos a las partes, y que afectan el equilibrio económico de las prestaciones de manera grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución. El profesor Libardo Rodríguez la define en los siguientes términos:

...es uno de los eventos en que se puede presentar una ruptura en el equilibrio económico del contrato administrativo –y aún en el moderno contrato de derecho privado-, es decir, se trata de una de las causales de rompimiento de la ecuación contractual que se presenta por situaciones imprevistas, exógenas a las partes y posteriores a la celebración del contrato, que generan una alteración anormal en la economía del mismo, haciéndolo más gravoso⁹.

A.2. Requisitos de la teoría de la imprevisión

En general, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, la teoría de la imprevisión se presenta cuando concurren las siguientes condiciones¹⁰:

- Que se trate de un hecho que se concrete con posterioridad a la celebración del contrato: Debe tratarse de una circunstancia sobreviniente al perfeccionamiento de

⁸ Rodríguez R. Libardo “El equilibrio económico en los contratos estatales”. Segunda edición. Ed. Temis. 2012, quien advierte (pp. 108): “Con posterioridad a la norma transcrita [artículo 868 del Código de Comercio], hasta donde tenemos conocimiento, la jurisprudencia ordinaria no ha aplicado en un caso concreto la teoría de la imprevisión, es decir, no existen pronunciamientos de la justicia ordinaria que ordenen la revisión del contrato por el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hagan más oneroso el cumplimiento del contrato.// En cambio, la jurisprudencia administrativa, (...) desde la admisión de la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato administrativo en los años setenta y, especialmente, a partir de la expedición de los primeros estatutos de contratación administrativa (...), ha venido aplicando de manera sistemática la teoría de la imprevisión como causal específica de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo”.

⁹ *Ibidem*, pp. 103.

¹⁰ Ver, entre otras las sentencias: 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, expediente 5295; de 16 de abril de 1991, expediente 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, expediente 10151, y de 29 de mayo de 2003, expediente 14577.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

la relación contractual y, por lo tanto, la alteración de las condiciones previstas por las partes debe darse con posterioridad a la existencia misma del contrato.

- Que se presente un hecho ajeno a las partes: La circunstancia sobreviniente no puede ser atribuida a acciones u omisiones de alguno de los extremos del contrato y, en tal sentido, la parte que pretenda beneficiarse de los efectos de la teoría de la imprevisión debe demostrar que el hecho que afectó la relación comercial no le es atribuible fáctica o jurídicamente. Ese requisito permite distinguir la teoría de la imprevisión de otros eventos de desequilibrio económico como el *ius variandi* o el hecho del príncipe.
- Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes: El hecho que afecta la economía del contrato no puede ser de aquellos que con mediana diligencia y cuidado puedan ser advertidos por las partes al momento de proponer o contratar, pues de lo contrario ello comportaría una falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, quien no podría verse beneficiada por los efectos de la teoría de la imprevisión, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

En este punto es importante señalar que la imprevisibilidad se puede referir tanto al evento en particular, como a sus efectos, pues puede que habiéndose previsto un hecho dado, sus efectos en la relación contractual no podría haberse anticipado¹¹.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, exp. 51526: “En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.// Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.// Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato que dificulta su ejecución: Corresponde a la parte que alega el hecho sobreviniente, demostrar que el mismo generó una modificación, alteración o variación sustancial de la conmutatividad del contrato que comporta una excesiva onerosidad prestacional, al punto que el sinalagma de la relación se resquebraja y comporta para quien debe asumir la carga un esfuerzo que no tiene consideración alguna, desde el punto de vista de la justicia contractual, en tanto ningún beneficio reportará por su ejecución y, por el contrario, podría terminar afectado su propio patrimonio para cumplir con la prestación respectiva. En este punto, conviene señalar el cumplimiento de la prestación no se hace imposible, sino en exceso difícil, para el deudor.

A.3. Teoría de la imprevisión y la fuerza mayor

Es importante precisar que no deben confundirse la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, por cuanto la primera corresponde a “...un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato”, por cuanto se tornan imposibles, “constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo”, por lo cual el incumplimiento surgido de la fuerza mayor, es distinto de la situación que se presenta en la aplicación de la teoría de la imprevisión, “...puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible”, y por lo tanto, tiene derecho a la compensación correspondiente¹².

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 1993 ,pp. 505: “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



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

A.4. Teoría de la imprevisión y distribución de riesgos

Por otra parte, debe indicarse, también, que la distribución de riesgos contractuales ordenada por la Ley 1150 de 2007 no excluye la procedencia de la teoría de la imprevisión, aunque su finalidad es limitar y reducir su aplicación dentro de la relación contractual, dado que su asignación persigue que las partes identifiquen aquellos hechos o sucesos cuya presentación incide en el cumplimiento de sus prestaciones o las hacen más onerosa, por manera que desde el inicio tengan claridad sobre ellos y sus efectos, esto es, les resulten previsibles y, por lo mismo, constituyan una carga que debe soportar una de ellas en caso de su advenimiento, sin que le sea pretender o reclamar indemnización alguna a su contraparte.

Para la procedencia de la teoría de la imprevisión deberá el contratista, entonces, demostrar que el riesgo que se materializó es externo, extraordinario e imprevisible y que no se le asignó o que superó en sus efectos al asignado. Deberá acreditar, que el riesgo afectó la ejecución del contrato y representó un costo excesivo su ejecución, al punto que rompió el sinalagma contractual.

A.5. Efectos de la teoría de la imprevisión

En cuanto a los efectos de la teoría de la imprevisión, baste precisar que desde 2004¹³, la jurisprudencia contencioso administrativa ha consolidado su jurisprudencia –y con ella la de la justicia arbitral- en punto de considerar que frente a hechos imprevisibles que alteren gravemente la conmutatividad de las prestaciones de las partes por hechos no atribuibles a ninguno de los sujetos contractuales, la administración está en la obligación de compensar la afectación patrimonial hasta el “punto de no pérdida”, por lo que no

fundamentalmente: a) en lo que respecta a la ‘ejecución’ del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera ‘definitiva’, ‘la teoría de la imprevisión’ sólo es aplicable cuando tal trastorno es ‘temporario’ o ‘transitorio’.”

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

surgiría ninguna obligación de garantizar la utilidad esperada o, en otros términos, de reparar el daño integralmente, pues el mismo no le es atribuible.

A.6. Principio de planeación y Asociaciones público privadas de iniciativa privada

Finalmente, antes de entrar a estudiar los argumentos de las partes y las pruebas allegadas al proceso, para resolver el primer problema jurídico, es necesario poner de presente las condiciones particulares que comporta la fase de planeación en este tipo de procesos y el contenido y alcance de las obligaciones y cargas de los sujetos negociales a este respecto.

Lo primero que debe indicarse es que los esquemas de Asociación Público Privada, como modelos de financiamiento de proyectos de naturaleza pública (art. 1, Ley 1508 de 2012), ponen de presente los nuevos esquemas de gestión pública en los que el Estado pasa de ser ejecutor y experto de las mas variadas empresas, a director y controlador de las mismas para el cumplimiento de los fines estatales, con la colaboración especial y esencial de los particulares quien son los sujetos cualificados, por su experticia, para acometer las actividades que se requieren para satisfacer el interés público. Mediante este modelo, generalmente instrumentalizado en contratos de concesión, es posible superar problemas de eficacia y eficiencia en la gestión de la administración y así como dificultades asociadas a la inflexibilidad de los presupuestos públicos.

Para los gobiernos de todo el mundo, la promesa del modelo de las Asociaciones Público-Privadas (APP) está en su utilidad como mecanismo para financiar infraestructura pública. Al mismo tiempo los arreglos de APP apalancan las destrezas gerenciales y técnicas del sector privado para proporcionar servicios públicos esenciales de una forma más eficiente y más eficaz, en muchos caso. Al compartir el riesgo y la recompensa, las APP han facilitado el desarrollo de infraestructura esencial, a pesar de los presupuestos gubernamentales agotados y las limitaciones de capacidad¹⁴.

¹⁴ Economist Intelligene Unit. "Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. Infrascopes 2012. Febrero de 2013. Pp. 8.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

No obstante lo anterior, las APP también pueden presentar desventajas, particularmente cuando el análisis sobre su conveniencia y pertinencia no es riguroso en el caso concreto y, por ejemplo, se asumen riesgos fiscales desmedidos¹⁵. Igualmente, pueden presentar inconvenientes por: altos niveles de inversión para la estructuración contractual, técnica y económica; marcadas asimetrías de la información, dado que el sector privado suele contar con mayores recursos financieros y humanos; los impactos fiscales de contingencias e imprevistos no son adecuadamente cuantificados teniendo en cuenta su probabilidad de ocurrencia; al tratarse de contratos de largo plazo sus condiciones iniciales pueden variar y ello requiere de renegociaciones y mayores costos de transferencia, etc.¹⁶

Dada la complejidad de las actividades que se asumen con este tipo de asociaciones y los riesgos de su implementación, es evidente que el proceso de planeación de las mismas comporta un rigor especial.

En relación con el principio de planeación en la contratación pública, a más de poner de presente su estrecho vínculo con los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, eficacia y eficiencia, así como su necesaria observancia en la actividad contractual del Estado para efectos de dar cumplimiento a los fines de la contratación tanto desde el punto de vista público como privado, es importante subrayar un cambio de visión que sobre este particular viene observándose en la jurisprudencia contencioso administrativa, la que, sin dejar de exigir al Estado el cumplimiento de esta especialísima carga, ha empezado a considerar, con buen tino, que la misma también es predicable de los contratista del Estado¹⁷. Al respecto ha señalado:

En esa dirección, la Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de

¹⁵ Comisión de las Comunidades Europeas. “Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”. Bruselas. 2004. Pp.

¹⁶ Alborta, Guillermo y otros “Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras. Documento de debate No. IDB-DP-195. Noviembre de 2011.

¹⁷ Posiblemente resultaría más pertinente aludir a las cargas de diligencia, buena fe, sagacidad, etc., más que al principio de planeación dado que se trata de particulares.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal¹⁸.

Y en punto de las Asociaciones Público-Privadas, recientemente sostuvo la alta Corporación¹⁹:

15.- Al esquema de APP le es aplicable el principio de planeación tal como ha sido afirmado en el régimen de contratación estatal en Colombia. Para poder determinar cómo opera en este esquema se precisa delimitar el alcance del principio de planeación.

(...)

21.- Examinados los instrumentos normativos del principio de planeación se puede deducir que el legislador indica con claridad a los responsables de la contratación estatal [administraciones y funcionarios públicos, así como sujetos privados interesados en participar] ciertas reglas, estándares y criterios que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual, como expresión de la planeación.

22.- Por ejemplo, examinadas la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Único 1082 de 2015 se encuentran criterios técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos de condiciones, de definición y delimitación de riesgos, entre otros, que deben observarse previamente tanto por las autoridades públicas, como por los sujetos privados que pretendan participar en los procesos de contratación pública, para dar cabal cumplimiento con el principio de planeación contractual. **Se trata, pues, de**

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2016, exp. 34.454. Ver también: sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 33.223; sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.288.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2018, exp. 57421.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas, lo que es aplicable a los esquemas APP en su estructuración, especialmente cuando se plantea una iniciativa privada por un originador y debe surtir la etapa de pre-factibilidad.

23.- Aún más, de no considerarse debidamente el principio de la planeación en la estructuración de los procesos contractuales o de los esquemas de APP, se pone en cuestión la configuración objetiva de la conmutatividad que le es inherente, y todo lo que implica en la construcción, regulación o extinción de las relaciones jurídicas patrimoniales, dado que no se corresponderá con un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público. Con otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal y los esquemas que derivan en el mismo como las APP no sean el producto de la improvisación o de la mediocridad.

(Se destaca)

Es evidente, con lo que se deja transcrito, el cambio de paradigmas en materia de contratación estatal, en punto de la consideración sobre el contenido y alcance de las obligaciones de los particulares, que más que una parte sometida al imperio del Estado, ha pasado a jugar un papel determinante como su socio estratégico en el cometido de sus propósitos, lo cual, en todo caso, también general una revisión del alcance de sus responsabilidades como experto en temáticas en las que la administración pública no lo es.

Esta posición jurisprudencial también es acompañada, al momento de estudiar el modelo de las iniciativas público-privadas por un sector de la doctrina, la cual considera que bajo este especial esquema de ejecución de proyecto de gran trascendencia, las actividades de planeación que en algún momento de la contratación estatal eran de reserva exclusiva del Estado, ahora son compartidas con los particulares o, incluso, de responsabilidad exclusiva del Estado. Por su pertinencia, dejamos transcrita, en extenso, la siguiente cita:

...cabe preguntarse si esa lógica de responsabilidad de la Administración Pública por los efectos de la indebida planeación del contrato se mantiene cuando se trata



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

de contratos que instrumentan asociaciones público-privadas que ha sido precedidos de una iniciativa privada. En efecto, como tuvimos oportunidad de analizarlo atrás, las iniciativas privadas supone que la estructuración de los contratos se realice por parte de agentes privados, “por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de estructuración, como bien lo determina el artículo 14 de la Ley 15089 de 2012.

De acuerdo con lo anterior, si, como lo expusimos antes, la responsabilidad que tradicionalmente se les asigna a las entidades estatales por la indebida o la falta de planeación de los contratos se deriva de las acciones y omisiones en el cumplimiento de los deberes legales de planeación, dado que en las asociaciones público-privadas celebradas previa iniciativa privada la carga de la planeación está en cabeza del agente privado, la consecuencia natural consistiría en que esas acciones u omisiones que pueden dar lugar a la responsabilidad contractual son atribuibles al originador privado, de tal manera que este sería el único responsable de los perjuicios derivados de la indebida planeación.

No obstante, dicha conclusión parece en exceso ligera, pues lo cierto es que, según la regulación legal y reglamentaria del procedimiento de formación del contrato estatal previa iniciativa privada, la Administración Pública participa de cierta manera en la configuración del negocio jurídico. En efecto, la culminación tanto de la etapa de prefactibilidad como de la etapa de factibilidad depende de la decisión de la entidad estatal en el sentido de decir, en fa se prefactibilidad, que es de interés de la entidad estatal y, en fase de factibilidad, que el proyecto es viable y acorde con los intereses y políticas públicas (arts. 15 y 16 de la Ley 1508 de 2012).

Como se ve, la entidad estatal también tiene una cierta participación en la formación del contrato previa iniciativa privada, pues aunque no realice propiamente la planeación del negocio jurídico, sí tiene dentro de sus deberes hacer una revisión de que lo presentado sea de interés públicos y que sea viable en su ejecución desde los puntos de vista técnico, económico, financiero, ambiental, administrativo, jurídico, etc. Así las cosas, en nuestro criterio, esas verificaciones que debe hacer la Administración Pública la hacen, de alguna manera, responsable por la planeación del contrato o, al menos, atenúan la responsabilidad del agente privado que presenta la iniciativa privada y eventualmente celebra el contrato de manera posterior.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Así, los deberes legales de las entidades estatales en la fase de formación de los contratos que instrumentan asociaciones público-privadas previa iniciativa privada impiden considerar que se considere [sic] que las actuaciones administrativas en dicho periodo son intrascendentes, pues lo cierto es que, si en esa etapa se evidencian defectos de planeación que aparecen de bulto, la decisión que se esperaría de la Administración sería la de no continuar con el procedimiento, de tal manera que jamás se llegue a la celebración del contrato. En consecuencia, el ámbito de responsabilidad por la falta o indebida planeación por parte de la entidad estatal se limita a la verificación de la inexistencia de errores evidentes y de bulto en el proyecto puesto a su consideración, no tanto en los errores de cálculo o los errores en los detalles presentados por el agente privado.

Se trata simplemente de la aplicación elemental del principio de la buena fe en la fase de la formación de los contratos, pues lo cierto es que, en virtud del citado principio, antes del perfeccionamiento del contrato, las partes deben actuar con lealtad y honestidad hasta el punto que “la buena fe, precisamente, impone a la parte comportarse lealmente, y, además, hacer lo necesario para salvaguardar la utilidad de la otra dentro de los límites de un razonable sacrificio”.

Sin perjuicio de la anterior precisión, lo cierto es que **la responsabilidad derivada de la indebida o la falta de planeación de los contratos que instrumentan asociaciones público-privadas previa iniciativa privada, en principio, corresponde exclusivamente al agente privado que estructuró el proyecto de inversión, pues es a dicho agente a quien le corresponde hacer todos los estudios que permitan garantizar la viabilidad de la ejecución del contrato y que permitan evidenciar que no se trata simplemente de una improvisación**; luego son sus acciones u omisiones las que pueden dar lugar a comprometer su responsabilidad. De esta manera, la responsabilidad de la entidad estatal se limita a advertir errores evidentes que, desde la formación del contrato, permitirían saber que el contrato es imposible de ser ejecutado o, al menos, que su ejecución no podría darse en los términos planteados por el agente privado²⁰.

²⁰ Santos Rodríguez, Jorge Enrique “Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional”. En Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII jornadas internacionales de derecho administrativo. Montaña Planta Alberto y Rincón Córdoba Jorjue Iván, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2017. Pp. 699-700.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

(Se destaca)

B. Discusión y concepto sobre la solución del problema jurídico

- Se encuentra demostrado en el proceso y es un asunto que no se encuentra en discusión por las partes que el 20 de abril de 2012 el Grupo Odinsa S.A. presentó ante la ANI una propuesta de APP – IP que no requiere desembolsos de recurso públicos para su ejecución, que pasó a etapa de factibilidad el 6 de noviembre de 2012. El 5 de febrero de 2015 se aprobó la factibilidad y el 9 de abril de 2015 fue adjudicado el contrato de concesión, que finalmente se celebró el 5 de mayo de 2016.
- Se encuentra demostrado en el proceso y es un asunto que no se encuentra en discusión por las partes que dentro del proceso de estructuración del proyecto adelantado por parte del originador (hoy concesionario) fueron elaborados los estudios de tráfico que permitieron estimar las variables financieras aprobadas por la ANI para dar viabilidad al proyecto de APP – IP.

En relación con este hecho, es importante poner de presente que de los documentos aportados al proceso y el peritaje de Valora permiten tener por demostrado que desde marzo de 2013 hasta diciembre de 2014 se ajustaron los estudios de tráfico del proyecto (pp. 96-ditamen Valora). Del dictamen de Valora se tiene por demostrado que el modelo financiero acogió como escenario base de las proyecciones de tráfico corresponde al escenario alto-optimista del estudio de tráfico de Concol, el cual tenía dos escenarios más: base y bajo. Así lo ilustró el perito Valora:

Tabla 51. Relación Escenarios Modelo Financiero Vs Escenarios Estudio de Tráfico Concol



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Escenario Financiero	Modelo	Escenario Concol	Estudio
BASE		ALTO	
MEDIO		BASE	
CONSERVADOR		BAJO	
BIB		No se identifica	

De este dictamen también se deriva que respecto de las estimaciones de tráfico del proyecto que sustentaron el modelo financiero se ha presentado una variación en el recaudo del -45% en el tráfico real.

- Se encuentra demostrado en el proceso y es un asunto que no se encuentra en discusión por las partes, que si bien el proyecto podría tener como fuentes los ingresos por la explotación comercial, así como los ingresos por el recaudo peajes - sección 3.1. (a) y (b), el modelo financiero solo optó por la segunda de las fuentes enunciadas (Peritaje J.Villareal – Peritaje Valora), por lo que, como lo señala el perito J.Villareal, la bondad financiera del proyecto está supeditada exclusivamente al comportamiento de esta variable, que es la que más aporta incertidumbre, y es “mas riesgoso” que otras concesiones que cuentan con aportes públicos.
- Si bien existe discrepancia entre la partes sobre este asunto, del peritaje de J.Villareal se advierte que el comportamiento del mercado del petróleo tiene relación con el comportamiento del tráfico en los corredores viales objeto del contrato de concesión No. 04 de 2015 y, en consecuencia, las variaciones en el precio del petróleo pueden tener incidencia en el tráfico del proyecto por incrementos o decrementos en la explotación del hidrocarburo y actividades asociadas.
- En el documento denominado “matriz de riesgos” que hace parte del contrato de concesión No. 04 de 2015, se encuentra el riesgo comercial descrito como “*Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes*”, es asignado al “*privado*”, con una “*probabilidad-frecuencia*” “*bajo*” “0%-5%” y un “*impacto-costo*” “*bajo*” “0%-5%”.
- En el contrato de concesión, en materia de riesgos, previó lo siguiente:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

13.1 Ecuación Contractual

La ecuación contractual del presente Contrato estará conformada por los siguientes factores:

a) El Concesionario asume (A) el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y (B) los riesgos que le han sido asignados mediante este Contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de sus obligaciones. Lo anterior en tanto que el Concesionario declaró con la presentación de la Oferta durante el Proceso de Selección o la Oferta en Etapa de Factibilidad, que había entendido y conocido el alcance de las obligaciones derivadas del presente Contrato así como que había efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados. El Concesionario, por consiguiente, reconoce que la Retribución incluye todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de administración, impuestos, tasas, contribuciones, imprevistos y utilidades del Concesionario, que surjan de la ejecución y liquidación del presente Contrato, del alcance de sus obligaciones como Concesionario, considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, prediales, catastrales, topográficas, geotécnicas, geológicas, meteorológicas, ambientales, geográficas, de acceso y las limitaciones de espacio, de relaciones con las comunidades, la disponibilidad de materiales e instalaciones temporales, equipos, transporte, mano de obra. Por lo anterior, el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato con excepción hecha de las consecuencias que este Contrato prevé de manera expresa cuando ocurran los riesgos asignados a la ANI. Por consiguiente, corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario.

b) Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a éste; pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con la Ley Aplicable.

c) La ANI asume el costo de los riesgos expresamente asignados a la ANI, y del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

13.2 Riesgos asignados al Concesionario

(a) Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices) o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario:

(...)

(xviii) Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto.

(...)

La Retribución del Concesionario incluye el costo de la asunción de todos los riesgos asignados al Concesionario. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos asignados al Concesionario, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, en cualquier proporción o cuantía, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la Retribución, ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones por parte de la ANI y a favor del Concesionario. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en la Sección.

- En relación con la experticia allegada por Valora, destaca este agente del Ministerio Público, lo siguiente:

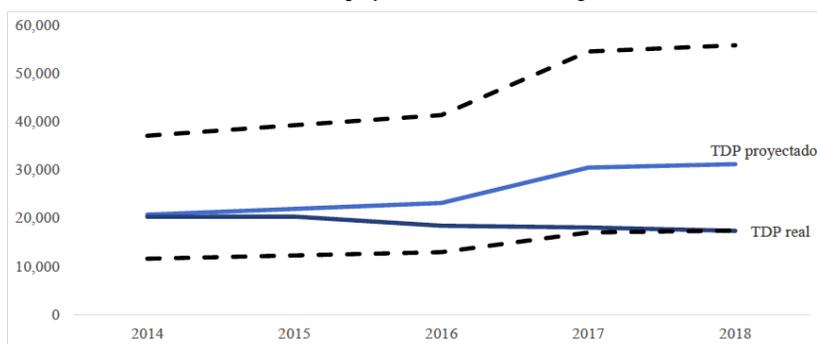
Cuando el perito realiza el estudio de bandas de certeza con una **distribución lognormal** el tráfico real se encuentra dentro de las bandas del 5% de la proyección del modelo financiero



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Ilustración 21. TPDA proyectado vs. TPDA real, Log-normal

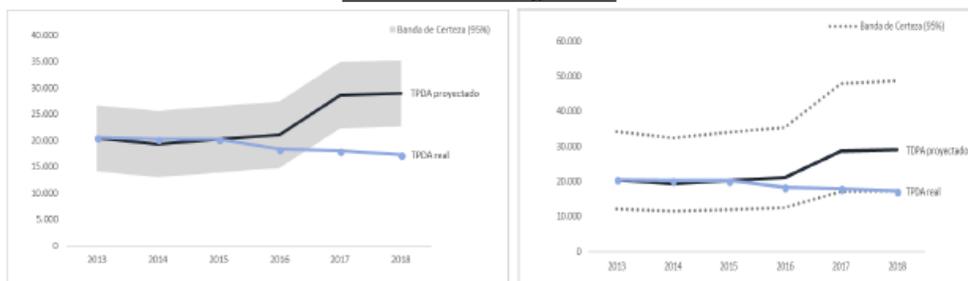


Fuente: Estudio Link-C 95%. Elaboración y cálculos propios.

Cuando realiza el análisis para los escenarios medio y conservador del estudio de tráfico que no adoptó el modelo financiero, la conclusión es aún más marcada:

Ilustración 16. Tráfico Escenario Base ConCol / Medio Modelo Financiero

Normal estándar vs. Log-normal



Fuente: Ver Anexo-Frente a la Pregunta 3 A&C - Elaboración propia

Ilustración 17. Tráfico Escenario Bajo ConCol / Conservador Modelo Financiero

Normal estándar vs. Log-normal



Fuente: Ver Anexo-Frente a la Pregunta 3 A&C - Elaboración propia

En el peritaje de Valor se advirtió un error en el estudio de tráfico. En efecto, en el apartado “Anexos técnicos”, numeral 3 “Análisis de estudios de tráfico”, el perito, luego de realizar diferentes consideraciones y verificaciones, concluyó:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

“5. El tráfico del peaje la Libertad fue ajustado para el año 2014 en el modelo financiero, para tener en cuenta la reducción de tráfico por la rebaja de vehículos por la reducción de producción de petróleo. Se debe tener en cuenta que para los peajes Casetabla y Yucao no se realizó este mismo ajuste, por lo cual la afectación es mayor para las categorías VI y VII”.

En relación con los peajes de Casetabla y Yucao, el perito advirtió:

En el informe de Concol se especifica que se toma como base el comportamiento del histórico del Peaje La Libertad para realizar las proyecciones de los peajes Casetabla y Yucao, como se cita en el siguiente párrafo:

‘Lo que se decidió entonces hacer, de manera semejante a como se trabajó en el Estudio de Prefactibilidad, fue asimilar el comportamiento de los Peajes de Case Tabla y Yucao, para cada uno de los diferente tipos de vehículos, a la evolución futura esperada para el Peaje La Libertad, localizado sobre el mismo corredor vial Villavicencio – Puerto López – Puerto Gaitán, para cada uno de los tres escenarios en consideración, quedando pendiente solamente establecer el punto de arranque de cada uno de los dos peajes’.

Al realizar el perito las correcciones dentro del modelo y al aplicar el método de intervalos o bandas de confianza con una distribución lognormal, encontró lo siguiente:

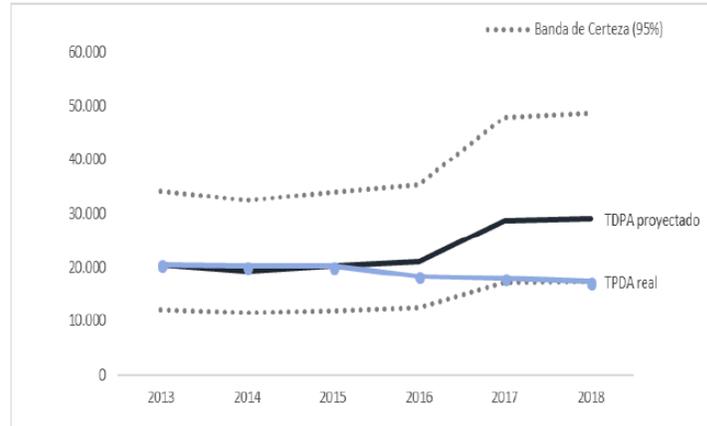
Escenario alto Concol/Base modelo financiero



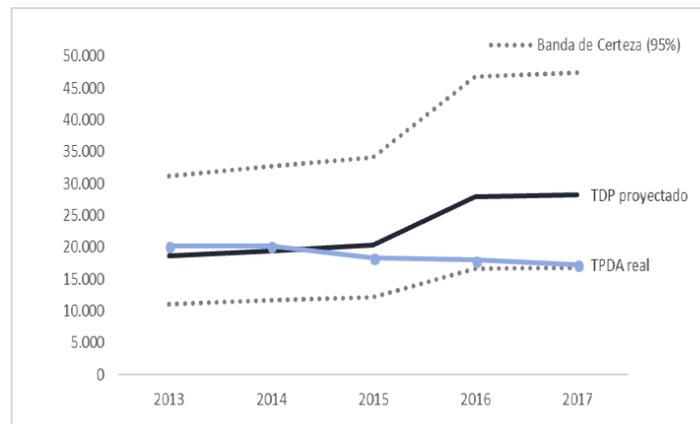
PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

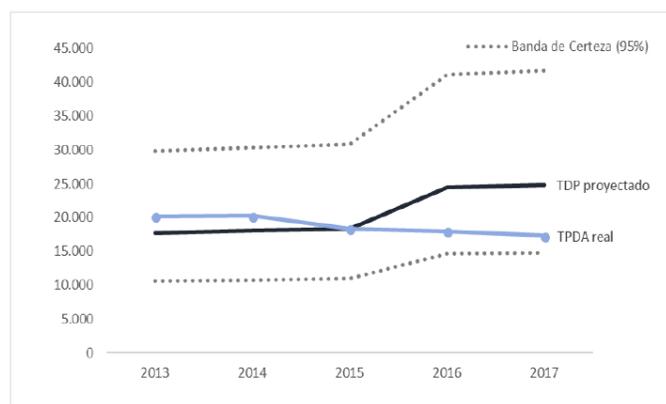
Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI



Escenario base Concol/medio modelo financiero



Escenario bajo Concol/conservador modelo financiero





PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

De lo que antecede, este agente del Ministerio Público observa que para la estructuración del modelo financiero del proyecto el originador (ahora concesionario), a conciencia, de tres modelos diferentes de proyecciones (optimista-moderado-conservador) asumió aquel de proyecciones más altas, no obstante que, como se puso de presente por los peritos, el factor del tráfico en este proyecto era el que generaba mayores **incertidumbres** y era la única fuente de ingresos del concesionario. Su apetito al riesgo en este evento fue alto y, por contera, debió asumir que un fracaso en esa predicción tendría también un impacto alto en el desarrollo del modelo.

Bajo esta óptica, puede afirmarse que la actitud del originador-concesionario fue arriesgada dada la sensibilidad que la variable “tráfico” tenía en el proyecto, particularmente, si se considera que estaría determinada por otro factor de comportamiento cíclico y volátil como es el precio del petróleo. Lo razonable, atendiendo las condiciones particulares del negocio, debió ser, como se sugiere en el estudio de Concol, adoptar una proyección moderada (“estudio base Concol”) o, incluso, un prudente hombre de negocios habría podido considerar acoger el modelo conservador, teniendo en cuenta que para la época del último ajuste del estudio de tráfico (enero-2014) ya era evidente el descenso de los precios del petróleo, lo cual hubiera determinado condiciones diferentes del negocio propuesto y que se ajustaran más a su tolerancia al riesgo, lo que no sucedió con la decisión que adopta.

En adición a lo anterior, puede concluirse que los tres escenarios de tráfico que tuvo a su consideración el originador (base del modelo financiero-alto y optimista Concol, medio del modelo financiero-base de Concol y conservador del modelo financiero-bajo de Concol) le permitían prever la posibilidad de las variaciones de tráfico que se presentaron, por lo menos hasta el 2017 y ello demuestra que las alegaciones de la parte actora no serían ciertas desde el punto de vista estadístico, en punto de la imprevisibilidad del comportamiento del tráfico.

En efecto, del estudio de Valora, tal como se dejó antes indicado, al aplicarse el análisis de bandas de certeza con distribución lognormal, en todas las proyecciones (alta, moderada y baja) el comportamiento real del tráfico se encuentra dentro del margen



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

inferior de la banda, lo que sugiere que, estadísticamente, fue previsible para el concesionario un comportamiento del tráfico como el que se presentó.

En importante en este punto señalar que si bien Valora toma diferentes métodos para realizar un análisis sobre la estructuralidad de las variaciones del tráfico, el correspondiente al de las bandas de certeza con distribución lognormal permite observar que estadísticamente era previsible un comportamiento como el que finalmente se dio, pues si bien cuando se utilizó un análisis de bandas de certeza con “distribución normal” el tráfico real sale de la banda, lo cierto es que el método pertinente para el análisis es el de “distribución lognormal” pues en esta solo se consideran datos positivos propios de los estudios de tráfico. Así lo señaló el perito en experticio aportado:

“Este supuesto [distribución lognormal del tráfico] resulta importante en la medida en que esta distribución se caracteriza por expresar el comportamiento de observaciones con asimetría positiva que no pueden tomar valores negativos; característica que cumple los datos asociados al volumen de tráfico”.

Y lo ratificó en su interrogatorio, cuando señaló:

SR. MARTÍNEZ: Básicamente esa metodología determina establecer si el comportamiento del tráfico estaba dentro de intervalos previstos por el modelo de tráfico, para eso usted puede asumir que la distribución del tráfico es una distribución lognormal y también asumir que es distribución normal, qué quiere decir lognormal, es como una norma pero ni permite valores negativos, entonces la distribución es ligeramente sesgada hacia los valores positivos, qué quiere decir esto, que básicamente usted lo que está verificando es que los resultados del modelo tráfico estén dentro de unas bandas previstas y se asume que este tráfico tiene una distribución normal tiene varias características pero entre otras cosas que los datos están alrededor de la media de los datos, es frecuente considerar un comportamiento de tráfico como una distribución probabilística normal como también es usual asumir que los datos tienen un comportamiento lognormal, **la distribución del tráfico tiene un comportamiento lognormal.**

Por otra parte, tal como se dejó indicado en el dictamen de Valora, se evidenció un “error *calculi*” imputable al originador-concesionario, pues omitió realizar unos ajustes en las



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

proyecciones de algunos peajes que, de no haberse presentado, habrían hecho aún más previsible el comportamiento que en efecto tuvo el tráfico en el proyecto.

Para el suscrito Procurador Judicial, lo que deja demostrado el peritaje de Valora, en este aspecto, es que el concesionario desestimó el riesgo de concentrar la fuente de recursos en un solo aspecto (tráfico derivado de explotación petrolera y servicios asociados), adoptó el modelo más optimista de los que tuvo a consideración y estadísticamente tuvo la posibilidad de advertir un comportamiento de tráfico como el que en efecto se presentó.

En cuanto a la exclusiva responsabilidad del originador-concesionario, sobre este aspecto, es importante poner de presente aquello que se dejó sentado en punto del principio de planeación y su prédica respecto de las cargas y obligaciones del particular contratita, pues en un caso como el que ocupa la atención de ese Tribunal de Arbitraje, contrario a lo señalado por la parte actora, sí que es relevante el hecho que el origen del proyecto sea privado, pues fue un experto y conocedor de estos proyectos quien lo estructuró, el que definió, sin participación de la entidad pública, el nivel de riesgo que asumiría al acoger una proyección alta u optimista del tráfico y quien incurrió en errores de cálculo.

De la actual estructura normativa del proceso de contratación de APP – IP sin desembolso de recurso, no parece desprenderse responsabilidad alguna de ANI por concepto de los asuntos antes señalados, más si se tienen en cuenta la experticia del concesionario en esta actividad y que, por una parte, la adopción del modelo optimista corresponde a una valoración del apetito de riesgo del originador-concesionario y, por otra, que la falta de actualización de unos datos de peaje corresponde a un error de detalle.

Ahora bien, de cara a la distribución de riesgos del contrato de concesión, por lo que se dejó indicado, parece evidente que no se habrían previsto por las partes por esta aspecto en relación con el 5% de “probabilidad-frecuencia” y que, en relación con el “impacto-costos” el pacto de las partes desconoció la realidad de la estructuración, pues, como se dejó advertido, el tráfico del proyecto es, tal vez, el componente más sensible y de mayor



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

incertidumbre, por lo que su calificación como de “impacto bajo” en la estructura del negocio, desconoce la realidad de la misma estructuración del proyecto, al corresponder a la única fuente de ingreso. En cuanto a su costo, la matriz no da certeza de cuál es el referente del 5%.

En el Conpes 3714 de 2011²¹ “riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”, al diagnosticar la aplicación de la ley 1150 de 2007 sobre tipificación, asignación y estimación del riesgo, pone de presente, entre otras muchas circunstancias que las entidades incluyen estimación (cuantificación) de los riesgos, presentando porcentajes, sin referir el valor sobre el cual están calculados y dejando el valor del riesgo indefinido, lo cual evidentemente sucede en este contrato, pues el porcentaje señalado no se menciona si es sobre el valor del contrato, del VPIP, etc., lo que demuestra un defecto en el proceso de planeación del contrato y que impediría considerar el porcentaje señalado para efectos de estimar alguno costo asociado a la concreción del riesgo.

Bajo los anteriores supuestos, es posible señalar, con grado de certeza, que el requisito *sine qua non* de la **imprevisibilidad** exigido por el ordenamiento jurídico para la procedencia de la teoría de la imprevisión no se concreta en el caso *sub examine* y, en consecuencia, el primer problema jurídico formulado y que aquí se estudia, debe ser despachado negativamente.

Ahora bien, lo que hasta aquí se ha señalado, permite también asegurar que la obligación del giro del equity, pendiente de cumplimiento por el concesionario, aún es exigible. No se advierte, en ese caso, que el contratista se encuentre ante una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pues el contrato, además del financiamiento bancario, establece otras opciones diferentes a favor del concesionario para el cumplimiento de su obligación, sin dejar de lado, además, que el riesgo de financiación del proyecto es de su cargo.

²¹ En su pie de página 11 se establece: “para los proyectos que se estructuran bajo el esquema de participación público-privada en infraestructura, deberá complementarse la política contenida en el presente documento, con la del documento Conpes 3107”.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Debe precisarse, también, que los análisis hasta aquí efectuados solo comprenden un periodo de ejecución del contrato y que por lo mismo, las conclusiones sobre las afectaciones sobre su economía aún pueden ser apresuradas, teniendo en cuenta, además, que el precio del petróleo durante el último año ha presentado importantes niveles de recuperación, situando en el último mes por encima de los USD\$70 por barril²².

2.4.2. Segundo problema jurídico

¿La obligación de socialización de la estructura tarifaria en la zona de influencia del contrato de concesión No. 4 de 2015 durante la fase de estructuración del proyecto y luego de la celebración del contrato está a cargo del originador/concesionario o de la ANI?

2.4.2.1. Posición de la convocante reconvenida

En relación con las obligaciones de socialización del esquema tarifario, de manera antecedente a la celebración del contrato, aseguró que son del resorte exclusivo de la entidad pública, pues el originador no cuenta con ningún título jurídico para adelantar tal tipo de actividades respecto de un proyecto que se encuentra en estructuración, durante la fase precontractual o de estructuración y que fue dicha entidad la que no realizó las gestiones a su cargo.

2.4.2.2. Posición de la convocada reconviente

El originador llevó a cabo la estructuración integral del proyecto para lo cual debió haber no solo acreditado sino realizado eficazmente la socialización y los estudios de impacto socioeconómicos exigidos. En estas condiciones la convocada consideró que se había presentado un incumplimiento de las obligaciones del concesionario y que, en consecuencia, las variaciones de las tarifas efectuadas por el Ministerio de Transporte por solicitud de la ANI eran de exclusiva responsabilidad del concesionario y, en esa medida, no se habría configurado el riesgo tarifario o regulatorio a cargo del ente público.

²² www.eia.gov.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.4.2.3. Concepto del Ministerio Público

Para dar respuesta al problema jurídico planteado se realizarán una breve consideración teoría respecto del incumplimiento contractual **(A)**, pero, posteriormente, considerados los argumentos de las partes y el material probatorio recaudado, proponer una solución al problema jurídico planteado **(B)**.

A. Responsabilidad por incumplimiento del contrato estatal

Teniendo en cuenta que tanto la parte demandante como la demandada en el presente proceso han alegado el incumplimiento de las obligaciones de su co-contratante, conviene hacer una somera alusión a tal fenómeno dentro del contexto del contrato estatal.

De acuerdo con el régimen general de responsabilidad del Estado regulado por lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, deberán ser reparados los daños antijurídicos causados que le sean imputables por la acción u omisión de sus agentes.

Tal previsión de rango constitucional, tal como lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996, no sólo establece las condiciones generales de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino, también, la precontractual y la contractual.

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia Constitucional y la Contencioso Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 90 superior, para que se configure la responsabilidad contractual del Estado es indispensable probar la existencia del daño y la imputación jurídica del mismo a la entidad pública contratante.

En particular, la responsabilidad contractual encuentra su fundamento normativo en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución y en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, por cuyo temperamento:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

[L]as entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que cause perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Adicionalmente, conforme con el artículo 13 del Estatuto General de Contratación, a los contratos estatales les serán aplicables las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias especialmente reguladas.

Como fuente generatriz de relaciones jurídicas, en general, y de obligaciones, en especial (art. 1494 del C.C., art. 40 L.80/93), el contrato es un complejo continente de elementos esenciales, naturales y accidentales (art. 1501 del C.C.), de suerte que la obligación que de él surge ha de sujetarse a todo lo que le corresponde por definición (*essentialia negotia*), por ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*), o por lo específicamente pactado (*accidentalia negotia*) y, en todo caso y durante todas sus fases, a la observancia de la buena fe, probidad y corrección de las partes como deberes implícitos de las mismas (arts. 864 y 871 del C. de Co.; 1501, 1602 y 1603 del C.C.; 23, 27, 28 y 32 de la L.80/93).

En primera instancia, el contrato tiene por efecto la atadura, vinculación o sujeción de las partes que intervinieron en su génesis (*efectos iniciales*), efecto primario que los compele al cumplimiento de la prestación prometida y, luego de ello, emergen sus efectos finales reflejados en la utilidad práctico-social del tipo específico de contrato escogido o ejecutado²³. En veces, los *accidentalia negotia* son de la entidad suficiente para suspender, reprimir o dilatar la producción de los efectos iniciales y finales del negocio.

La fuerza obligatoria que dimana de la relación contractual (art. 1602 C.C.), impone a las partes la necesidad de su cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno, esto es, un

²³ Hinestrosa, Fernando “*Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*”, en Revista de Derecho Privado de la Universidad Católica de Valparaíso No. XX. Valparaíso, Chile. 1999.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

comportamiento ajustado y acabado al tenor de la obligación (arts. 1626 y 1627 C.C.) el cual, se reitera, está determinado por los *essentialia*, *naturalia* y *accidentalía negotia* (art. 1501 C.C.), de tal suerte que la satisfacción del acreedor y, por lo tanto, el cumplimiento de las finalidades del contrato, demostrará una conformidad plena entre lo ejecutado por el obligado y lo prevenido en el título obligacional.

El contrato, entonces, obliga a las partes a lo que en él se previene (*pacta sunt servanda*), al punto que, como genuina manifestación de autonomía “...es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 del CC).

En punto de la integración del contenido contractual que, en últimas, es el fenómeno definitorio de la forma de cumplimiento de la prestación, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, disponen, en su orden:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 impone:

De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Ahora bien, un desajuste entre la prestación prometida (*preaestare, obligatio, débito, schlud*) y lo realmente ejecutado, por renuencia injustificada del deudor, implica la tutela del ordenamiento jurídico (*responsabilidad, haftung*), al punto que la relación interpartes puede verse sometida a una intervención estatal coactiva, para que, por virtud de los poderes públicos, se compela, fuerce o constriña al cumplimiento, e, incluso, se cumpla por el deudor.

El incumplimiento, entonces, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia,

...se produce ante cualquier desajuste entre la prestación debida y la conducta desplegada por el obligado, desajuste que a su vez puede darse bajo una cualquiera de las tres modalidades que con el propósito de definir las causas posibles que dan lugar al resarcimiento de perjuicios en el ámbito contractual, describe el artículo 1613 del Código Civil, refiriéndose al incumplimiento propio o absoluto, al cumplimiento imperfecto que también suele denominarse 'incumplimiento impropio' y en fin, al cumplimiento tardío o realizado por fuera de la época oportuna²⁴.

En el mismo sentido los proyectos de unificación del derecho contractual consideran como incumplimiento "...un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada..."²⁵ o "...la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío"²⁶.

El incumplimiento contractual se configura, en consecuencia, cuando la conducta de una de las partes del contrato no se ajusta al contenido de la prestación en las condiciones

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de enero de 1994, citada en la sentencia de la misma Sala del 18 de diciembre de 2009, expediente 09616-01, en donde se afirma, también, que "...la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.)".

²⁵ Artículo 89 del Código Europeo de Contratos (Proyecto Lando).

²⁶ Artículo 7.1.1. de los Principios Unidroit.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

de tiempo, modo y lugar convenidas y tiene, por consecuencia, la lesión del derecho de crédito de la otra parte. El incumplimiento contractual, entonces, comporta una actuación de una de las partes negociales contraria a derecho que causa un daño antijurídico o un detrimento o menoscabo a la otra parte que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En cuanto a las formas de incumplimiento contractual del Estado, someramente puede indicarse que ellas se concretan en: i) el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las cláusulas del contrato, caso en el cual podrá estarse ante la mora o ejecución tardía de las obligaciones a su cargo, ante un cumplimiento defectuoso de las mismas o frente al incumplimiento definitivo de la prestación; y ii) el incumplimiento de los deberes que impone la ley, evento que podrá concretarse en el ejercicio ilegítimo de las potestades contractuales o en la omisión de restablecer la equivalencia financiera del negocio.

Además del desapego del reglamento contractual, para la configuración de la responsabilidad del Estado, resulta necesaria la demostración de:

(i) El perjuicio sufrido, pues sin este no hay responsabilidad, el cual se concreta en toda afectación de una situación jurídica activa de ventaja (concepto que comprende tanto los derechos subjetivos propiamente dichos, como todo interés lícito protegido por el ordenamiento jurídico) cuyo titular no se encuentra en la obligación de soportarla.

(ii) La imputación, la que permitirá atribuir al Estado la conducta de uno de sus agentes, para lo cual deberá agotarse tanto un proceso de análisis fáctico (*imputatio facti*), en el que deberá constatar el vínculo material existente entre el hecho o acto y el daño causado y un estudio de imputación jurídica (*imputatio juris*) que involucra una valoración sobre acciones u omisiones bajo la óptica de la causalidad adecuada, la que, en apretada síntesis, determinará la acción u omisión que con mayor grado de probabilidad, conforme con las reglas de la experiencia, es la causante del perjuicio.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En materia de responsabilidad contractual del Estado existen criterios normativos de imputación²⁷ que justifican el deber de reparar ante el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales y que se concretan en:

- Principio de garantía del patrimonio de los particulares ante un daño antijurídico (arts. 2, 58 y 90 C.P.).
- Principio de la autonomía de la voluntad y la ley del contrato (art. 1602 C.C.; art. 13, 40 de la Ley 80 de 1993).
- Principio de la prevalencia del interés público, que atempera el principio de la 1602 del Código Civil, de la ley del contrato.
- Principio de la reciprocidad de las prestaciones, equivalente real y objetivo bajo el concepto de conmutatividad (arts. 4, 8, 5.1., 14.1, 25.13. 25.14 27 y 28 de la Ley 80 de 1993).
- Principio general de la buena fe, esto es, la observancia de las exigencias éticas derivadas de la mutua confianza en la celebración, ejecución, y liquidación de los contratos (arts. 83 C.P., arts. 13, 23 de la Ley 80 de 1993, 1602 C.C., 863 y 871 C. Co).

En el proceso de imputación jurídica también debe ser analizado, en cada caso concreto, cuál de los títulos de imputación del daño permitirán atribuirlo a la parte incumplida (el fundamento de la responsabilidad), que podrá enmarcarse en un régimen subjetivo, esto es, en la culpa de unas de las partes, derivada de una conducta suya de incumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 50 de la Ley 80 de 1993; art. 1604 del C.C.), o en el régimen objetivo de acuerdo con los pactos contractuales y que en el derecho contractual público también refiere al derecho del contratista al equilibrio financiero del contrato y el deber de las entidades públicas de mantenerlo y restablecerlo.

²⁷ Namén Vargas, Álvaro. Conferencia sobre responsabilidad contractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2015.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

B. Consideraciones para el caso concreto

De las pruebas aportadas al proceso, encuentra el Ministerio Público evidencia de que tanto el originador-concesionario como la ANI adelantaron actividades tendientes a socializar con al comunidad el esquema tarifario de la concesión tanto de manera previa al inicio, como posteriormente por cuenta de la suscripción del otrosí No. 3 al contrato de concesión, por lo que no parece evidente, a lo sumo desde las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente, que hayan desatendido esta obligación, por manera las consecuencias de las dificultades en la implementación del esquema tarifario deberán sujetarse a la distribución de riesgos contractuales y sus mecanismos de compensación.

En efecto, del texto del contrato no puede advertirse que la socialización del esquema tarifario comporte obligaciones de resultado y, en esa medida, solo tendrá demostrarse la diligencia media del deudor prestacional (en este caso ambas partes del negocio), para efectos de tener acreditado el cumplimiento de la obligación, lo cual ocurren en el presente evento y, en esa medida, no podría considerarse la existencia de una responsabilidad contractual de alguno de los sujetos negociales por este asunto.

2.4.3. Tercer problema jurídico

¿Era viable la modificación de la estructura tarifaria del contrato de concesión No. 004 de 2015, sin que ello comportara su modificación unilateral contraria a los pactos contenidos en él?

2.4.3.1. Posición de la convocante reconvendida

Teniendo en cuenta que con posterioridad a la expedición de la Resolución 1130 de 2015, el Ministerio de Transporte expidió otro acto administrativos (Resolución 0331 de 2017) en el que, previa solicitud de la ANI procedió a modificar las tarifas de los peajes dispuestos para el proyecto objeto del contrato de concesión No. 004 de 2015, la demandante considera que se presentó una indebida modificación unilateral del contrato.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.4.3.2. Posición de la convocada reconviniendo

La ANI considera que las modificaciones al esquema tarifario no comportan una modificación unilateral del contrato y que las mismas obedecen a circunstancias imputables a la demandante. En todo caso, afirma, el contrato le impone a la ANI el riesgo regulatorio y también señala la conforma de compensar su ocurrencia.

2.4.3.3. Concepto del Ministerio Público

Ya en apartado anterior se hizo referencia general al sistema de la distribución de riesgos en el contrato de concesión, por lo que, para efectos de resolver el presente problema jurídico, remitimos a las consideraciones entonces expuestas. En relación con el posible incumplimiento de las obligaciones de socialización también se efectuaron unas consideraciones particulares, por lo que a ellas se remite en cuanto sean compatibles con el presente problema jurídico.

Revisados los argumentos expuestos por las partes, debe señalarse por el Ministerio Público que no se advierte en la actuación de la ANI, en punto de sus actividades relacionadas con la estructura tarifaria del proyecto, ninguna actitud arbitraria o, en general, contraria al orden jurídico, tal como lo sugiere la parte actora y, por el contrario, observa que las mismas obedecen a una realidad que se presentó en la zona de influencia del proyecto que motivó que la comunidad y los líderes políticos de la zona se opusieran a la implementación de la tarifas, de lo cual hay suficiente prueba documental y testimonial en el proceso.

Ahora bien, descartada una actitud arbitraria de la ANI, se advierte el contenido de la sección 13.3(e) del contrato de concesión, a cuyo tenor estarán a cargo de la ANI:

Los efectos desfavorables de modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en el Contrato Parte Especial. Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los Mecanismos para



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

la Compensación por Riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.

De lo anterior, entonces, es evidente que las partes acordaron que el riesgo en la variación de las tarifas estaría de cargo del Estado y, en consecuencia, ante la ocurrencia de tal evento, deberá estarse a lo señalado en la cláusula previamente transcrita y, en consecuencia, el problema jurídico planteado, tendrá que recibir una respuesta afirmativa, en el sentido que puede presentarse una modificación del régimen tarifario contractual, sin que ello comporte una modificación unilateral del contrato, pues existe un pacto previo habilitante de tal circunstancia.

2.4.4. Cuarto problema jurídico

¿Los otrosíes 3 y 6 al contrato de concesión No. 004 de 2015 imponía a las partes la obligación de realizar una modificación contractual para viabilizar, desde el punto de vista financiero, la ejecución del contrato?

2.4.4.1. Posición de la convocante reconvenida

Para la parte demandante, cuando quiera que los otrosíes 3 y 6 al contrato de concesión No. 04 de 2015 señalaban que las partes estarían llamadas a instrumentar acuerdos para superar las dificultades económicas derivadas de la ejecución del contrato, por virtud exclusivo de esos pactos, era menester que las partes suscribieran los documentos contractuales correspondientes y, como ello no sucedió, la ANI se encuentra en situación de incumplimiento.

2.4.4.2. Posición de la convocada reconviente

La convocada sostuvo que de los documentos contractuales señalados en el problema jurídico no se derivaron obligaciones exigibles, pues los pactos relativos a la suscripción de acuerdo que permitieran viabilizar económicamente el contrato, se condicionaban a que afectivamente ambas partes advirtieran la necesidad de hacer los ajustes y la ANI no había arribado a esa conclusión, por lo que mal podría afirmarse el incumplimiento de tales otrosíes.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.4.4.3. Concepto del Ministerio Público

En la cláusula segunda del del otrosí No. 3 del contrato de concesión No. 004 de 2015 se pactó:

CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. De igual forma dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de las socializaciones o implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el Contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor de Contrato y el Plazo de las diferentes etapas y fases del contrato de Concesión.

PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí al contrato.

Por su parte, el otrosí No. 6 estableció:

CLÁUSULA SEGUNDA: En el evento de que transcurra el término de un (1) año, y no se hubiese llegado a acuerdo conciliatorio o proferido el correspondiente laudo arbitral, en ambos casos ejecutoriado; las partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto.

PARAGRAFO PRIMERO: para la suscripción de los documentos contractuales que garanticen la continuidad del proyecto, las partes contarán con un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ocurrencia de cualquiera de las alternativas descritas en el párrafo primero de la cláusula primera del presente documento, término dentro del cual deberá realizarse la revisión de



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

todos los componentes del contrato. Únicamente en el evento que se presenten circunstancias que requieran ajustar el contrato, se procederá a realizarlo.

De los apartes transcritos de los otrosíes cuyo incumplimiento reclama la actora, esta agencia del Ministerio Público, no advierte ninguna obligación pendiente de cumplimiento por parte de la ANI, pues en ambos casos, la hipótesis de la celebración de un otrosí complementario, se sujeta a la existencia de circunstancias que ameritaran la necesidad, en consideración de ambas partes, de establecer modificaciones que garantizaran la viabilidad del contrato.

En relación con lo anterior, este Procurador Judicial no advierte que las necesidades previstas en los referidos otrosíes se hayan evidenciado, pues, tal como se dejó indicado al momento de resolver el primer problema jurídico, las dificultades que estaría afectando al contrato parecen del exclusivo resorte del concesionario y, por lo mismo, no resultarían viables modificaciones contractuales para superarlas, en tanto deben ser asumidas y gestionadas, en los términos del contrato vigente, por el concesionario.

En estos términos, de manera atenta, deja sentado su concepto el suscrito representante del Ministerio Público.

De los señores Árbitros, cordialmente,

CARLOS ALBERTO MANTILLA NAMÉN

Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos