



PROCURADURÍA 10ª JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Bogotá D.C., 7 de marzo de 2019.

Doctor

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Presidente

H. Tribunal de Arbitramento de CSS Construcciones S.A., vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Y demás honorables Árbitros

Ciudad.

Referencia: Tribunal de Arbitramento de CSS Construcciones vs Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

En mi condición de Procurador 10 Judicial II en Asuntos Administrativos, de acuerdo con la Agencia Especial otorgada por el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa me permito presentar concepto en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda arbitral

1.1. Las pretensiones

La parte convocante formuló, ante el H. Tribunal Arbitral, las siguientes:

III. PRETENSIONES

Respetuosamente solicito se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

3.1. DECLARATIVAS.

PRIMERA: Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

SEGUNDA: Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0377 de 2002.

TERCERA: Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en virtud del documento de cesión firmado el tres (3) de noviembre de 2013, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2.002.

CUARTA: Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

- PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACION TARIFARIA.

QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, incumplió la obligación contenida en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos que afectaron el equilibrio económico del contrato por la inaplicación de la cláusula 18.3 del contrato de concesión por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**.

SEXTA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, reconoce que adeuda por concepto de compensación tarifaria a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las cifras que constan en las siguientes actas:

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para los primeros siete periodos de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006', en donde se estableció el monto de la compensación adeudada para este periodo, el cual ascendió a \$888.387.454,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el octavo periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$154.753.000,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el noveno y décimo periodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007 y entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$322.029.700,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$160.855.800,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$178.032.000,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$177.304.700,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$219.981.800,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$260.095.200,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$396.912.500,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$452.912.500,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$472.658.000,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$453.823.800,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$484.105.600,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$489.621.800,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$499.907.100,00.'

'Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$516.619.000,00.'

'Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014", en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$536.176.100,00.'

SÉPTIMA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, no niega y por el contrario acepta que adeuda por concepto de compensación tarifaria a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las cifras que constan en las siguientes actas:

'Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2014 y el 22 de marzo de 2015", por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$530.205.400,00.'

'Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2015 y el 22 de septiembre de 2015", por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$537.385.900,00.'

'Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2015 y el 22 de marzo de 2016", por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$567.004.800,00.'

'Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2016", por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$598.176.800,00.'

'Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2016 y el 22 de marzo de 2016, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$625.012.300,00.'

OCTAVA: Que se declare que a partir de la suscripción de las actas entre **CSS CONSTRUCTORES S.A.** y el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, inició el computo del término de dieciocho (18) meses previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, a los efectos del pago por la compensación tarifaria, la cual se lee así:

"18.3. Las compensaciones tarifarias de que trata esta cláusula 18 se pagarán mediante el Mecanismo Presupuesta! del INVIAS. Para tal efecto, la obligación de compensación tarifaria a cargo del INVIAS, que se evidenciará por medio de un acta que suscribirán para el caso las Partes, se fondeará utilizando el Mecanismo de Liquidez establecido en la cláusula 20 de este contrato.

El INVIAS tendrá un término de máximo dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha en que el INVIAS otorgue su aceptación a la cesión de los derecho de cobro correspondiente que hará el concesionario con la respectiva entidad financiera, correspondiente que hará el CONCESIONARIO con la respectiva entidad financiera, para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de peaje y la Tarifa Contractual, aceptación que deberá ser otorgada o rechazada dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud por parte del Concesionario. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTP más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado. Vencido este plazo sin que el INVIAS haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 de este Contrato."

NOVENA: Que, para el caso de las actas de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria que no han sido suscritas por la entidad concedente, se declare que a los quince (15) días calendario siguientes a su remisión por parte de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** al Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, se entienden aceptadas las Actas de liquidación tarifaria para efectos del cómputo de los dieciocho (18) meses previstos en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

DÉCIMA: Que se declare que vencido el término de dieciocho (18) meses para el pago de la compensación tarifaria previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, procede la causación de intereses moratorios en los términos de la cláusula 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESOS (\$18.998'708.163,00)**, por concepto de compensación tarifaria, suma que se discrimina:

CAPITAL: \$9.448.218.100

INTERESES CORRIENTES: \$1.400.747.919 INTERESES MORATORIOS:
\$8.149.742.144

- PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACION CAUSADA POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACIN AL SECTOR VILLAPINZON-CHOCONTA.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** incumplió la cláusula 16.1.1. del contrato de concesión No. 0377 de 2002, la cual se lee así:

"16.1.1. Las siguientes son las Casetas de Peaje Existentes que serán cedidas por el INVÍAS al CONCESIONARIO:

1. Caseta El Roble, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 4.**
2. Caseta Albarracín, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 5.**
3. Caseta Tuta, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 14... "**

DÉCIMA TERCERA: Que se declare que la "CasetaAlbarracín" ubicada en el Trayecto 5, debía estar ubicada en el segmento comprendido entre Sesquilé - Cruce de la Salida a Guateque en los términos previstos en el contrato de concesión No. 0377 de 2002.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que la "CasetaAlbarracín" se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón -y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada como consta en el "Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes" suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**

DÉCIMA QUINTA: Que se declare que mediante el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrito el 29 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** acordaron el traslado del peaje de "Albarracín" a un punto en el Trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

DÉCIMA SEXTA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, mediante el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrito el 29 de septiembre de 2005, impartió una instrucción a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de construir la infraestructura del peaje 'Albarracín' en los alrededores del peaje existente.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se declare que la falta de traslado del peaje "Albarracín" al trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, como consecuencia de la instrucción del Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** de mantenerlo en su ubicación original, generó un desequilibrio económico del contrato en contra de **CSS CONSTRUCTORES S.A. '**

DÉCIMA OCTAVA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** adeuda por concepto de desequilibrio económico del contrato de concesión No. 0377 de 2002 como consecuencia de la negativa de traslado del peaje Albarracín la suma de **CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO pesos (\$45.262'883.985,00)** a título de capital.

DÉCIMA NOVENA: Que se declare que para la cuantificación de los intereses correspondientes a la compensación que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por concepto de la decisión unilateral de la entidad de no trasladar el peaje "Albarracín" al trayecto 7, es aplicable la tasa definida en la cláusula 12.21 del contrato de concesión 0377 de 2002.

VIGÉSIMA: Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **SETENTA Y TRES MIL DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$73.016.311.160)**, por concepto de la decisión unilateral de la entidad de no trasladar el peaje "Albarracín" al trayecto 7, le es aplicable la cláusula **12.2.1** del contrato de concesión 0377 de 2002, que se discriminan así:

CAPITAL: \$45.262.883.985,24 INTERESES: \$27.753.427.175

- PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACION CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCION PARAFISCAL DE PROMOCION AL TURISMO.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que se declare que el riesgo tributario del contrato se estableció en la cláusula 46 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, la cual se lee así:

"La ejecución del presente Contrato se realizará de conformidad con lo previsto en las normas tributarias aplicables en la República de Colombia.

El Concesionario pagará todos los impuestos y contribuciones de conformidad con las normas tributarias vigentes durante la ejecución del Contrato."

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se declare que la tasa de vigilancia establecidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte no es un impuesto o contribución tributaria en los términos pactados en la cláusula 46 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

VIGÉSIMA TERCERA: Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que impusieron al Concesionario la

asunción de costos que no estaba obligado a asumir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

VIGÉSIMA CUARTA: Que se declare que mediante comunicación 1411-35 del 30 de noviembre de 2012, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** reconoció que la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte afectaban el equilibrio económico del contrato de concesión No. 0377 de 2002 suscrito con **CSS CONSTRUCTORES S.A.** **CITAR TEXTUAL**

VIGÉSIMA QUINTA: Que se declare que la contribución parafiscal para la promoción del turismo no es un impuesto o contribución tributaria en los términos pactados en la cláusula 46 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

VIGÉSIMA SEXTA: Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A** que afectaron la economía del contrato e impusieron al Concesionario la asunción de costos que no estaba obligado a asumir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la ley 1101 de 2006, y posteriormente la ley 1558 del 10 de julio de 2012, mediante las cuales se impuso una contribución parafiscal para la promoción del turismo a cargo de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se declare que la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012, causaron perjuicios y/o sobrecostos a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** que este no tiene el deber jurídico de soportar.

VIGÉSIMA OCTAVA: Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** debe reconocer y pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** los perjuicios y/o mayores costos en los que debió incurrir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012.

VIGÉSIMA NOVENA: Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** debe a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012 la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES**

NOVENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$894.090.246) a título de capital.

TRIGÉSIMA: Que se declare que para la cuantificación de los intereses correspondientes a la compensación que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por concepto de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012, es aplicable la tasa definida en la cláusula 12.2.1 del contrato de concesión 0377 de 2002.

TRIGÉSIMA PRIMERA: Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **MIL DOSCIENTOS SETENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$1.270.167.263)**, por concepto de la compensación causada por la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo, discriminados así:

CAPITAL: \$894.090.246 INTERESES: \$376.077.017

3.2. PRETENSIONES DE CONDENA.

PRIMERA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS pesos (\$93.285'186.586,00)**, liquidado a 31 de mayo de 2017, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, en concordancia con la desagregación que se formula en el juramento estimatorio de esta demanda, así:

Concepto	Liquidación concepto			
	Metodología de mora remuneratorios	Capital Total deuda	Intereses	Intereses
Deudas				
Compensación tarifaria	DTF+5%, Usura	\$ 9,448,218,100	\$ 1,400,747,919	
Compensación déficit por no traslado peaje	\$ 8,149,742,144	\$ 18,998,708,163	TIR 11.48%	\$
Albarracín	45,262,883,985	\$	27,753,427,175	\$
Compensación pagos tasa	73,016,311,160			
Supertransporte y contribución turismo	TIR 11.48%	\$	894,090,246	\$
	376,077,017	\$ 1,270,167,263		
	\$ 55,605,192,331	\$ 1,400,747,919	\$ 36,279,246,336	
Total		\$ 93,285,186,586		

SEGUNDA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, las sumas que resulten de la pretensión primera de condena debidamente actualizadas, aplicando la tasa definida en el numeral 12.2.1 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: *Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DAÑE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4º Numeral 8 de la Ley 80 de 1993.***TERCERA:** *Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana (Art. 884 del Código de Comercio).*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA. *Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa definida por el Tribunal de Arbitramento, aplicando los criterios de ley establecidos a este efecto (artículo 4, numeral 8, Ley 80 de 1993).*

CUARTA: *Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.*

1.2. Los hechos de la demanda arbitral

1.2.1. Generales

El 15 de julio de 2002, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS - y el Concesionario, suscribieron el contrato 377 de 2002, cuyo objeto era el otorgamiento de una concesión para que el contratista realizara, por su cuenta y riesgo, los estudios, diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y mejoramiento de los trayectos de vía, 18, comprendidos entre el sector Briceño del municipio de Sopó – Cundinamarca y el municipio de Sogamoso – Boyacá, a cambio de una remuneración que consideraba, entre otros, los ingresos que se recaudarían por concepto de peajes durante el tiempo del plazo contractual (1).

La ejecución del contrato se inició, según acta, el 23 de septiembre de 2002 (2).

Mediante Resolución 00035045 de 23 de agosto de 2003, el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, cedió al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, su posición en el referido contrato 377 de 2002 (3).

Por razón de la decisión anterior – artículo 3 – el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y el concesionario firmaron una modificación al contrato en cuanto a la parte contratante (4).

La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, que subrogó en su posición en el contrato 377 al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, y el Concesionario, suscribieron 18 otrosíes y 11 modificatorios al contrato 377 de 2002 (5).

El Consorcio Solarte y Solarte, a su vez, cedió su posición en el contrato a la sociedad CSS Construcciones S.A. (6).

Las partes cumplieron mesas de trabajo para revisar los pendientes del contrato y allí se trataron los temas a los que se refiere la demanda (7).

Tales trabajos permitieron algunos acuerdos que fueron plasmados en los otrosíes 12, 13, 14, 15, 16 y 17, quedando pendientes los que se traen en la demanda (8).

1.2.2. Antecedentes particulares.

1.2.2.1. Respecto de la compensación tarifaria.

En el contrato se incluyeron términos y se definieron éstos, a saber: *“Caseta de peajes”, como “estaciones de peaje, equipos y accesorios existentes dentro del proyecto al cierre de la licitación...”*, peaje como *“tarifas que deben pagar los vehículos”* o esquema tarifario como *“la estructura de la tarifa de peajes por categorías...”* (1).

Así mismo se precisó cómo se iba a hacer la indexación de los peajes *“tarifas”*, con el IPC causado en el año anterior, el 15 de enero del correspondiente año (2).

Y en la cláusula 18 se determinaron aspectos relativos a compensación tarifaria en eventos en los que se afectarían las contractuales en su valor o en su reajuste por razón de decisiones administrativas de la autoridad competente, a saber: conforme liquidación hecha entre el auditor, el Concesionario y el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS - para cada período de aforo de los ingresos, considerando la diferencia entre la tarifa contractual y la vigente, multiplicada por el número de vehículos (3)

Al igual que la forma de pago de las compensaciones, aparte 18.3, así: con base en las actas, dentro de los 18 meses *“contados a partir de la fecha en que el INVÍAS otorgue su aceptación a la cesión de los derechos de cobro correspondientes que hará el CONCESIONARIO con la respectiva entidad financiera...”* , la que debía aceptarse o rechazarse dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud por parte del concesionario, preciando, además, que durante esos 18 meses se pagaría un interés igual a DTF más 5 puntos porcentuales y vencido éste uno de mora de la cláusula 49 del contrato, que precisaba 1,5% de la tasa establecida por la Superintendencia Bancaria o quien hiciera sus veces (4 y 5).

Posteriormente se suscribió el Fideicomiso para la administración de los recursos y éste empezó a recibirlos a partir del 31 de octubre de 2002 (6).

Durante la ejecución del contrato se presentaron varios hechos que afectaron la estructura tarifaria, así:

- Durante algunos períodos se mantuvo, por parte de la contratante, una tarifa diferencial para los vehículos de II categoría en el peaje *“El Roble”*.
- Se expidió la Ley 787 de 27 de diciembre de 2007, que exoneró los vehículos allí previstos.
- Se expidió la Resolución 000241 de 2 de febrero de 2010 a través de la cual se estableció, para el peaje *“Tuta”* la categoría I Especial

para los vehículos allí contemplados a los que se les asignó una tarifa distinta a la contractual.

- Se expidió la Resolución 002638 de 24 de junio de 2010 del Ministerio de Transporte en la que se establecieron, respecto del peaje “Tuta” las categorías I Especial y II Especial para algunos vehículos de servicio particular y oficiales para los que se fijó una tarifa menor a la contractual.

Circunstancias de las que se dejó constancia en las actas de compensación (7).

En virtud de la cláusula 18 se suscribieron diferentes actas de compensación, a saber:

1. 23 de marzo de 2006 a 22 de septiembre de 2006.
2. 23 de septiembre de 2006 a 22 de marzo de 2007.
3. 23 de marzo de 2006 de septiembre de 2007.
4. 23 de septiembre de 2007 a 22 de marzo de 2008.
5. 23 de marzo de 2008 a 22 de septiembre de 2008.
6. 23 de septiembre de 2008 a 22 de marzo de 2009.
7. 23 de marzo de 2009 a 22 de septiembre de 2009.
8. 23 de septiembre de 2009 a 22 de marzo de 2010.
9. 23 de marzo de 2010 a 22 de septiembre de 2010.
10. 23 de septiembre de 2010 a 22 de marzo de 2011.
11. 23 de marzo de 2011 a 22 de septiembre de 2011.
12. 23 de septiembre de 2011 a 22 de marzo de 2012.
13. 23 de marzo de 2012 a 22 de septiembre de 2012.
14. 23 de septiembre de 2012 a 22 de marzo de 2013.
15. 23 de marzo de 2013 a 22 de septiembre de 2013.
16. 23 de septiembre de 2013 a 22 de marzo de 2014.
17. 23 de marzo de 2014 a 22 de septiembre de 2014 (8 y 9).

Así mismo existe otra relacionada con los períodos: 23 de septiembre de 2002 a 22 de marzo de 2006, que no obstante que no fue suscrita por la ANI, respecto de ella se adelantó el proceso para desembolso (10).

Con cada acta se advirtió que a partir de la suscripción empezaba a contar el término de 18 meses para el pago (11).

Aparte de las actas atrás referidas el concesionario remitió otras 5 respecto de las que desconoce si han sido firmadas por la entidad demandada, así:

1. 23 de septiembre de 2014 a 22 de marzo de 2015.
2. 23 de marzo de 2015 a 22 de septiembre de 2015.
3. 23 de septiembre de 2015 a 22 de marzo de 2016.
4. 23 de marzo de 2016 a 22 de septiembre de 2016.
5. 23 de septiembre de 2016 y 22 de marzo de 2017 (12)

Con la remisión de cada una de las últimas actas solicitó la respuesta expresa sobre aceptación o rechazo en el plazo de los 15 días del aparte 18.3 (13)

Así mismo advirtió que dese el envío empezaba a contar el plazo de los 18 meses para el pago (14).

Sobre las deudas y compensaciones pendientes de pago el concesionario ha remitido multiplicidad de liquidaciones (15).

También ha requerido respuesta a sus pedimentos (16).

Y ha recordado las deudas con diversas comunicaciones (17).

El 20 de septiembre de 2013 se firmó documento denominado "*Bases de Conversaciones*" en el que se planteaba la posibilidad de llegar a acuerdos sobre reconocimientos económicos por concepto de compensaciones (18).

En desarrollo de las mesas de trabajo el concesionario puso a consideración de la entidad concedente y del interventor sus argumentos respecto de los derechos que reclamaba y así mismo continuó documentado el tema, como aparece en el oficio ANI 2015-409-056575 de 7 de septiembre de 2015 (19).

La liquidación de intereses se gobierna por la cláusula 18, aparte 3, y el valor de la deuda a mayo de 2017 era de \$ 18.998'708.163,00, que se discrimina así: capital \$9.448'218.100,00., e interese corrientes de \$ 1.400'747.919,00., y de mora de \$8.149'742,144,00 (20 y 21).

1.2.2.2. Relacionados con la compensación por el no traslado del peaje Albarracín.

La cláusula primera del contrato definió *“Caseta de peaje”* o *“Casetas de peaje”* como *“las estaciones de peaje, equipos y accesorios existentes dentro del proyecto al momento del cierre de la licitación...”*, así como *“Peaje”* como *“las tarifas que debe pagar los vehículos de cada una de las categorías como contraprestación por el uso de la vía en cada una de las casetas de peaje...”* (1).

La cláusula 16.1.1., precisó qué casetas de peaje serían cedidas:

“El Roble” trayecto 4.

“Albarracín” trayecto 5 y

“Tuta” trayecto 14.

No obstante que se dijo que *“Albarracín”* estaba en el trayecto 5 en verdad estaba entre el 8 y el 9 (22).

La firma VIPSA entregó las citadas casetas al INVÍAS el 16 de enero de 2004 y éste, a su vez, las entregó al concesionario a través de acta que aclaró que *“Albarracín”* quedaba entre los tramos 8 y 9.

El 29 de julio de 2005 se suscribió un acuerdo para la modificación del contrato 377 de 2002 y en el párrafo 2 del acuerdo 5 se pactó: *“La caseta de peaje de Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en que ésta fue concesionada”* así como incluir los ajustes en un documento denominado *“Documento Final de Ajustes”* que debía firmarse antes el 15 de septiembre de 2005. (3 y 4).

El *“Documento Final de Ajustes”* se firmó el 29 de septiembre de 2005 y en su cláusula cuarta se ratificó el traslado (5 y 6).

Al momento de socializar la reubicación la comunidad se opuso por lo que se plateó la revisión de la decisión, mientras, se avanzó en la construcción de la nueva caseta (7).

Lo anterior se puso en conocimiento de la entidad demandada mediante sendas cartas (8).

El 2 de mayo de 2008, mediante comunicación 1068-35, el concesionario puso de presente a la entidad concedente temas pendientes, entre otros, el de la reubicación del peaje ante lo cual el INCO requirió *“agilizar el inicio de la construcción de la estación de peaje Albarracín”* por lo que tuvo que informar que conforme el modificatorio de 29 de septiembre de 2005 no era posible que le exigiera la construcción de la caseta en sitio aledaño a donde funcionaba (9, 10 y 11).

Ante el silencio de la entidad inició los estudios de afectación predial para el traslado (12).

Luego, el 25 de septiembre de 2009, fue requerido por el INCO para que construyera la caseta en el lugar adjunto a donde funcionaba (13).

En el informe de gestión predial se ha venido dando cuenta del estado del trámite de traslado (14).

Una vez se terminó la construcción de la nueva caseta en el tramo entre Villapinzón y Ventaquemada, se informó sobre el particular y la incidencia que tenía en las tarifas, lo que además se incluyó en el informe de deudas de la entidad con el concesionario y en especial en los oficios 1093-35 de 7 de septiembre de 2012 y 500-35 de 2 de mayo de 2012 y 0763 de 15 de julio de 2013 (15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21).

En el documento *“Bases de Conversaciones”* se incluyó el asunto (22).

En las mesas de trabajo se decidió dejarlo a decisión de los mecanismos previstos para resolver controversias (23).

Los intereses respecto de estas compensaciones deben tomar una base de 11,48 EA, a la que se refiere el aparte 12. 2.1., del contrato por manera que se adeuda: un capital de \$45.262'883.985,24., y unos intereses de \$27.753'427.175,oo., (23 y 24).

1.2.2.3. Relacionados con la tasa de vigilancia y la contribución de fomento al turismo.

La Superintendencia de Puestos y Transporte informó sobre el cobro de la tasa de vigilancia a todas sus sociedades vigiladas, conforme con las resoluciones 0010225 de 23 de octubre de 2012 y 00007376 de 10 de noviembre de 2012 (1).

De lo anterior el concesionario informó a la ANI mediante comunicación 1411 – 35 de 30 de noviembre de 2012 y así mismo se pronunció respecto de las respuestas que la ANI dio a través de oficios 2013-101-000295-1 y 0035-25 de 21 de enero de 2013 (2, 3 y 4).

Así mismo, a través de las leyes 1101 de 2006 (artículo 2) y 1558 de 2012, se creó una contribución parafiscal de fomento al turismo que afectó al concesionario, y debe ser compensada (5).

Tal como lo solicitó al concedente mediante cartas 234-25, 048-35, 0685-35, 1021-35, 1176-35, 0011-35 (6 y 7)

El tema fue llevado a las mesas generadas en cumplimiento del documento “*Bases de Conversaciones*” (8).

Además el concesionario ha recordado a la entidad demandada las deudas que tiene con él, entre otras, las de la tasa de vigilancia y las de la contribución parafiscal y ha remitido cuadros en los que relaciona lo pagado (9 y 10).

Las mesas de trabajo dejaron pendiente el referido reconocimiento que defirieron a los mecanismos de solución de conflictos (11 y 12).

Los intereses respecto de las compensaciones deben tomar la base de 11,48 EA, a la que se refiere el aparte 12.2.1., del contrato por manera que se adeuda: un capital de \$894'090.246,00, y unos intereses de 376'077.017,00. (13 y 14).

1.3 Los fundamentos de derechos de la demanda arbitral

El concesionario apoyó sus pretensiones en el contrato 377 de 2002, sus otrosíes y sus modificatorios, la Ley 80 de 1993, artículos 27, 28, 32, 50 y 68, y el Código Civil, artículos 1602 a 1609 y 1618 a 1628.

2. La contestación a la demanda arbitral

La entidad convocada, Agencia Nacional de Infraestructura - ANI-, contestó la demanda.

Sobre los hechos dijo, en lo fundamental, que eran ciertos, no obstante respecto de varios de ellos hizo varias precisiones.

En cuanto a las pretensiones manifestó oposición y al efecto planteó excepciones de fondo, a saber:

Frente a las pretensiones enderezadas a obtener la compensación tarifaria dijo que en el caso no existía incumplimiento en la medida en que el deber de pagar las citadas compensaciones estaba condicionado por el agotamiento del procedimiento dispuesto, contractualmente, en el aparte 18.3 de la cláusula 18, que precisaba la necesidad de establecer los respectivos valores a través de acta que fuera suscrita, entre otros, por el interventor, empero que ninguna de las que presentó tenía esa condición.

Así dijo que en el caso se configuraba la excepción de contrato no cumplido.

Frente a las pretensiones que estaban enderezadas a obtener la compensación por la no reubicación de la caseta de peaje "*Albarracín*" sostuvo que no tenía vocación de prosperidad porque la citada

obligación no existía en la medida en que conforme con los documentos precontractuales el traslado había sido considerado en cuanto, igualmente se había considerado la exclusión de varios tramos, empero, en cuanto finalmente no se procedió a la exclusión, tampoco se consideró el traslado.

Con todo, dijo que en el caso el consorcio contratista tuvo la oportunidad de visitar la vía y desde un comienzo conocía los lugares en los que estaban dispuestas las casetas, por manera que conocía, desde el momento previo a contratar, la situación y debió considerar tal circunstancia al momento de estructurar, desde el punto de vista financiero, su propuesta.

Así mismo que en el caso, la respectiva caseta se hallaba en debido funcionamiento.

Y, finalmente, que en el caso no se había demostrado que la circunstancia del traslado hubiera generado una afectación a la economía contractual.

Frente a las pretensiones que se enderezaban a obtener la compensación por el pago de las tasas de vigilancia y contribución de fomento al turismo, precisó que en el caso no era plausible reconocimiento alguno por ese rubro, en la medida en que las cláusulas 15.2 y 46 del contrato, de un lado, precisaban que la remuneración cubría todos los costos del contratista – concesionario, tanto los directos como los indirectos, dentro de los cuales estaban los tributarios, y de otro, asignaban la carga tributaria al contratista, respectivamente.

Y, por último, frente a todas las pretensiones, formuló la excepción conforme con la cual el contrato era claro en cuanto a su alcance y a él debía atenderse.

II CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Precisados los antecedentes del proceso arbitral y de cara a la decisión que debe asumir el H. Tribunal, en cuanto por disposición legal (inciso tercero del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012) y convencional (clausula compromisoria) el arbitraje es en derecho, por lo que el correspondiente laudo debe atender a éste no sólo en lo procesal sino en lo sustancial, esta Agencia del Ministerio Público se ocupará, de una parte, de la aptitud de la demanda y de la competencia del tribunal para pronunciarse frente a varias pretensiones y, de otra, del mérito de las súplicas.

1. La aptitud de la demanda y la competencia del H. Tribunal.

Esta agencia del Ministerio Público recuerda que en términos de la demanda se proponen 3 controversias con base en un presunto incumplimiento y/o con fundamento en la alteración, en detrimento de los derechos del concesionario, de las condiciones económicas en las que se contrató, a saber: una primera relacionada con la compensación tarifaria que se impuso ante la realidad de que no recaudó la tarifa contractual por concepto de peajes en diferentes periodos de aforo, una segunda relacionada con el hecho de que, mediante una decisión unilateral, se impidió la relocalización de una caceta de peaje, la denominada “*Albarracín*”, del sector Villapinzón – Ventaquemada, sectores 8 y 9, donde se hallaba, a uno nuevo entre Chocontá y Villapinzón, sector 7, y una tercera relacionada con la compensación por el cobro de unas cargas económicas sobrevinientes relacionadas con el pago de una tasa de vigilancia y un contribución para el fomento al turismo.

La primera controversia, como aparece en los antecedentes, tiene como fundamento de hecho unas circunstancias que dan cuenta de que el contrato 377 de 2002, en su cláusula 18, apartes 1, 2 y 3, consideró la posibilidad de que, por decisiones de un tercero, en este caso las autoridades de transporte, se afectara el valor de la tarifa de los peajes entregados al concesionario con el propósito de que con el recaudo de la tasa que pagaran los usuarios de la vía, entre otras fuentes, obtuviera la remuneración, y estableció la forma de atender esa eventualidad, a saber: con la compensación, la que implicaba un procedimiento en el que, en un principio, concedente y concesionario, con el apoyo del auditor primero y luego del interventor, establecieran los valores previa acta.

En cumplimiento de ese procedimiento se suscribieron las primeras 18 actas, que reconocieron al concesionario los valores a los que se refiere la demanda y, debían ser pagadas, previo un trámite posterior que implicaba la presentación de un acta suscrita entre las partes.

Así mismo se elaboraron otras, 3 de las restantes, frente a las cuales la concedente no firmó.

Tal panorama implica que en el caso, respecto de este conflicto, se esté ante la presencia de 2 eventualidades, así: ante la existencia de actas perfeccionadas que, por eso mismo, reconocieron un derecho para el concesionario y establecieron la consecuente obligación para la concedente, que dadas las condiciones en las que se suscribieron ameritaban ser pagadas, por lo que debían ser incorporadas en una demanda ejecutiva, conforme con los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y el número 6 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, dentro del término al que se refiere el literal k) del número 2 del artículo 164 de ésta última, y ante la existencias de actas no suscritas que, por lo mismo, no incorporan derecho ni deber alguno, que debían ser base de una demanda declarativa, con base en el incumplimiento o en el rompimiento de las condiciones económicas del contrato.

Aquí repárese en que según MORALES¹, una demanda que contenga pretensiones declarativas procede para *“que se declare por medio de un fallo que haga tránsito a cosa juzgada la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida...”* mientras que una que incluya ejecutivas es viable para *“obtener de la justicia la realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho,...”*.

Así mismo en que conforme DEVIS², el ejercicio de una acción declarativa (de condena o constitutiva) o de una ejecutiva tiene como propósito *“[que el juez] resuelva quién tiene la razón, bien sea en forma de simple declaración, o de condena contra el demandado, o de comprobar la constitución o reforma o*

¹ MORALES MEDINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal, Quinta Edición, Parte General, Editorial Ediciones Lerner, 1965, páginas 128 y siguientes.

² DEVIS Echandia, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Temis, Segunda Edición, 2009, páginas 226 y siguientes.

extinción de una relación jurídica [...] En cambio, cuando el derecho subjetivo material tiene, aparentemente plena certeza, porque consta en un título donde aparece en forma clara, líquida y exigible al demandado, la acción que persiga su satisfacción coactiva (el pago el sentido general) se denomina acción ejecutiva...”

Y que para MONROY³, una demanda que incorpore pretensiones declarativas es viable en cuanto *“el derecho está declarado cierto, procurando únicamente la ejecución o realización coactiva del derecho legalmente cierto...”*, mientras que una que incorpore declarativas y de condena es posible para *“no sólo para obtener la mera declaración de certeza del derecho sino, también, una vez obtenida la declaración de certeza, a obtener una ulterior prestación que pretende realizar el derecho cuando éste ya fue declarado cierto...”*

Lo anterior implica que en este particular se haya presentado una indebida acumulación de pretensiones que hace inepta la demanda en cuanto se incorporaron pretensiones propias de un ejecutivo y pretensiones propias de un declarativo.

Y ello porque en que en uno y otro caso (actas suscritas y actas no suscritas), se partió del presupuesto de que el derecho a la compensación se hallaba decidido y tal es la razón por la que se pidió que se reconociera capital e intereses contractuales, cuando si se estimaba que no se había reconocido lo procedente era que se demandara, ya por el incumplimiento ora por la afectación a la economía contractual, y que, en el primer caso se pidiera la reparación del daño, tomando como referente las sumas dejadas de pagar debidamente indexadas, o en el segundo el reconocimiento de ellas, con la misma precisión.

Tan cierto es que en este particular se presentaron unas pretensiones propias de un ejecutivo, que la defensa esgrimió, a título de excepción, una de un proceso de esa naturaleza, a saber: la inexistencia del derecho que en buen romance equivaldría a la inexistencia del título en cuanto se consideró que las actas

³ MONROY Cabra Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil, Parte General, Quinta Edición Actualizada, Librería del Profesional, 2001, páginas 203 y 204.

adolecían de la falta de una firma, la del auditor luego el interventor, por lo que no documentaba el derecho que se reclamaba.

Así la demanda es inepta, en los términos del número 5 del canon 100 del Código General del Proceso que informa: *“Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro el término de traslado de la demanda: [...] 5. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones...”* concordante con el 88 ibidem que precisa: *“El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra un mismo demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía...”*, que debe aplicarse de forma preferente al 165 de la Ley 1437 de 2011, no obstante que el H. Tribunal actúa en defecto del juez contencioso en cuanto esa regla sólo permite la acumulación de pretensiones declarativas propias de los medios de control contencioso administrativos y realizaría, en este caso, de mejor manera el derecho a la tutela judicial efectiva, y resulta que una pretensiones declarativas serían del H. Tribunal y una ejecutivas, dependiendo de la cuantía, mayor o menor a 1500 smlmv, de los jueces o de los tribunales administrativos.

Al margen, si se obvia la anterior circunstancia de cara a los deberes que emanan del contenido normativo del artículo 228 de la Carta, es decir, la de la ineptitud de la demanda, en el caso debe tenerse en cuenta que, además, existiría un problema de competencia que impediría una determinación del H. Tribunal en la medida en que como lo precisa la parte demandante y lo acepta la entidad demandada existen actas perfeccionadas que dan cuenta de un vínculo jurídico que faculta al concesionario a exigir una determinada prestación a la concedente que además es clara, expresa y exigible (salvedad hecha de la oportunidad para ejecutar) que puede recaudarse, coactivamente – la prestación -, vía ejecutiva en cuanto se hallarían contenidos en documentos contractuales y conforme la cláusula compromisoria, el Tribunal sólo está facultado para resolver controversias distintas a las ejecutivas.

2. El mérito de las pretensiones:

Como se dejó sentado, las pretensiones de la demanda arbitral, a partir de un incumplimiento (pretensiones declarativas principales) o de una afectación de las condiciones económicas del contrato (pretensiones declarativas subsidiarias), propone 3 controversias:

- a) La relacionada con la compensación tarifaria.
- b) La relacionada con la compensación por la no relocalización del peaje “Albarracín” y,
- c) La relacionada con la compensación por el cobro de la tasa de vigilancia y la contribución de fomento al turismo.

Así, antes de proveer a emitir concepto sobre el particular, esta agencia del Ministerio Público encuentra necesario referirse a las 2 fuentes de derecho a efecto de establecer al amparo de cuál de ellas debe resolverse cada controversia.

2.1. El incumplimiento de las obligaciones contractuales y rompimiento del equilibrio económico.

El incumplimiento de obligaciones contractuales y el rompimiento de equilibrio económico constituyen 2 eventos diferentes no obstante que, uno y otro, pueden generar afectaciones económicas para el contratista.

El primero, o sea el incumplimiento, implica un comportamiento antijurídico del contratante que genera daños al contratista, susceptibles de ser reparados; en estos casos la reparación es aplicación del principio conforme con el cual el que causa un daño debe repararlo.

El segundo, es decir, el del rompimiento del equilibrio económico, implica una circunstancia posterior a la celebración del contrato, imposible de prever por las partes, que rompe la conmutabilidad del negocio jurídico (por una actuación de la contratante, por una decisión normativa o por la imprevisión) y halla fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa.

Sobre esta distinción el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, dijo⁴:

“VII.- La fractura del equilibrio económico-financiero del contrato.-

El demandante considera que el equilibrio económico - financiero del contrato se quebrantó, porque las obras se iniciaron el 20 de junio de 1995, es decir, 14 meses después de lo previsto, por hechos no imputables a él y ello generó sobrecostos que tuvo que asumir en los gastos administrativos y en los materiales, en la mano de obra y en los equipos (hechos 18, 19, 26 y 27 de la demanda).

Para la Sala, los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual.

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “*hecho del príncipe*”, y “*potestas ius variandi*” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “*teoría de la imprevisión*” y paralelamente en la “*teoría de la previsibilidad*”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

En esta oportunidad no es pertinente profundizar sobre los fenómenos capaces de alterar el equilibrio económico - financiero de los contratos del Estado, pues surge de manera palmaria que los supuestos alegados por el demandante no se ubican, en estricto rigor, en ninguno de aquéllos.

En efecto, la ejecución de las obras sólo se inició el 20 de junio de 1995 –pese a que el contrato quedó perfeccionado 15 meses atrás (24 de marzo de 1994 -numeral 1 de estas consideraciones-) y a que el término de ejecución comenzó a correr el 8 de abril de 1994 (ver numeral 2 de estas consideraciones)-, porque la entidad contratante incumplió las obligaciones a su cargo, en la medida en que no hizo entrega oportuna de los planos y diseños al constructor y, por ello, se sustrajo de la obligación de suscribir el acta de iniciación de las obras, una vez satisfechos los requisitos de ejecución

⁴ Sentencia de 14 de marzo de 2013, expediente 20.524.

contemplados por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, todo lo cual obedeció a que la entidad pública celebró el contrato sin contar con licencia de construcción (ver informe suscrito por la Coordinadora del Grupo de Arquitectura de la Superintendencia de Notariado -numeral 6 de estas consideraciones-) y tal omisión generó que tardara más de un año en dar cumplimiento a las obligaciones contractuales a su cargo (cumplimiento tardío de la obligación). Sólo en julio de 1994, es decir, 3 meses después de iniciado el término de ejecución, la entidad administrativa inició el procedimiento administrativo tendiente a obtener la licencia de construcción y apenas 10 meses después fue expedida, con carácter provisional (ver numeral 9 de estas consideraciones).

Sin duda alguna, las irregularidades que desencadenaron el incumplimiento contractual se comenzaron a gestar desde la etapa precontractual, pues la entidad administrativa soslayó el principio de planeación previsto en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1983 (normatividad que rigió el proceso de selección del contratista en este caso), por cuanto no preparó de manera lógica, coherente y oportuna el proyecto constructivo y decidió adelantar el proceso de selección, tendiente a escoger el contratista que ejecutaría las obras estructurales del edificio, sin haber solicitado, siquiera, la licencia de construcción y sin tener los planos y diseños estructurales definitivos, según se desprende de la prueba allegada al proceso (ver numeral 6 de estas consideraciones). Una correcta planeación del proyecto implicaba que la entidad administrativa hubiera encomendado al contratista la consecución de la licencia de construcción y la elaboración de los planos y diseños estructurales o, en caso contrario, que hubiera iniciado el proceso de selección sólo cuando contara con éstos.

La falta de planeación trajo como resultado que la entidad administrativa incumpliera las obligaciones contractuales a su cargo (artículos 1603 del C.C. y 4 – numeral 9- de la Ley 80 de 1993). Las obras, que debían ejecutarse en 168 días empezaron el 20 de junio de 1995, esto es, 14 meses y doce días después de iniciado el plazo contractual, porque sólo en mayo de ese año la entidad obtuvo la licencia de construcción provisional y ello generó que la vigencia del contrato se extendiera casi por dos (2) años, cuando estaba prevista en nueve (9) meses, de manera que los sobrecostos alegados por el demandante tienen origen en el comportamiento antijurídico de la entidad contratante, es decir, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo y no en la ruptura del equilibrio contractual determinado por la expedición de normas de carácter general, impersonal y abstracto, por el ejercicio de prerrogativas legales propias de la entidad contratante o por hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles que se ubiquen en la noción de imprevisión.

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, la Sala no puede dejar de llamar la atención respecto de la afirmación, del Tribunal de primera instancia, atinente a que el contratista

convalidó el incumplimiento de su co-contratante, al suscribir el acta de inicio de las obras después de lo previsto y al recibir el anticipo 9 meses después de iniciada la vigencia del contrato.

En opinión de esta Sala, no consulta los postulados de justicia efectuar un juicio de reproche al contratista cumplido, señalando que con su obrar correcto y ajustado a derecho convalidó el comportamiento antijurídico de la entidad contratante, constitutivo de incumplimiento de obligaciones a su cargo, para concluir que aquél debió haber recibido el anticipo pactado, abstenerse de ejecutar las obras y demandar el incumplimiento del contrato. Tal recriminación se aleja de los principios fundamentales de los contratos y desconoce la buena fe y la confianza que deben regentar la celebración, la ejecución y la interpretación de tales actos jurídicos, según lo dispuesto por los artículos 1603 (en armonía con el 1618) del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 23 y 28 de la Ley 80 de 1993.

Por las razones expuestas, la Sala encuentra acreditado que la entidad demandada incumplió algunas de las obligaciones contractuales a su cargo, razón por la cual debe responder por los perjuicios causados al demandante, en la medida en que se encuentren probados en el proceso y tengan origen en los hechos constitutivos de incumplimiento.

El demandante reclama la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en la iniciación de las obras, representados en los mayores costos administrativos y en el mayor costo de materiales y equipos”.

Y resulta pertinente dada la confusión que, la redacción desafortunada de la parte final del número 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que precia *“Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*, ha generado en cuanto permite que se identifiquen los 2 eventos, el incumplimiento y la alteración de las condiciones económicas en las que se contrata.

2.2. La controversia relacionada con la compensación tarifaria.

El concesionario adujo el incumplimiento de la entidad demandada de las cargas que emergían del aparte 3 de la cláusula 18 del contrato, a saber: reconocer y **pagar** las compensaciones por diferencias entre las tarifas contractuales y las que, por decisiones administrativas que establecieron diferenciales, se cobraron, con el aserto según el cual se hallaban reconocidas en cuanto estaban documentas en actas suscritas por las partes contractuales y se hallaban causadas independiente de que no estuvieran documentadas en actas suscritas por los extremos del contrato, empero no se pagaron.

Por su parte la ANI se opuso a la prosperidad de la pretensión arguyendo que ni las suscritas ni las no suscritas fueron firmadas por el interventor por lo que no existía obligación.

La citada cláusula es del siguiente tenor:

“Las compensaciones tarifarias de que trata la cláusula 18 se pagarán mediante el mecanismo Presupuestal del INVÍAS. Para el efecto, **la obligación de compensación tarifaria del INVÍAS que se evidenciará por medio de un acta que suscribirán para el caso las partes**, se fondeará utilizando el mecanismo de liquidez establecido en la cláusula 20 de este contrato.

El INVIAS tendrá un término máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha en que el INVÍAS otorgue aceptación a la cesión de los derechos de cobro correspondientes que otorgará el concesionario con la respectiva entidad financiera, para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la tarifa Vigente del peaje y la tarifa Contractual, aceptación que deberá ser aceptada o rechazada dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud por parte del Concesionario. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes a la DTF más 5 puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado. Vencido este plazo sin que el INVÍAS haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la cláusula 49 de este Contrato”.

(Se destaca).

Pues bien, en términos de la anterior regla contractual la entidad demandada tenía el deber de reconocer las diferencias tarifarias considerando, para cada período de aforo, el valor de la tarifa contractual, el de la tarifa efectivamente recaudada y el número de vehículos de las diferentes categorías que transitaron por los diferentes peajes que resultaron afectados con la tarifa diferencial, (“Roble” “Albarracín” y “Tuta”) y de pagar, según el aparte destacado, cuando se presentara acta suscrita por las partes, y en cuanto esta cláusula debe interpretarse en forma consecuente con las 19 y 20, si dentro de los 54 meses siguientes a la suscripción del acta de iniciación de la etapa de construcción se presentaba reducción de ingresos en los términos de la cláusula 19, aparte 19.1, dentro de los 18 meses posteriores a la aceptación⁵, por parte del INVÍAS (o quien hiciera sus veces), de la cesión a la entidad financiera en la que se apoyara el concesionario para fondear la reducción, lo que debía hacer dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la mentada cesión, y si dentro de las 54 meses no se daba la reducción o con posterioridad a ellos, en forma inmediata.

Las pruebas adosadas al expediente en este particular, dan cuenta de que en las referidos peajes se presentaron diferencias tarifarias relacionadas, de un lado, con la afectación de las tarifas aludidas en el contrato y, de otro, por el establecimiento de nuevas categorías, como las especiales I y II de “Tuta”.

⁵ Y conforme con el artículo 1960 del Código Civil.

Así mismo que el consorcio demandante solicitó el reconocimiento para los siguientes períodos:

- 1: 23 de septiembre de 2002 a 22 de marzo de 2006.
2. *23 de marzo de 2006 a 22 de septiembre de 2006.*
3. 23 de septiembre de 2006 a 22 de marzo de 2007.
4. 23 de marzo de 2007 a 22 de septiembre de 2007.
5. *23 de septiembre de 2007 a 22 de marzo de 2008.*
6. *23 de marzo de 2008 a 22 de septiembre de 2008.*
7. *23 de septiembre de 2008 a 22 de marzo de 2009.*
8. *23 de marzo de 2009 a 22 de septiembre de 2009.*
9. *23 de septiembre de 2009 a 22 de marzo de 2010.*
10. *23 de marzo de 2010 a 22 de septiembre de 2010.*
11. *23 de septiembre de 2010 a 22 de marzo de 2011.*
12. *23 de marzo de 2011 a 22 de septiembre de 2011.*
13. *23 de septiembre de 2011 a 22 de marzo de 2012.*
14. *23 de marzo de 2012 a 22 de septiembre de 2012.*
15. *23 de septiembre de 2012 a 22 de marzo de 2013.*
16. *23 de marzo de 2013 a 22 de septiembre de 2013.*
17. *23 de septiembre de 2013 a 22 de marzo de 2014.*
18. *23 de marzo de 2014 a 22 de septiembre de 2014.*

Y que a través de sendas actas, la entidad convocante aceptó sus reclamaciones.

También que presentó solicitudes de compensación tarifaria para los siguientes períodos:

1. 23 de septiembre de 2014 a 22 de marzo de 2015.
2. 23 de marzo de 2015 a 22 de septiembre de 2015.
3. 23 de septiembre de 2015 a 22 de marzo de 2016.

Pero respecto de éstas la entidad demanda no suscribió la respectiva acta.

Así, dadas las pruebas allegadas al proceso y el contenido de la obligación cuyo cumplimiento se echa de menos, a juicio del Ministerio Público no hubo

incumplimiento de parte de la entidad demandada respecto del reconocimiento de las compensaciones para los periodos a los que se refieren las actas 1 a 18, no así respecto de aquellos de los que se ocupan las 1 a 3.

Y en el caso se impone decretar el incumplimiento en cuanto a éstas últimas corresponde.

Ahora, en cuanto a los valores a reconocer habrá de considerarse, a título de daño emergente, el valor de la respectiva compensación y de lucro cesante el de los intereses como moratorios (cláusula 49).

Aquí téngase en cuenta que si bien en el expediente obra dictamen pericial rendido por el perito Julio E. Villareal, que sobre el tema precisó que debía pagarse un valor de \$ 926.394,222,00., por el acta sin firma 1. \$ 822.226,391,00, por el acta sin firma 2 y \$ 752.836.741,00., por el acta sin firma 3, estas sumas resultan de la aplicación de la interpretación que sobre la cláusula 18 - 3 hizo la parte convocante, que consideraba un interés remuneratorio de DTF +5% y una de mora de 11.48%, ahí la precisión del perito en cuanto refiere *“[e]l perito precisa que al hacer su cálculo no está denominado esta cuantía de dinero como una deuda que la ANI tenga con CSS y tampoco emite ningún juicio de valor respecto a si esta cuantía corresponde o no a una compensación a favor del concesionario....”*

Y que las actas presentadas a firma que no lo fueron suscritas por la entidad contratante, deben considerarse fidedignas en cuanto a los valores que liquidan habida cuenta de que si bien fueron elaboradas por el concesionario, éste las elaboró con la misma metodología de las suscritas y, en todo caso, atendiendo el principio de la buena fe contractual.

2.3. Las pretensiones respecto de la reubicación de la Caseta de Peaje “Albarracín”.

El consorcio demandante aseveró que el contrato, con las modificaciones de 29 de septiembre de 2005, imponía la reubicación de la citada caseta de los sectores 8 y 9 comprendidos entre Villapinzón y Albarracín y Albarracín y Ventaquemada, al sector 7, comprendido entre los municipios de Chocontá y

Villapinzón, que no se llevó a cabo, con el consecuente impacto negativo en el recaudo de peajes, por razón de una decisión unilateral de la entidad convocada dictada el 25 de septiembre de 2009, que dispuso que construyera una nueva en las inmediaciones del lugar en el que se hallaba levantada la existente, lo que determinó que se edificara en el tramo 9 Albarracín – Ventaquemada, km 60 + 800 y empezara a operar desde finales de 2011.

La entidad demandada, por su parte, y en el entendido de que se demandaba por el incumplimiento, precisó que el contrato no consideraba el traslado alegado.

Pues bien, en el caso se esgrimió el rompimiento de la economía contractual por razón de una decisión unilateral de la administración que, como tal, debía ser acatada por el concesionario so pena de incurrir en incumplimiento.

Y ello en cuanto, en la práctica, se hallaba contenida en un acto administrativo contractual, de suyo ejecutivo, que materializó la competencia a la que se refieren los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, que autoriza la modificación unilateral, independiente de que no se haya pretextado tal competencia.

Al expediente se adosaron, entre otras, las siguientes pruebas relevantes:

- a) Copia del contrato de concesión 0377 de 2002, con la adenda de 29 de septiembre de 2005, que precisa:

“TRASLADO PEAJE ALBARRACÍN- Se ratifica que el concesionario adelantará todas las gestiones para trasladar la estación de peaje ‘Albarracín’ a un punto localizado en el trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón)...”.

- b) Copia del oficio de 25 de septiembre de 2009, por el cual el concedente requirió al concesionario así: *“a acatar la instrucción impartida por esta entidad, en cuanto a construir la nueva infraestructura del peaje Albarracín en los alrededores del peaje existente, aproximadamente en el KM 60+800”.*

Las 2 pruebas anteriores permiten aseverar que en el caso, mediante el oficio de 25 de septiembre de 2009, se modificó, en forma unilateral, el contrato 377 de 2002 con las modificaciones de 29 de septiembre de 2005, por lo que se debe tener por probado que hubo una determinación administrativa que impidió el traslado al trayecto 7 en cuanto impuso la construcción de la caseta en el lugar en el que se halla entre los trayectos 8 y 9.

Ahora, el dictamen pericial que se acompañó al proceso, con base en los estudios previos, los datos que reposaban en el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS -, sobre utilización de la vía, y una proyección de ésta, de la utilización, da cuenta de que el flujo de vehículos que circulaba y llegaría a circular en el tramo 7 era y sería significativamente mayor al que circulaba y llegaría a circular en los tramos 8 y 9, lo que permite inferir que el concesionario, a raíz de la decisión de 25 de septiembre de 2009, dejó de percibir una suma, también importante, por concepto de peajes.

Ahora, esas sumas que se dejaron de recibir, dadas las condiciones de esta clase de contratos, por ingreso esperado, generó unas condiciones económicas que afectaron la economía contractual dado lo significativo.

Esa circunstancia impone que se acceda a las pretensiones en cuanto a este particular se refiere.

Al efecto es plausible considerar el dictamen que sobre el particular se elaboró, empero, tomando en cuenta que las sumas a reconocer sólo serían, por el carácter declarativo de las pretensiones, las que fluyen de la diferencia de volúmenes de tráfico debidamente indexada, no ésta más los intereses, menos los que se pactaron para créditos que fluyeran de la terminación de acuerdo de voluntades o de la mora.

2.4. Las pretensiones respecto de la asunción, por parte del concesionario, de la tasa de vigilancia y la contribución de fomento al turismo.

Estas pretensiones, como se dejó precisado, se formularon con el aserto según el cual a partir del año 2012, la Superintendencia de Puertos y Transporte empezó a cobrar al concesionario una tasa por vigilancia, y también, a partir del

mismo año, el Ministerio de Industria y Turismo empezó a cobrar una contribución de fomento al turismo, con lo que, con decisiones tributarias se afectó la economía del contrato.

La ANI, adujo que esta pretensión no estaba llamada a prosperar, en lo fundamental, porque conforme con las cláusulas 15.4 y 46 del contrato la remuneración incorporaba costos directos e indirectos como los tributarios y así mismo asignaba esa carga al contratista.

Al expediente se allegó copia de la comunicación por medio de la cual la Superintendencia de Puertos y Transporte, conforme con las resoluciones 001025 de 23 de octubre de 2012 y 0007376 de 1 de noviembre de 2012, identificó al concesionario como sujeto pasivo de la contribución creada, así como las constancias de los pagos que éste hizo por concepto de la tasa de vigilancia, por manera que se halla probado que pagó tal carga.

Igualmente pruebas que dan cuenta que canceló la contribución al turismo.

Empero, esas circunstancias no son suficientes para considerar la afectación a la economía del contrato en la medida en que, conforme se dejó sentado, tal determinación sólo es posible en los casos en los que la decisión legislativa o reglamentaria impone una carga que no se hubiera asignado al contratista estatal o imprevista.

En el caso, y conforme lo avizó la entidad demandada, el riesgo relacionado con la inestabilidad tributaria - predecible en una economía de un país de la periferia y, por lo mismo, susceptible de ser atendida previas las correspondientes previsiones o planeación tributaria -, fue considerado al momento de contratar, al punto que se precisó que estaría a cargo del concesionario por manear que éste asumió la obligación de soportar el impacto que cualquier medida impositiva generara por razón del contrato durante el plazo de ejecución.

A juicio de esta Agencia del Ministerio Público no son de recibo las aseveraciones de la parte demandante que dan cuenta de que las cargas que se revisan no corresponden a los conceptos de tributo aludidos en la cláusula 46 que se

comenta en la medida en que se refería a los existentes para la época del contrato en cuanto la referida estipulación contractual que precisa “*El CONCESIONARIO pagará **todos los impuestos, tasas y contribuciones [TRIBUTOS]** de conformidad con las normas tributarias vigentes durante la ejecución del contrato...*”, se refiere a todos, los existentes y los que vinieran.

En este orden de ideas no es plausible aceptar que la alteración de las condiciones del contrato haya tenido como causa eficiente la determinación tributaria y el carácter de imprevisible de ésta, sino la asunción, por parte del concesionario, del riesgo tributario, y las pretensiones en este particular no están llamadas a prosperar.

3. La conclusión.

Con base en lo discurrido, esta Agencia del Ministerio Público es del criterio de que en el caso la demanda es inepta por indebida acumulación de pretensiones lo que impide un pronunciamiento de mérito, en su defecto un pronunciamiento de mérito respecto de las pretensiones relacionadas con la compensación tarifaria y, en defecto de lo anterior, que se acceda a las pretensiones respecto de las actas 1 a 3 y a las relacionadas con la compensación por la reubicación de la caseta de peaje “*Albarracín*” y se denieguen las relacionadas con el riesgo tributario.

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

Con toda consideración;

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO
Procurador 10º Judicial II Administrativo.