

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

CSS CONSTRUCTORES S.A.

VS.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-

RADICACIÓN 4677

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C, primero (1º) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

El Tribunal Arbitral (el “Tribunal” o el “Tribunal Arbitral”) integrado por los árbitros Fernando Sarmiento Cifuentes, Presidente, Carolina Guillén Gómez y Luis Hernando Gallo Medina, con la Secretaría de Patricia Zuleta García, constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre CSS CONSTRUCTORES S.A. (la “Convocante” o la “Demandante” o “Demandada en Reconvención” o “CSS”), como parte convocante, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI- (la “Convocada” o la “Demandada” o “Demandante en Reconvención” o “ANI”), como parte convocada, profiere el presente laudo arbitral (el “Laudo”), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 (la “Ley 1563”) y en el Código General del Proceso (“C.G.P.”), con lo cual se decide, con fuerza de cosa juzgada, el conflicto planteado en la demanda y en la demanda de reconvención, se resuelven las diferencias contractuales surgidas entre las partes y se pone fin a este trámite.

I. PARTES Y APODERADOS

1. Son Partes en este Proceso:

a. Como Demandante:

CSS CONSTRUCTORES S.A., sociedad anónima, legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, don domicilio en la ciudad de Bogotá, identificada con Nit. No. 832.006.599-

5, sociedad contratista concesionaria del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, representada legalmente por Jorge Alejandro González Gómez, lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente.

b. Como Demandada:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, representada por el doctor Alejandro Gutiérrez Ramírez.

2. Los Apoderados en este Proceso han sido:

a. De **CSS**, la doctora Patricia Mier Barros, a quien se le reconoció personería oportunamente, y ocasionalmente sustituyó su poder al doctor Daniel Benavides Sanseviero.

b. De **ANI**, el doctor Gabriel de Vega Pinzón, a quien se le reconoció personería oportunamente y ocasionalmente sustituyó su poder a la doctora Sandra Rodríguez Mora.

II. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de Convocatoria y designación de árbitros y Secretaría. Instalación del Tribunal.

3. El 5 de julio de 2016 la Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ("Centro de Arbitraje") la Demanda Inicial y, como parte de

ella, la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral para dirimir las diferencias existentes entre CSS y la ANI.¹

4. En el presente caso, y como fundamento de la sujeción al arbitraje, se invoca la cláusula compromisoria ("Cláusula Compromisoria"), recogida en la cláusula 61, numeral 61.2 del contrato de concesión No. 0377 de 2.002. ("Contrato"), cuyo tenor es:

"Si surgieren discrepancias o diferencias de cualquier índole entre el INVÍAS y el CONSESIONARIO, relacionadas o derivadas de este Contrato, diferentes de aquellas que no sean susceptibles de transacción o de aquellas que presten mérito ejecutivo, o que por cualquier razón no puedan ser resueltas de común acuerdo o mediante la amigable composición prevista en la Cláusula anterior, tales diferencias serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento que se regirá por las normas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. No obstante, lo anterior, y mientras de acuerdo con la ley y la jurisprudencia aplicable el Tribunal de Arbitramento no pueda decidir sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por el INVÍAS en ejercicio de sus facultades excepcionales, el Tribunal de Arbitramento no podrá decidir sobre la legalidad de dichos actos administrativos. Sin embargo, los efectos económicos de dichos actos si podrán ser motivo de transacción y/o conciliación con sujeción a lo establecido en la ley.

El Tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio, y demás normas pertinentes de acuerdo con las siguientes reglas:

- (i) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio, y los cuales serán

¹ Ibíd. – Folios 1 a 233.

designados de común acuerdo entre las Partes o en su defecto, si transcurridos diez (10) Días Calendario las Partes no se han puesto de acuerdo, serán designados por la Cámara de Comercio mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la misma;

(ii) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá;

(iii) El Tribunal decidirá en derecho; y

(iv) El Tribunal funcionará en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad”

5. De conformidad con lo previsto en el Acta de Designación de Árbitros², fueron designados de común acuerdo los doctores Fernando Sarmiento Cifuentes, Carolina Guillén Gómez y Luis Hernando Gallo Medina, como principales, y Emilio José Archila, María Helena Giraldo Gómez y María Teresa Palacio Jaramillo, como suplentes. Los principales aceptaron el nombramiento en la oportunidad legal.
6. El 6 de septiembre de 2016, mediante las correspondientes citaciones, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal.³
7. Mediante Auto No. 2 de la misma fecha, el Tribunal dispuso:
 - a. Designar a la doctora María Patricia Zuleta García como Secretaria.
 - b. Establecer como lugar de funcionamiento y de secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, localizado en la Calle 76 No.11-52 de Bogotá; y

² Cuaderno Principal No. 1 – Folio 133

³ Ibíd. – Folios 200 a 203

- c. Reconocer personería a los Apoderados.
8. En la misma fecha, mediante Auto No. 2, se inadmitió la Demanda y se ordenó requerir la subsanación de la misma, concediendo a la Convocante el término de cinco (5) días para ello.
 9. El 12 de septiembre de 2016, la Convocante subsanó la demanda, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal,⁴ y éste, mediante Auto No. 3 del 19 de septiembre de 2016, admitió la demanda y ordenó su notificación y correspondiente traslado a la Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual se surtió el siguiente 20 de septiembre.⁵
 10. El 28 de noviembre de 2016, de manera oportuna, la Convocada presentó escrito de contestación de la demanda, incluyendo la proposición de varias excepciones.⁶
 11. Asimismo, dentro del término de contestación de la demanda, la Convocada presentó demanda de reconvención,⁷ la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No 5 de 2 de diciembre de 2016.⁸
 12. CSS contestó oportunamente la demanda de reconvención.⁹
 13. Ambas Partes, en su calidad de demandantes (principal y en reconvención), tuvieron oportunidad de solicitar pruebas adicionales relativas a las excepciones propuestas por la contraparte demandadas (principal y en reconvención).¹⁰

⁴ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 220 y siguientes

⁵ *Ibíd.* – Folios 207 y siguientes

⁶ *Ibíd.* – Folios 279 a 341

⁷ *Ibíd.* – Folios 253 a 278

⁸ *Ibíd.* – Folios 251 a 252

⁹ Cuaderno Principal No.2 – Folios 258 a 270

¹⁰ *Ibíd.* – Folios 319 a 363

14. Mediante Auto No. 7 del 28 de febrero de 2017, el Tribunal, entre otros aspectos, señaló como fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación el 13 de marzo de 2017 a las 10:00 a.m.¹¹
15. El 10 de marzo de 2017, CSS presentó escrito de *Reforma Integrada de la Demanda Arbitral* ("Demanda" o "Demanda Reformada").¹²
16. Mediante Auto No. 8 del 15 de marzo de 2017, se admitió la Demanda Reformada y se dispuso su notificación y traslado a la Convocada.¹³
17. El 5 de abril de 2017, de manera oportuna, la Convocada presentó escrito de contestación de la Demanda Reformada ("Contestación de la Demanda" o "Contestación de la Demanda Reformada"),¹⁴ incluyendo la proposición de varias excepciones ("Excepciones").¹⁵
18. El 24 de abril de 2017, CSS, de manera oportuna solicitó pruebas adicionales en relación con la Contestación de la Demanda Reformada.
19. Seguidamente, se señaló la fecha del 3 de mayo de 2017 para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación.¹⁶

¹¹ Ibid. – Folios 364 a 366

¹² Cuaderno Principal No. 3 - Folios 4 a 72

Toda vez que, según el artículo 93 (3) del C.G.P., la reforma de la demanda presentarse "debidamente integrada en un solo escrito, para identificar la presentada por CSS se utilizarán indistintamente los términos definidos "**Demanda**" o "**Demanda Reformada**".

¹³ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 1 a 3

¹⁴ Dado el requerimiento de presentar la reforma de la demanda en un escrito integrado, la respuesta correspondiente debe, asimismo, presentarse de manera completa, motivo por el cual para identificar la presentada por la ANI se utilizarán indistintamente los términos definidos "**Contestación de la Demanda**" o "**Contestación de la Demanda Reformada**".

¹⁵ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 119 a 120

¹⁶ Cuaderno Principal No. 3 – Folio 120

20. Antes de dar inicio a la Audiencia de Conciliación, mediante escrito del 3 de mayo de 2017, la ANI presentó escrito de reforma de la demanda de reconvención ("Reconvención" o "Demanda de Reconvención" o "Demanda de Reconvención Reformada").¹⁷
21. Mediante Auto No. 10 del 4 de mayo de 2017, se admitió la Demanda de Reconvención Reformada y se dispuso su notificación y traslado a la Convocada.
22. El 22 de mayo de 2017, la Convocante presentó la correspondiente contestación ("Contestación de la Reconvención" o "Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada"), incluyendo la formulación de varias Excepciones.¹⁸
23. El 1 de junio de 2017, dentro del término legal, la Convocada recorrió el traslado de las mencionadas Excepciones y solicitó pruebas adicionales.¹⁹
24. El 24 de julio de 2017 se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Conciliación (Acta No. 13), la cual fue declarada fallida mediante Auto No. 15.²⁰, audiencia que inició el 22 de junio de 2017 suspendida por solicitud conjunta de las Partes manifestada en la misma audiencia.²¹

B. Fijación y pago de honorarios

¹⁷ Cuaderno Principal No. 3. – Folios 156 a 184

¹⁸ Ibid. Folios 187 a 203

La misma consideración hecha respecto de la Contestación de la Demanda se aplicará para identificar la contestación de la Reconvención mediante el empleo indistinto de los términos definidos "**Contestación de la Reconvención**" o "**Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada**". A su turno, la Contestación de la Demanda y la Contestación de la Reconvención se identificarán colectivamente como las "**Contestaciones**".

De otro lado, y por el mismo motivo señalado respecto de la Demanda Reformada, para identificar la reconvención formulada por la ANI, se utilizarán indistintamente los términos definidos "**Reconvención**" o "**Demanda de Reconvención**" o "**Demanda de Reconvención Reformada**".

¹⁹ Ibid. – Folios 208 a 215

²⁰ Ibid. – Folios 233 a 235

²¹ Ibid. – Folios 228 a 232

25. Mediante Auto No. 15 del 24 de julio de 2017 el Tribunal señaló las sumas correspondientes a los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los gastos de secretaría, los cuales fueron atendidos oportunamente en su integridad por CSS.

C. Primera Audiencia de Trámite. Competencia y decreto de pruebas.

26. El 4 de septiembre de 2017 tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite, a cuyo efecto el Tribunal:²²

a. Mediante Auto No. 18 se declaró competente para conocer y resolver la Demanda, la Reconvención y las respectivas Contestaciones, incluidas las Excepciones.

b. Mediante Auto No. 20 resolvió sobre las pruebas pedidas por las Partes, decretando y teniendo como tales las siguientes:

i. Documentales:

Las aportadas por las Partes en la Demanda Inicial, en la Demanda Reformada, Objeción al Juramento Estimatorio, en la Reconvención Inicial, en la Reconvención Reformada, en las Contestaciones y en los escritos relativos a las Excepciones.

ii. Prueba por Informe:

Por Secretaría se libraron los oficios correspondientes a lo solicitado por la **Convocante**, así:

a. A la Fiduciaria BBVA (MARIA DEL PILAR RODRIGUEZ PARDO Servicios Fiduciarios-Directora de Negocios)

b. A CSS CONSTRUCTORES

²² Folios 245 a 259 del Cuaderno Principal No. 3

c. A la Interventoría CONSORCIO INTERVENTORÍA BTS (Ingeniero JAIME SALCEDO CASTRO Representante Legal)

iii. Testimonios:

Los de las personas indicadas en la tabla que sigue, donde se identifica la Parte solicitante:

No.	Nombre	Convocante	Convocada
1	Helena Andrea Amaya		x
2	Patricia Bernal		x

iv. Dictámenes periciales a solicitud de parte:

A cargo de un perito técnico, experto en materias financieras y/o económicas con experiencia en proyectos de concesión de concesión e infraestructura y con especialidad en conocimientos financieros a solicitud de ambas Partes.

v. Inspección Judicial:

Al Área de Servicio de la Concesión Briceño Tunja Sogamoso localizada en el municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca.

D. Práctica de pruebas:

27. La práctica de las pruebas anteriormente relacionadas se llevó a cabo, en lo pertinente, de la siguiente manera:

c. Testimonios:

No se recibieron los Testimonios por haber desistido la ANI de la práctica de la prueba, como se especifica en la tabla siguiente:

No.	Testigo	Fecha Desistimiento Testimonio
1	El Testimonio de la ingeniera Patricia Bernal solicitado por la ANI fue desistido	28 de febrero de 2018, desistimiento aceptado mediante Auto No. 28 ²³ de la misma fecha por reunir los requisitos del art. 175 del CGP
2	El Testimonio de la ingeniera Helena Amaya solicitado por la ANI fue desistido	5 de abril de 2018, desistimiento aceptado mediante Auto No. 31 ²⁴ Del 9 de abril de 2018 por reunir los requisitos del art. 175 del CGP

d. **Dictámenes:**

Dictámenes periciales a solicitud de parte:

- i. Solicitado por la **Convocante** y por la **Convocada** a cargo de un perito experto en materias financieras y/o económicas con experiencia en proyectos de concesión e infraestructura y con especialidad en conocimientos financieros.
- ii. Para fines de estos dictámenes, se designó a **Julio Villarreal Navarro**.²⁵
- iii. Del Dictamen se dio traslado el 19 de abril de 2018 mediante fijación en lista, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal mediante Auto No. 31 del 9 de abril

²³ Cuaderno Principal No. 4- Folio 119

²⁴ Ibidem – Folio 256

²⁵ Cuaderno Principal No. 4 – Folio 26

de 2018 y, dentro del término de su traslado, la Partes solicitaron aclaraciones y complementaciones del mismo.

iv. A través del Auto del 18 de mayo de 2018²⁶, se ordenó al Perito atender las solicitudes de aclaraciones y complementaciones de las Partes.

v. En Julio 26 de 2018²⁷, se recibió en audiencia la declaración del perito Julio Villarreal Navarro, y las Partes hicieron uso de su derecho a controvertir el dictamen. Igualmente interrogó el Agente del Ministerio Público.

e. **Prueba por Informe:**

El informe a cargo de la Interventoría CONSORCIO INTERVENTORÍA BTS, se recibió el 27 de noviembre de 2017,²⁸ y de éste se corrió traslado a las Partes mediante Auto No. 26 del 11 de diciembre de 2017.²⁹

El informe a cargo de la Fiduciaria BBVA ASST MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA se recibió el 04 de diciembre de 2017³⁰, y de éste se corrió traslado a las Partes mediante Auto No. 26 del 11 de diciembre de 2017.³¹

El informe a cargo de CSS CONSTRUCTORES se recibió el 05 de diciembre de 2017,³² y de éste se corrió traslado a las Partes mediante Auto No. 26 del 11 de diciembre de 2017.³³

²⁶ Ibidem – Folio 275

²⁷ Cuaderno Principal No. 5 – Folio 42

²⁸ Ibidem – Folios 84 a 99

²⁹ Ibidem – Folio 83

³⁰ Cuaderno Principal No. 4 – Folio 100 a 102

³¹ Cuaderno Principal No. 4 – Folio 83

³² Cuaderno Principal No. 45 – Folios 103 a 104

³³ Ibidem – Folio 83

Transcurrido el traslado las Partes guardaron silencio.

f. **Inspección Judicial:**

El 8 de noviembre de 2017, se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial al Área de Servicio de la Concesión Briceño Tunja Sogamoso localizada en el Km 33, en el costado izquierdo, en el Municipio de Chocontá, Vereda Saucio en el Departamento de Cundinamarca, con el fin de verificar la construcción del área de servicio Trayecto 6 y su operación en los términos del contrato 0377 de 2002.³⁴

C. Alegatos. Audiencia de fallo

28. Mediante Auto No. 38 del 26 de julio de 2018, y habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas en el Proceso, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa de instrucción y fijó el 1º de octubre de 2018 para llevar a cabo la Audiencia de Alegatos de Conclusión.

29. En tal fecha las Partes hicieron sus exposiciones orales y entregaron los Alegatos, los cuales abordan de manera detallada, la posición y fundamentos sostenidos por cada una de ellas a lo largo de este Proceso.

30. En la misma audiencia el Agente del Ministerio Público presentó una introducción de los argumentos que plasmó en el concepto que radicó el 5 de octubre de 2018.³⁵ La Parte Convocante le solicitó al Tribunal un término especial para pronunciarse sobre la nulidad sustancial planteada por el Agente del Ministerio Público en su intervención.

31. El 9 de octubre de 2018, la apoderada de la Convocante presentó un escrito mediante el cual manifestó tenía por objeto desvirtuar integralmente la existencia de la causal de nulidad del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, invocada por el señor delegado del Ministerio Público en la audiencia del 1 de octubre del año en curso, en la que las Partes procesales presentaron los alegatos de

³⁴ Cuaderno Principal No. 4 – Folios 54 a 59 (Acta No. 19-Diligencia y Objeto de la Inspección Judicial), Folios 60 a 71 (Transcripción del desarrollo de la diligencia de inspección judicial) y Folio 60 (Fotos diligencia Inspección Judicial).

³⁵ Cuaderno Principal No. 6 – Folios 276-331

conclusión en este trámite arbitral, de conformidad con la autorización que a este efecto le concediera el Tribunal en la misma sesión.³⁶

32. Mediante Auto No.40 del 1º. de octubre de 2018, se fijó fecha para la Audiencia de lectura del Laudo, esta fecha fue modificada mediante Auto No. 41 del 3 de diciembre de 2018.

33. Mediante Auto No.41 del 3 de diciembre de 2018, se fijó nueva fecha para la Audiencia de lectura del Laudo, para el 25 de enero de 2.019; esta fecha fue modificada nuevamente mediante Auto No. 42 del 24 de enero de 2.019. Por último, mediante Auto No. 43 del 30 de enero de 2.019 se fijó como fecha para la lectura del laudo, el primero (1) de febrero de 2.019.

D. Término de duración del Proceso:

- La primera audiencia de trámite concluyó el 4 de septiembre de 2017.
- En tales circunstancias, el término para concluir las actuaciones del Tribunal expiraría el 4 de marzo de 2018.
- Sin embargo, a dicho término, por virtud del artículo 11 de la ley 1563 de 2012, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido hasta la fecha por solicitud de las Partes, así:

Suspensión ACTA	Providencia	Término de suspensión	Días hábiles (adicionar)
Acta No. 16	Auto No. 21 14/09/2017	Entre el 15 de septiembre de 2017 al 20 de octubre de 2017, ambas fechas incluidas	25
Acta No.20	Auto No.26 11/12/2017	Entre el 18 de diciembre de 2017 y el 27 de febrero de 2018, ambas fechas incluidas	49
Acta No.21	Auto No.29 28/02/2018	Entre el 12 de marzo de 2018 y el 06 de abril de 2018, ambas fechas incluidas	17
Total, días hábiles suspendidos a la fecha			91

³⁶

Ibidem – Folios 332 a 370

En consecuencia, al sumar los noventa y un días (91) hábiles durante los cuales el proceso arbitral estuvo suspendido, el término vencería el 19 de julio de 2018, como quedó consignado en el Acta No. 26 del 25 de mayo de 2018.

Seguidamente en la misma audiencia, las Partes solicitaron una prórroga del trámite arbitral por seis (6) meses adicionales, la cual fue decretada por el Tribunal mediante Auto No. 33 de fecha 25 de mayo de 2018, en el numeral primero y, en el numeral segundo señaló que como consecuencia de la prórroga, el término del proceso arbitral se extiende hasta el 19 de enero de 2019, sin perjuicio de las suspensiones que pudieran presentarse.

Posteriormente finalizada la audiencia de alegaciones, los apoderados de las Partes solicitaron de común acuerdo una nueva suspensión del término del proceso arbitral a partir del 8 de octubre de 2018 hasta el 2 de diciembre de 2018, ambas fechas inclusive, suspensión que fue decretada por el Tribunal mediante Auto No. 40 del 1º. de octubre de 2018.³⁷

Esta última suspensión da un total de 37 días hábiles suspendidos, de los cuales solo se sumarán 29 pues, conforme lo ordena el Estatuto Arbitral en su artículo 11, de los días suspendidos sólo tendrá en cuenta 120 días hábiles.

En consecuencia, al sumar los veintinueve (29) días, que en esta oportunidad se deben contar a partir del 19 de enero de 2018, da que el término vence el próximo **28 de febrero de 2019**.

³⁷ Cuaderno Principal No. 5- Folio 79

III. PRETENSIONES Y DEFENSAS DE LAS PARTES

A. Pretensiones de CSS

La Parte Convocante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (las “Pretensiones”), que se transcriben tal y como fueron presentadas en la Demanda Reformada de manera Integral³⁸

“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 2002.

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 COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN EN LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN-TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE-NOBSA-SOGAMOSO).**

QUINTA: Que se declare que el 15 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, se comprometió al pago de una compensación a cargo de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** como consecuencia del mayor plazo de las obligaciones de operación y mantenimiento del concesionario, debido al aplazamiento de la suscripción del documento final de ajustes de cláusulas y el aplazamiento de la entrega de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 del Proyecto en concesión, en los siguientes términos consignados en el modificatorio No. 12 del 15 de septiembre de 2005:

³⁸ Cuaderno Principal No. 3- Folios 4 a 8

“PRIMERO: Aplazar la firma del Documento Final de Ajuste de Cláusulas; la cual deberá adelantarse el día viernes treinta (30) de septiembre del año en curso.

*SEGUNDO: Se deja constancia que el aplazamiento de la firma del documento final de modificación de cláusulas **da lugar a una compensación a favor del concesionario. La compensación se origina en razón a que la fecha de entrega de los trayectos 8, 9, 10 y 17 también es aplazada, y el Concesionario continuará con la obligación de Operación y Mantenimiento en los mencionados trayectos hasta la entrega efectiva de los mismos.***

PARÁGRAFO: El INCO y el CONCESIONARIO acuerdan que la compensación a favor del CONCESIONARIO por estos conceptos quedará establecida y formalizada en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas.

TERCERO: La devolución de los trayectos 8, 9, 10 y 17, se efectuará en los términos antes descritos y en la misma fecha de suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas”.

SEXTA: *Que se declare que en el documento modificatorio No. 13 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 que el CONCESIONARIO continuaría siendo el responsable del mantenimiento y operación de los tramos 8, 9, 10 y 17 por un término no mayor a seis (6) meses, en el cual se generaría una compensación a favor del concesionario.*

SÉPTIMA: *Que se declare que mediante documento modificatorio No. 14 del 27 de enero de 2006, se pactó entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, un plazo de cinco (5) años para la ejecución de las actividades de los trayectos 8, 9, 10 y 17, plazo en el cual **CSS CONSTRUCTORES S.A.** sería responsable de la operación y mantenimiento de esos tramos.*

OCTAVA: *Que se declare, que por hechos no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** no fue posible terminar la construcción de los tramos 8, 9, 10 y 17 en el plazo de cinco (5) años, en los términos pactados en el documento modificatorio No. 14 del 27 de enero de 2006.*

NOVENA: *Que se declare que mediante el “Acta de aclaración de los criterios que se adoptarán a raíz de la finalización parcial de las obras contempladas en el alcance definitivo del proyecto y ajuste a la programación de ejecución de obras” suscrita el 26 de julio de 2010 por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, se ratificó la compensación causada a favor del Concesionario por el mayor plazo en la operación y mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, en los términos pactados el 27 de enero de 2006.*

DÉCIMA: *Que se declare que el 18 de marzo de 2011, se suscribió el Acta de Finalización de obras de varios Trayectos, incluyendo los trayectos 11 y 18.*

UNDÉCIMA: *Que se declare que el 27 de enero de 2011, **CSS CONSTRUCTORES S.A.** finalizó las obras correspondientes a los trayectos 8, 9, 10 y 17 del contrato de concesión N° 0377 de 2002, salvo en lo referente a los sectores cuya intervención fue reprogramada en el Acta de Acuerdo del 26 de*

enero de 2011, acta en la cual, adicionalmente, se determinó la metodología para verificar la terminación de las obras en estos trayectos.

DUODÉCIMA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe a CSS CONSTRUCTORES S.A., las sumas de dinero correspondientes a la compensación pactada en el acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006 respecto los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario.

DÉCIMO TERCERA: Que se declare que se han causado intereses de mora por 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 compensación causada por la ejecución de actividades de mantenimiento y operación en los trayectos 8, 9, 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (paso urbano por Tunja), 17 (la YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) y 18 (la YE-NOBSA-SOGAMOSO), del contrato de concesión 0377 de 2002.

DÉCIMO CUARTA: Que se declare que a 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 compensación causada por la ejecución de actividades de mantenimiento y operación en los trayectos 8, 9, 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (paso urbano por Tunja), 17 (la YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) y 18 (la YE-NOBSA-SOGAMOSO), le es aplicable la cláusula **12.2.1** del contrato de concesión 0377 de 2002.

DÉCIMO QUINTA: Que se declare que con corte al 28 de febrero de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIUN PESOS (\$ 88.969'345.921, oo.)**, por concepto de compensación causada por la ejecución de actividades de mantenimiento y operación en los trayectos 8, 9, 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (paso urbano por Tunja), 17 (la YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) y 18 (la YE-NOBSA-SOGAMOSO).

- **PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN DEBIDA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS AL CONCESIONARIO COMO CONSECUENCIA DEL PARO CAMPESINO PRESENTADO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2013.**

DÉCIMO 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 el equilibrio económico del contrato de concesión 0377 de 2002, por la ocurrencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.

DÉCIMO SEPTIMA: Que se declare que la ocurrencia del “Paro Agrario”, que inicio el 19 de agosto de 2013, causó perjuicios a CSS CONSTRUCTORES S.A. que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.

DÉCIMO OCTAVA: Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** debe restablecer el equilibrio económico del contrato a favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. por la ocurrencia del “Paro Agrario” que inició el 19 de agosto de 2013.

DÉCIMO NOVENA: Que se declare que con corte al 28 de febrero de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **SETECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$ 712'610.766, 00)**, por concepto de los perjuicios y/o mayores costos en que incurrió el concesionario como consecuencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.

- **PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON LA COMPENSACIÓN DEBIDA AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS POR EL CONCESIONARIO A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL.**

VIGÉSIMA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** incumplió la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que se declare que el 19 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, modificaron el pacto contenido en la cláusula 21.7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002 en cuanto a la definición del alcance básico y ejecución de un alcance condicionado del proyecto de concesión Briceño Tunja Sogamoso.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se declare que la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002, en lo relativo a la nueva definición de “Alcance Definitivo” del proyecto, resultó en la necesidad de anticipar el fondeo previsto para la etapa de operación y mantenimiento a la etapa de construcción en lo concerniente a la gestión predial del proyecto por parte de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**

VIGÉSIMO TERCERA: Que se declare que el 27 de enero de 2006 se incluyeron por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** actividades al contrato de concesión No. 0377 de 2002, relacionadas con la construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso).

VIGÉSIMA CUARTA: Que se declare que a la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 relacionada con la definición de “Alcance Definitivo” del proyecto, así como las actividades relacionadas con la construcción de los trayectos, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso) de la Concesión Briceño-Tunja-Sogamoso, le es aplicable lo previsto en la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

VIGÉSIMA QUINTA: Que se declare que en cumplimiento con lo previsto en la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado los fondeos adicionales que la cuenta de predios de la fiducia del contrato de concesión ha requerido.

VIGÉSIMA SEXTA: Que se declare que desde el 24 de marzo de 2010, **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado los fondeos adicionales a las cuentas Predios y Predios Contrato Adicional, cuya certificación ha expedido la Fiduciaria del proyecto, y cuya relación se incluye en los informes que con periodicidad mensual remite la Fiduciaria tanto al Concesionario como a la Agencia Nacional de Infraestructura.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, incumplió la obligación de reconocimiento y reembolso

de las sumas aportadas en exceso del presupuesto de Predios por el Concesionario, constitutivos de los fondeos adicionales identificados en la pretensión vigésima sexta anterior.

VIGÉSIMA OCTAVA: Que se declare que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado los fondeos adicionales, esto es, en exceso al presupuesto del presupuesto de predios del contrato de concesión No. 0377 de 2009 por la suma de CINCuenta Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$53.619.830.287).

VIGÉSIMA NOVENA: Que se declare que para la liquidación de los intereses para el pago al Concesionario **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de los fondeos adicionales que ha requerido la gestión predial del proyecto, deben aplicarse las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

TRIGÉSIMA: Que se declare que con corte al 28 de febrero de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **CIENTO OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$108.653'696.468)**, por concepto de fondeos adicionales realizados a la cuenta predios y a la cuenta predios adicional del Contrato de concesión No. 0377 de 2002.

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 **CIENTO NOVENA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SESICIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$198.335'653.155,00)**, liquidado a 28 de febrero 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, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas DÉCIMO QUINTA, DÉCIMO NOVENA y TRIGÉSIMA, en concordancia con la desagregación que se formula en el juramento estimatorio de esta demanda.

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 de conformidad con lo dispuesto 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 desde la fecha en que han debido pagarse las respectivas obligaciones hasta la fecha de la expedición del Laudo Arbitral, mediante la aplicación del IPC vigente desde la causación de cada obligación hasta la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE 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) desde la ejecutoria del laudo hasta la fecha que se haga el pago efectivo de las mismas.

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) desde la ejecutoria del laudo hasta la fecha que se haga el pago efectivo de las mismas.

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

A.1. Los Hechos alegados en la Reforma de la Demanda Integrada

La Reforma de la Demanda Integrada³⁹ además de identificar a las Partes, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, referirse a la cuantía de las pretensiones dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso respecto del juramento estimatorio, acompañar y solicitar la práctica de pruebas e incluir la información para fines de notificaciones, incluyó una versión de los hechos (los “Hechos”) que divide por temas, y, que pueden sintetizarse así:

1. Como antecedentes generales del conflicto, indicó la Convocante que el día 15 de julio de 2002 se suscribió el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 (“el Contrato”) entre el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y el Consorcio Solarte Solarte, cuyo objeto estaba contenido en la cláusula segunda.
2. Dicho contrato, fue cedido por el INVÍAS al Instituto Nacional de Concesiones – INCO- a través de la Resolución No. 003045 del 22 de agosto de 2015, para lo cual se suscribió el correspondiente acuerdo modificadorio el día 15 de junio de 2004.
3. Posteriormente, el Consorcio Solarte Solarte cedió el Contrato a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. – hoy Convocante-, mediante el documento denominado “Cesión de contrato de concesión número 0377 del 15 de junio de 2002”.
4. En cuanto a los motivos específicos de reclamación judicial, la Convocante ha presentado los siguientes capítulos:

5. ANTECEDENTES RESPECTO DEL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN EN LOS TRAYECTOS 8,9 10 (VILLAPINZÓN-TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBABOSA SOGAMOSO) Y 18 (LA YE-NOBSA-SOGAMOSO)

Establece la Convocante que:

6. Para los efectos del caso, dentro del Contrato se pactó que se haría la operación y mantenimiento de los Trayectos 8,9, 10, 11, 17 y 18, cada uno de los cuales fue precisamente individualizado en el texto contractual.

7. El 29 de julio de 2005 se suscribió el “Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “Briceño- Tunja Sogamoso”, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones- Inco- y el Consorcio Solarte Solarte”. A juicio de la Convocante, con el aludido Acuerdo se redefinió el alcance físico del Contrato y, consecuentemente, se eliminaron todas las obligaciones del Concesionario asociadas a los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y se eliminaron las obligaciones de mantenimiento y operación para los Trayectos 11 y 18.

8. Expresa que en el numeral quinto del Acuerdo de 29 julio de 2005 se pactó que el Concesionario realizaría la devolución de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al INCO y el INCO al Instituto Nacional de Vías. Así mismo, señala que en el numeral sexto se dispuso que las modificaciones y ajustes de dicho Acuerdo se materializarían en un Documento Final de Ajuste de Cláusulas, que debería suscribirse a más tardar el día 15 de septiembre de 2005, fecha en la que también se realizaría la devolución de los Trayectos descritos.

9. Llegado el día 15 de septiembre de 2005, no se suscribió el Documento Final de Ajuste de Cláusulas, ni se efectuó la devolución de los Trayectos. Sin embargo, se firmó el “Acuerdo para el aplazamiento de la firma del documento final de ajuste de cláusulas al contrato de concesión 0377 de 2002 del proyecto vial “Briceño-Tunja- Sogamoso”.

10. El día 29 de septiembre de 2005, se suscribió el Documento Final de Ajuste de Cláusulas, con el cual, a juicio de la sociedad Convocante, se materializó la modificación relativa a los Trayectos 8, 9, 10 y 17, que contempló la eliminación de todas las obligaciones a cargo del Concesionario y la eliminación de las obligaciones de mantenimiento y operación de los Trayectos 11 y 18, una vez la

Convocante culminara los trabajos de rehabilitación que adelantaba en dichos trayectos y fueran recibidos a entera satisfacción por el INCO.

11. Sumado a lo anterior, en la Cláusula Tercera de dicho Documento Final se pactó que las Partes aplazarían la devolución de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, y que el Concesionario mantendría todas las obligaciones asociadas al mantenimiento y operación, por un término mayor de seis (6) meses. Como consecuencia de lo anterior, en el párrafo de dicha cláusula se pactó que las Partes acordarían una compensación a favor del Concesionario por mantener las obligaciones asociadas a la Operación y Mantenimiento de los Trayectos mencionados y que se formalizaría en un documento que debía ser firmado en máximo dos meses contados desde la firma del Documento Final.

12. A pesar de lo pactado, dentro de los dos meses siguientes no se suscribió ningún documento relativo a la compensación. No obstante lo anterior, a finales del año 2005, las Partes iniciaron conversaciones tendientes a que el Concesionario presentara una nueva propuesta para intervenir los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo el mantenimiento y operación de estos.

13. Como resultado de esas conversaciones, el 27 de enero de 2006, se suscribió un documento de modificación al Contrato, en cuyo objeto se determinó, entre otras cosas, que “EL CONCESIONARIO (...) se obliga a ejecutar las actividades de construcción de los trayectos 8,9 10 y 17 (...) incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un periodo de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados”

14. Por su parte, en la cláusula sexta se pactó que “con el objeto de reincorporar al contrato de concesión N°0377/2002 las actividades de mantenimiento y operación para los trayectos 8 a 10 (...), 11 (...), 17 (...) y 18, al término de las obras de construcción de cada trayecto, actividades que fueron excluidas del alcance contractual a través del “Documento Final de Ajuste de Cláusulas” suscrito el 29 de septiembre de 2005, las partes acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. En todo caso durante toda la etapa de construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha”

15. Para dar cumplimiento al nuevo acuerdo, el 15 de diciembre de 2006, se suscribió el “Acta de constancia de apropiación de los recursos requeridos para la ejecución de las actividades en los trayectos 8, 9, 10 y 17 (...) previstas en el documento modificadorio de 27 de enero de 2006”.

16. Aduce la Convocante que por diferentes situaciones se dificultó el avance de las obras de construcción, a tal punto que aún no se ha suscrito el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación, a pesar de que en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas se previó que “para los Trayectos, definidos en el Alcance Definitivo, la Etapa de Construcción es el periodo de máximo cinco (5) años contados desde el 29 de julio de 2005”

17. El 26 de julio de 2010, se suscribió el “Acta de aclaración de los criterios que se adoptarán a raíz de la finalización parcial de las obras contempladas en el alcance definitivo del proyecto y ajuste a la programación de ejecución de obras. En el numeral quinto de esa Acta se “aclaró” que “aun cuando se suscriba el Acta de Finalización de las obras del trayecto”, para los trayectos 11 y 18, el Concesionario continuará a cargo del mantenimiento y operación de dichos trayectos mientras el contrato permanezca en su Etapa de Construcción, lo anterior en los términos estipulados en la cláusula sexta del contrato adicional suscrito el 27 de enero de 2006, sin que haya lugar, al menos hasta ese momento, a la devolución de dichos trayectos al INVIAS, ni a ningún tipo de compensación adicional a favor del concesionario”

18. Ese numeral 5 ha generado, según la Convocante, múltiples interpretaciones: De un lado, para la Convocada implica que el Concesionario deberá continuar con el mantenimiento y operación de los trayectos 11 y 18 hasta que termine la Etapa de Construcción y que por ello no habrá ningún tipo de compensación; por el otro, para la Convocante, significa que deberán causarse las compensaciones previstas en la cláusula sexta del contrato adicional suscrito el 27 de enero de 2006, sin que haya lugar a compensaciones adicionales

19. El 18 de marzo de 2011 se firmó el “Acta de Finalización de obras de los trayectos 2,4,5,6,7,11,12,13,14,15,16 y 18” que da cuenta que la totalidad de las obras previstas en los Trayectos 11 y 18, entre otros, se ejecutaron dentro del plazo que vencía el 29 de julio de 2010 y que no se vio afectado por el Acta de 26 de julio de 2010.

20. De otro lado, el 26 de enero de 2011, se suscribió un “Acta de Acuerdo” en la que, tomando en cuenta los diferentes inconvenientes y circunstancias que limitaron la ejecución de obras que fueron objeto del modificadorio de 27 de enero de 2006, se amplió el plazo previsto para los sectores allí

relacionados, todos ellos incluidos en los Trayectos 8, 9, 10 y 17, por un término máximo de seis meses contados desde el 27 de enero de 2011.

21. Según el Concesionario, el 26 de enero de 2011, estando dentro plazo que vencía el 27 de enero de 2011, remitió al interventor y al INCO, la carta 0139-35, a través de la cual informó sobre la terminación de las obras previstas para los Trayectos 8,9 10 y 17, con la información documental pertinente. No obstante, a la fecha de presentación de la demanda no se han suscrito las correspondientes Acta de Finalización de Obras del Trayecto, por razones que, según su dicho, no le son imputables.

22. Vencido la prórroga de seis (6) meses otorgada a través del Acta de Acuerdo del 27 de enero de 2011, aún persistían los inconvenientes que imposibilitaban el avance de las obras, pero a pesar de ello no se suscribió ningún nuevo documento. Solamente quedaron las constancias que el Concesionario realizó en los comunicados Nos. 0815 de 16 de mayo de 2011, 1062-25 de 14 de junio de 2011 y 1218-35 de 15 de julio de 2011.

23. Dado que se ha retrasado el avance de las obras por razones que, según la Convocante, no le son imputables, el Contrato aún continúa en Etapa de Construcción y, por lo tanto, el Concesionario aún continúa adelantando actividades de mantenimiento y operación en los Trayectos 8,9,10,11,17 y 18.

24. El 16 de mayo de 2011, el Concesionario remitió al INCO la carta 0816-35 a través de la cual presentó una relación de las compensaciones pendientes a favor del Concesionario, por el mantenimiento y operación de los Trayectos 8,9,10,11,17 y 18. Esta solicitud fue reiterada en la carta 0692-35 de 4 de junio de 2012, enviada a la Agencia Nacional de Infraestructura.

25. El Concesionario insistió en la reclamación por compensación al mantenimiento y operación realizado en los Trayectos Villapinzón-Tunja, Paso Urbano por Tunja, La Ye-Tibasosa-Sogamoso y La ye- Nobsa- Sogamoso, a través de las Cartas 1093-35 de 7 de septiembre de 2012 y 500-35 de 2 de mayo de 2013. Ante la falta de respuesta, el Concesionario continuó remitiendo cuadros con la liquidación y actualización de las deudas y compensaciones que dice se le adeudan.

26. El 20 de septiembre de 2013, la ANI y el Concesionario iniciaron conversaciones para solucionar los conflictos enunciados en el documento denominado "Bases de Conversaciones". Aunque las Partes alcanzaron algunos acuerdos sobre otros aspectos, ha quedado pendiente de

resolución el asunto atinente con el pago de las actividades de mantenimiento y operación de los tramos 8,9,10,11 y 17 ejecutadas por el Concesionario.

27. La ANI remitió al Concesionario la Carta con RAD Salida No. 2014-500-012042-012042-1 de 25 de junio de 2014, en la que expresó que “no hay lugar, por parte de la ANI, a reconocimiento de las actividades de operación y mantenimiento indicadas por el Concesionario, toda vez que el Concesionario, en referencia con los tramos objeto de este punto continua en etapa de construcción, de tal manera que le corresponde continuar bajo su costo y riesgo con las actividades de mantenimiento respectiva sobre la obra que actualmente está construyendo”. A esta carta dio respuesta el Concesionario reiterando que, a su modo de ver, sí tiene derecho a esa compensación en los términos pactados en los diferentes documentos contractuales.

28. Dado que no se ha generado ninguna solución directa, el Concesionario optó por acudir a uno de los mecanismos de solución establecidos en el Contrato.

29. Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la compensación, el Concesionario tomó las reglas definidas contractualmente, acogiendo como referencia para el cálculo una tasa de 11.48% EA, tasa determinada en el numeral 12.2.1 del Contrato para los costos de compensación por terminación anticipada.

30. Así las cosas, concluye la Convocante que el valor adeudado por la ANI, aplicando la metodología atrás señalada, con corte al 28 de febrero de 2017, asciende a COL \$88.969.345.921,00, integrado por un capital de COL\$ 54.111.664.191 y unos intereses de COL\$34.857.681.730.

31. ANTECEDENTES RESPECTO DEL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DEL PARO CAMPESINO PRESENTADO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2013

32. El lunes 19 de agosto de 2013, se inició en Colombia el denominado “paro nacional agrario” que contó con la movilización de organizaciones campesinas, de transportadores, de trabajadores de salud y la educación, entre otras. Dicho “paro” tuvo una presencia activa en el Departamento de Boyacá impidiendo la movilización de vehículos y generando vandalismo a bienes de la concesión.

33. El 23 de agosto de 2013, a través de la carta 946-35, el Concesionario reportó a la ANI las graves afectaciones a los servicios en el corredor concesionado en razón del “paro agrario”. En el oficio 976-35 de 20 de agosto de 2013, el Concesionario se refirió nuevamente a los inconvenientes generados en dicha protesta.

34. A través de las comunicaciones 1023-35 de 12 de septiembre de 2003 y 1069 -35 de septiembre de 2003, el Concesionario reportó a la ANI los daños sufridos en el corredor concesionado en Boyacá y Cundinamarca, incluyendo su cuantificación.

35. Sobre este tema, la Interventoría procedió a verificar la cuantificación de los daños y afectaciones al corredor concesionado, para lo cual planteó las observaciones contenidas en los Oficios INT-CSS/BTS-3384 e INT-CSS/BTS-3495. Sobre estas, la Convocante se pronunció mediante Carta 512-35 de mayo de 2014, aduciendo que los daños identificados para el sector de Boyacá se estimaban en \$389.528.859 y en \$23.000.000 para Cundinamarca.

36. La Convocante manifiesta que aunque este tema fue tratado en diferentes conversaciones y mesas de trabajo, se decidió que estos temas pendientes fueran resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias previstos contractualmente.

37. Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la deuda aquí plasmada, el Concesionario tomó las reglas definidas contractualmente, acogiendo como referencia para el cálculo una tasa de 11.48% EA, tasa determinada en el numeral 12.2.1 del Contrato para los gastos de compensación por terminación anticipada.

38. El valor de la deuda, aplicando la metodología descrita, con corte al 28 de febrero de 2017, asciende a la suma de COL \$712.610.766.

39. ANTECEDENTES RESPECTO DE LA COMPENSACIÓN AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL.

40. De manera general, el Contrato, en su Cláusula 21, referida a la adquisición de predios, estipula aspectos concernientes a los recursos para el cumplimiento en materia predial. En dicha cláusula se establecieron los porcentajes y los tiempos en que debía fondearse la Cuenta de Predios del Fideicomiso, tanto en la Etapa de Proconstrucción como en la Etapa de Operación y Mantenimiento.

41. Aunque la Cláusula 21.7 aludía a los fondeos en las Etapas ya mencionadas, el alcance físico contractual fue modificado por las Partes en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, lo que hizo necesario anticipar el fondeo previsto para la etapa de operación y mantenimiento a la etapa de construcción.

42. De igual manera, en el documento suscrito el 27 de enero de 2006, en el que se incluyeron las actividades de construcción de los Trayectos 8,9,10 y 17, también se hizo alusión expresa a la gestión predial para la ejecución de las obras adicionales.

43. Para facilitar el control de los recursos invertidos en la adquisición de los predios para desarrollar el alcance físico descrito en el documento de 27 de enero de 2006, se generó una nueva cuenta en el Fideicomiso, denominada “Predios Adicional”.

44. En el inciso final de la Cláusula 27.3 del Contrato se señaló que *“Cuando el saldo de la Cuenta de Predios sea insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, el CONCESIONARIO, con sus recursos propios complementará los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos. En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el INVÍAS al CONCESIONARIO en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio, mes a partir del cual el INVÍAS le reconocerá al CONCESIONARIO intereses sobre dichas sumas aportadas por el CONCESIONARIO en exceso del Presupuesto de Predios a una tasa mensual equivalente a la DTF efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%). Transcurrido el plazo de los dieciocho (18) meses sin que el INVÍAS haya pagado al CONCESIONARIO los recursos aportados por éste en exceso del Presupuesto de Predios, se generarán además intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 de este Contrato”*.

45. Según se informa, el Concesionario ha efectuado los fondeos requeridos a las cuentas Predios y Predios Adicional, asegurando la disponibilidad de recursos en estas, en un primer momento, alcanzando el valor definido como Presupuesto de Predio y, posteriormente, realizando los fondeos adicionales que debían ser objeto de compensación por parte de la ANI.

46. Especialmente, manifiesta la Convocante que en razón a las modificaciones que se hicieron al alcance físico del contrato de concesión, que implicaron pasar de la construcción de cerca de 30 Km de segunda calzada y 50 Km de tercer carril, a la construcción de cerca de 163 Km nuevos de segunda calzada, los requerimientos prediales para la ejecución del Contrato aumentaron de manera

significativa, sin que ello hubiere estado acompañado por un aumento del Presupuesto de Predios, habiéndose ejecutado el procedimiento definido en la cláusula 27.3 del Contrato, consistente en la complementación de los recursos faltantes por parte del Concesionario, bajo la premisa de su reconocimiento y reembolso por parte de la entidad concedente, aplicando la metodología de causación de intereses prevista contractualmente.

47. A través de múltiples comunicaciones, el Concesionario ha remitido cuadros con la liquidación de todas las deudas y compensaciones pendientes de pago, incluyendo la compensación por los fondeos adicionales a las cuentas Predios y Predios Adicional, junto con sus intereses corrientes y moratorios.

48. A pesar de que el 20 de septiembre de 2013 se iniciaron mesas de conversación entre las Partes, el pago aquí aludido no ha tenido lugar, por lo que se decidió someterlo a arbitraje.

49. Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la compensación, se aplicaron los parámetros establecidos en las cláusulas 27.3 y 49 del Contrato de concesión, así:

Durante los primeros dieciocho (18) meses, se aplicó a cada fondeo una tasa mensual equivalente a la DTF efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%).

Transcurrido el plazo inicial de los dieciocho (18) meses y hasta el momento del pago de la deuda, se aplican para cada fondeo intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 del Contrato.

50. El valor de la deuda, aplicando la metodología señalada, con corte al 28 de febrero de 2017, asciende a la suma de COL\$ 108.653'696.468, oo.

B. Pretensiones de la ANI en la demanda de Reconvención

La Parte Convocada solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (las "Pretensiones"), que se transcriben tal y como fueron presentadas en la Demanda de Reconvención Reformada de manera Integral:

I. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos y los fundamentos de derecho anteriormente expuestos son pretensiones de este libelo:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA. - Que se declare que la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado por la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 es contractualmente exigible a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**

SEGUNDA. - Que se declare que la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** ha incumplido la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado por la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, en lo referente al área de servicio ubicada en el Trayecto 6.

TERCERA. - Que se declare que la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado en por la Cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, en lo referente al área de servicio ubicada en el Trayecto 6.

CUARTA. - Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y al Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, la obligación de áreas de servicio ha sido modificada o eliminada.

QUINTA: Que se declare que la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** dejó de invertir en el proyecto los recursos necesarios para operar el área de servicio ubicada en el Trayecto 6 fue sellada por el Municipio de Chocontá en junio de 2009 hasta la fecha en que informó a la Agencia de su entrada en funcionamiento.

SEXTA: Que se declare que dichos recursos que no fueron invertidos en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 deben ser reintegrados a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.**

PRETENSIONES CONDENATORIAS

PRIMERA. - Que se CONDENE a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** a pagar a la ANI la suma de \$2.497.786.159 (DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE

MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS o al mayor valor que resulte probado en el proceso; y disponer que la anterior condena se actualice monetariamente hasta el momento de proferido el laudo arbitral y se ordene el pago de intereses moratorios sobre ella hasta que la suma de condena sea efectivamente pagada.

SEGUNDA: *Que se condene a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. al pago de intereses de mora sobre el valor de condena contenido en la pretensión primera condenatorio desde la fecha en que se cerró el Área de Servicio hasta la fecha de su apertura, en los términos de la Cláusula 49 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2.002.*

TERCERA: *Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada en reconvencción.”*

La Reforma de la Demanda de Reconvencción Integrada además de identificar a las Partes, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, referirse a la cuantía de las pretensiones dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso respecto del juramento estimatorio, acompañar y solicitar la práctica de pruebas e incluir la información para fines de notificaciones, trae la versión de los hechos que divide por temas, y, que pueden sintetizarse así:

- 1) Después de hacer una breve remisión a los antecedentes contractuales, manifiesta la **ANI** que según el Contrato era obligación del Concesionario realizar todas las obras previstas en el Alcance Básico y el Alcance Condicionado para todos los Trayectos y el mantenimiento y construcciones de los Puentes del Proyecto de conformidad con lo establecido en los Pliegos, las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento.
- 2) Igualmente, refiere a la Cláusula 37 que ordena entre otras la construcción y operación de las de las áreas de servicio y a la Cláusula Vigésima del Documento Final de Ajuste de Cláusulas en la que se manifestó que *“Se acuerda que el plazo máximo para la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de operación correspondiente a los peajes definitivos, los pesajes, las áreas de servicio al público los centros de control operacional corresponderá a doce (12) meses contados a partir de la fecha en la*

cual se hayan adquirido los predios necesarios y se cuente con las autorizaciones ambientales requeridas para su construcción”.

- 3) Por ende, a juicio de la **ANI**, era obligación contractual del Concesionario la de construir las áreas de servicio requeridas para el proyecto.
- 4) Manifiesta que el área de servicio ubicada en el Trayecto 6 fue sellada por el Municipio de Chocontá en junio de 2009 y que sólo hasta el día 22 de marzo de 2017 el Concesionario informó a la **ANI** que el área de servicio se encontraba en funcionamiento.
- 5) Indica la **ANI** que como consecuencia de los aproximadamente 92 meses que el área de servicio estuvo fuera de servicio, el Concesionario no invirtió los recursos del Contrato destinados para el funcionamiento de esta área, lo que le generó un ahorro, según la Interventoría \$2.497.786.159 (DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS).

C. Excepciones

Frente a la Demanda Reformada, la ANI propuso, para fines de su defensa, las siguientes:

EXCEPCIONES RESPECTO DEL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN EN LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO)

- **EL CONTRATO DE CONCESIÓN AUN CONTINÚA EN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN PARA LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO), POR LO TANTO, NO HAY LUGAR A REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR CONCEPTO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN)**

EXCEPCIONES REFERENTES “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DEL PARO CAMPESINO PRESENTADO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2013”

- INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 50.3 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002

EXEPCIONES RESPECTO DE “LA COMPENSACIÓN AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL”.

- EL CONCESIONARIO AÚN NO HA ADQUIRIDO LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS PARA EL PROYECTO POR LO CUAL NO HAY LUGAR A RECONOCERLE LA INDEXACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN)
- LA ANI NO CUENTA CON LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA RECONOCER EL CAPITAL DE LOS PREDIOS ADQUIRIDOS HASTA LA FECHA (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO)
- EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 21.2.1 NUMERAL IV

EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO

- DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES
- AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI
- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO
- FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIO
- EXCEPCIÓN GENÉRICA CON BASE EN EL ARTÍCULO 187 DEL CPACA y 282 DEL CGP

Frente a la Demanda de Reconvención, CSS propuso, para fines de su defensa, las siguientes:

- CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE CONSTRUIR EL AREA DE SERVICIO EN EL TRAYECTO 6;
- CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE OPERAR EL AREA DE SERVICIO DEL TRAYECTO 6;
- COBRO DE LO NO DEBIDO;

- **CARENCIA ABSOLUTA DE DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES;**
- **IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES QUE ENVUELVEN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE OBRAR CON BUENA FE OBJETIVA y la GENÉRICA O INNOMINADA.**

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. ASPECTOS PROCESALES

Previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- a. Tanto la Parte Convocante como la Parte Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir y, de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna. Por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido debidamente representadas al Proceso.
- b. Ambas Partes actuaron por conducto de apoderados autorizados y reconocidos como tales por el Tribunal.
- c. El Tribunal constató que:
 - i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
 - ii. Las Partes:
 - Eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas; y
 - Consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
 - iii. Las controversias planteadas se referían a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter al arbitraje y las Partes tenían capacidad para ello.

- d. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.

No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación. Adicionalmente, al tenor de lo previsto en el artículo 132 del C.G.P.⁴⁰, se efectuó el control de legalidad y, como consta en el Auto No. 39 de 26 de julio de 2018⁴¹ en el que se decretó el cierre de la etapa de instrucción del Arbitraje, el Tribunal – sin que hubiera habido objeción de las Partes- no encontró vicio que afectara la etapa probatoria y, por ende, requiriera su saneamiento.

Sin embargo, advierte el Tribunal, que en la audiencia de Alegatos de Conclusión el Agente del Ministerio Público presentó una introducción de los argumentos que fundamentan la nulidad del Contrato de Concesión, que plasmó en el concepto que radicó el 5 de octubre de 2018, y el 9 de octubre de 2018, la apoderada de la Convocante presentó un escrito mediante el cual alegó la inexistencia de la causal de nulidad del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, invocada por el señor delegado del Ministerio Público en la audiencia del 1 de octubre del año 2018. En consideración a lo anterior y dado que dentro de dichas manifestaciones además de plantear nulidades atacó la competencia del Tribunal, se pasa a analizar los argumentos planteados.

A.1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Al formular los alegatos de conclusión, el Agente del Ministerio Público presentó al Tribunal la solicitud de que se declarara incompetente para decidir en el presente asunto, ratificando lo ya alegado en la primera audiencia de trámite, pero por razones diferentes a las planteadas en aquella oportunidad.

Aun cuando no es suficientemente claro cuáles son las supuestas causales de falta de competencia, el Ministerio Público, pretende sustentar su petición en varios argumentos, que se resumirán, así:

⁴⁰ “Agotada toda etapa del proceso el juez deberá realizar el control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”

⁴¹ Cuaderno Principal No. 5 – Folio 44

1. Respecto de varias de las pretensiones de la demanda principal, sostiene que no existe “competencia” por parte de este Tribunal para conocer de ellas, dado que no existe una controversia sobre las mismas, pues ambas partes, en la formulación de hechos y la contestación a los mismos, han coincidido, por lo que no puede hablarse de controversia o divergencia al respecto.

Por ejemplo, alega el representante del Ministerio que:

“En virtud de lo anterior, por parte de este Agente se ha realizado un análisis de las pretensiones de la demanda de la convocante relacionadas a continuación, llegando a la conclusión que el H. Tribunal carece de competencia para el estudio y decisión de las siguientes pretensiones por las razones que se indican en cada caso a saber:

1. PRETENSIONES DECLARATIVAS DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA ENTIDAD CONVOCANTE, RESPECTO DE LAS CUALES EL TRIBUNAL CARECE DE COMPETENCIA POR NO EXISTIR CONFLICTO ENTRE LAS PARTES, O POR TRATAR DE ASUNTOS EN CONTROVERSIA QUE NO DERIVAN DEL CONTRATO.

- ***Pretensión PRIMERA y SEGUNDA.*** Se debe tener en cuenta que las mismas se relacionan con los hechos mencionados en los puntos 4.1.3 y 4.1.4 del escrito de demanda; hechos respecto de los cuales la entidad convocada en su contestación ha indicado que son ciertos, ***lo que permite concluir que en relación con los mismos no existe ninguna clase de conflicto o diferencia.***

Así, no será procedente ninguna clase de pronunciamiento sobre estos hechos por parte del Tribunal, y por ende tampoco sobre las citadas pretensiones”. (resaltado fuera del texto).

2. Alega además, haberse excedido la cuantía del contrato con las modificaciones del precio, supuestamente porque:

- Se adicionaron unas nuevas obras a construir al Contrato de Concesión 0377 de 2002, que sostiene no fueron contempladas en los documentos anteriores, en los que se estableció el alcance definitivo de obras del referido contrato de concesión.
 - Se adicionó el Contrato de Concesión 0377 de 2002, en una suma estimada de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$368.950.000.000.00), suma que equivale a más del 25% del valor inicial del contrato.
 - Con esta adición del contrato, junto con la adición realizada mediante el documento del 29 de septiembre de 2005 de \$600.000.000.000, el contrato inicial se adicionó en un valor total de \$938.950.000.000.000, es decir cerca del 78% del valor inicial.
3. Otra razón que invoca para alegar la falta de competencia, es la fundada en la falta de requisitos para realizar modificaciones del contrato, debido a que no se cumplen las formalidades para ello y por cuanto, al exceder los límites legales como es comprender obras adicionales, se requería de una nueva licitación y no se podía simplemente adicionar el contrato:
- *“Ahora bien, en relación con las modificaciones del contrato de concesión 0377 de 2002, referidas anteriormente se tiene que en el documento 29 de septiembre de 2005, no obstante de haber indicado que se acordaría -promesa- una compensación al CONCESIONARIO por la operación y mantenimiento de los trayectos 8,9,10 Y 17 por un periodo de seis (6) meses, dicha estipulación adolece de requisitos formales para ser tenida como parte de un contrato estatal, pues no se estableció por escrito dicho acuerdo – es decir que no se materializó la promesa de acordar la compensación-, así como tampoco se fijó el precio de dicha contraprestación ni la forma de establecerla. Por otra parte, de tenerse la compensación prometida como parte del contrato de concesión No 0377 de 2002, estaría modificando elementos sustanciales del contrato, pues se estaría “adicionando: i) el objeto del contrato incluyendo unas actividades no contempladas en el alcance final del contrato, como es la operación y mantenimiento de los trayectos*

señalados, ii) y el precio, pues el mismo se estaría incrementó en el valor reclamado por la operación y mantenimiento, con lo que se estaría desbordando el valor de las adiciones legalmente permitidas - 50% del valor inicial.”

- *“De esta manera, aceptar que la operación y mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10 y 17, incluso el documento en el que se acordó su construcción, hace parte del contrato de concesión 0377 de 2002, se estaría pretermitiendo que se tenga como exigible un contrato que adolece de fallas formales y materiales, pero además que se incurra en una posible desviación de poder, pues a*
- *la luz del citado contrato se estaría contratando obras no solo que sobre pasaban el precio del contrato inicial, sino además, sin tener en cuenta el procedimiento legal de contratación.”*
- *“Situación similar ocurre con lo acordado en el documento de fecha 27 de enero de 2006, el cual modificó sustancialmente el contrato de concesión, sin haberse agotado los procedimientos legales para el efecto, como era adelantar el procedimiento de licitación, y con el cual se adicionó el objeto del contrato con la actividad de construcción de los trayectos 8, 9,10, y 17 y su valor en una suma de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$368.950.000.000.00); suma con la cual, también se estaría desbordando el límite del 50% legalmente permitido.”⁴²*

4. Otra supuesta causa de falta de competencia, la fundamenta en que los contratos de cesión de la posición contractual de ambos contratantes, no pueden ser objeto del pronunciamiento por parte del Tribunal, pues nada tienen que ver con el contrato original. Al respecto sostiene *“Que si bien, en relación con el INCO e INVIAS y entre CONSORCIO SOLARTE Y SOLARTE y CSS CONSTRUCTORES S.A., se ha hecho alusión a unos contratos de cesión, los mismos no son objeto de estudio en el presente Tribunal de Arbitramento y no le es aplicable la cláusula compromisoria que sustenta la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento, por lo que no ha de ser objeto de estudio y análisis en el presente proceso”*.

⁴² Cuaderno Principal No. 5 – Folio 297

Por su parte, la Convocante mediante el escrito de fecha 9 de octubre de 2.018, hace unas consideraciones sobre el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Público, en el que alegó la falta de competencia y la nulidad absoluta de algunas de las modificaciones efectuadas al contrato de concesión 0377 de 2002, haciendo un recuento de las normas aplicables al contrato de concesión, analizando la posibilidad de adicionarlo o modificarlo, los límites de dicha actuación y en especial sobre el alcance de la expresión “obras adicionales” y el límite del valor de estas obras respecto del valor inicial del contrato, para concluir:

“Partiendo del supuesto cierto de que so pretexto de modificar o adicionar el contrato estatal de concesión, no podrá modificarse su objeto, se tiene que dentro del marco legal del que se ha dado cuenta en este escrito -restringido a la normatividad aplicable al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002- las variaciones al mismo deben atender y consultar la voluntad de las partes, expresada de conformidad con lo previsto en el contrato y con el respeto de las limitantes legales, en los términos expuestos.

Es así cómo, partiendo del supuesto de la imposibilidad de modificar el objeto del Contrato Público –en ellos incluidos los contratos de Concesión-, por su implicación directa en el desconocimiento de principios superiores que informan la Contratación Estatal, tales como la Igualdad y la Selección Objetiva, las modificaciones contractuales podrán acordarse entre las partes, SIEMPRE que las mismas se dirijan:

- (i) o bien a obtener las optimizaciones requeridas para el adecuado funcionamiento de la obra y del servicio público derivado dentro de la concepción inicial del Proyecto;*
- (ii) o bien a la adición de obras accesorias y/o necesarias para lograr el objetivo perseguido con la contratación, siempre referidas a la prestación del servicio público que constituye la finalidad última del proyecto;*
- (iii) o bien a concretar dentro del cuerpo del contrato, los alcances progresivos “pre pactados” –cuyo desarrollo forma parte del objeto inicialmente pactado-, al darse los supuestos fácticos de cuya realización pendía su ejecución, incluyendo, por supuesto, en el espectro obligacional del convenio, los deberes y derechos de las partes, en*

relación con el desarrollo de otras etapas o de los nuevos alcances o metas físicas, cuya ejecución surge con fuerza vinculante para ellas, al verificarse las condiciones a las que la misma se encontraba sujeta.

- (iv) Y, EN CUALQUIER caso, a garantizar la CONECTIVIDAD del proyecto a proyectos aledaños que aseguren el propósito de la contratación.*
- (v) En el presente caso, es claro que, cualquiera que sea la tesis jurídica que se escoja para el análisis, se tendrá necesariamente que concluir que el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y la totalidad de los documentos contractuales suscritos por las partes se ajustan al régimen jurídico que gobierna esta contratación y que en ningún caso se rebasaron los límites legales vigentes tanto en el momento de su celebración como en la época en que se suscribieron los Otrosíes, documentos modificatorios y adicionales, relacionados con la adición y/o ampliación del Contrato. E pacto remuneratorio, esto es el **INGRESO ESPERADO** se adicionó en un 50% únicamente, y jamás se rebasaron ni reconocieron pagos adicionales al Concesionario más allá de lo pactado dentro de las estrictas autorizaciones legales en la materia. Téngase en cuenta que si bien el límite establecido en el artículo 41 de la ley 80 de 1993 NO le era aplicable al contrato de marras -como se ha dado cuenta en el presente escrito-, fue, sin embargo, respetado INTEGRAMENTE por las Partes.*
- (vi) Lo que aquí sucede es que el señor Procurador Delegado confunde en su discurrir los conceptos de pactos remuneratorios en las distintas generaciones concesionales: Confunde el “valor” del contrato de concesión -para entonces carente de definición legal- con el Ingreso Esperado como pacto remuneratorio, nociones que, como se ha visto, pudieran resultar diversas y en algunos casos excluyentes, en tratándose de contratos de concesión en infraestructura de transporte.*
- (vii) En cualquier caso, y de acoger el Tribunal la solicitud del Agente del Ministerio Público- deberá tener en cuenta que a la fecha:*
 - Las Obras objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, se encuentran íntegramente concluidas y en operación (al servicio).*

- *El Concesionario NO HA OBTENIDO el INGRESO ESPERADO que debe serle reconocido por la anterior circunstancia: El Objeto contractual se encuentra íntegramente cumplido, como dan cuenta las pruebas documentales arrimadas al expediente y certificadas por la Interventoría.*
- *La eventual liquidación del contrato deberá realizarse con fundamento en la ley 1882 de 2018, normativa actualmente vigente a este efecto, de conformidad con la cual, este Concesionario tiene derecho al reconocimiento integral de su remuneración y al pago completo del Ingreso Esperado, como concepto remuneratorio.*

Este escrito se circunscribe a la normatividad aplicable al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.”

Consideraciones del Tribunal. -

En cuanto al concepto de “Competencia”, desde el punto de vista procesal, se ha definido por la doctrina en los siguientes términos, para diferenciarlo de la “jurisdicción”:

“Si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, es indispensable reglamentar su ejercicio para distribuirla, en cada rama jurisdiccional, entre los diversos jueces. Y es ésta la función que desempeña la competencia.

La competencia es, por lo tanto, la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio⁷².

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de los asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, fiscales, militares, eclesiásticos, respectivamente). Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa.

Por eso podemos considerar la competencia desde un doble aspecto: el objetivo, como el conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede

el juez ejercer su jurisdicción; y el subjetivo, como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le es atribuida. Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se tratará siempre de distribución de jurisdicción entre los jueces de una misma rama jurisdiccional.

En otras palabras, un juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción, en el mismo territorio o en territorio distinto.”⁴³

Dado que la Competencia, entendida como la capacidad legal que tiene el juez para conocer y decidir sobre determinados asuntos, depende de distintos factores que la determinan, como el territorial, el funcional, la cuantía, el subjetivo, etc., en cuanto al arbitraje resulta fundamental el factor objetivo o material, que hace relación al asunto o materia que se somete a consideración del Tribunal, para determinar si éste tiene competencia para poder conocer del asunto y, legalmente, tomar una decisión con fuerza vinculante, mediante un laudo o sentencia.

En cuanto al arbitraje, se trata de una delegación temporal que hacen los particulares, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política Colombiana, en virtud de la cual se puede conferir, por voluntad de las partes, la facultad o la capacidad para que unas personas queden investidas de la calidad de jueces y decidan o resuelvan los conflictos que se le sometan a su decisión o conocimiento. El sustento de la capacidad para decidir de los árbitros, emana de la voluntad de los particulares que los designan para resolver el conflicto, de acuerdo al alcance que determinen las partes y sujetos a las restricciones que la ley establece sobre los asuntos que pueden ser sometidos a consideración del Tribunal arbitral.

En este orden de ideas, un Tribunal de arbitramento es “competente” o tiene la capacidad legal para administrar justicia sobre los asuntos que los particulares le hayan sometido a su consideración, en tanto no estén prohibidas por la ley, como sería el caso de promover procesos ejecutivos por parte de un tribunal arbitral o someter a arbitramento asuntos relacionados con el estado civil de las personas o que se refieran a la legalidad de actos

⁴³ DEVIS ECHANDIA Hernando. *Compendio De Derecho Procesal Teoría General Del Proceso, Tomo I*, Duodécima Edición., Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 1987, pág.133

administrativos, por ejemplo, los cuales están sometidos a la decisión de la justicia ordinaria, por ministerio de la ley.

De acuerdo con el marco legal expuesto, debe resolverse si la falta de competencia alegada por parte del Ministerio Público, se refiere a que el presente tribunal no está facultado para conocer de determinados asuntos que han sido sometidos a su consideración con la demanda principal y la de reconvenición formuladas en este proceso, por no estar comprendidos dentro del ámbito pactado en la cláusula compromisoria acordada por las partes, o bien, porque los asuntos a decidir sean de aquellos que, conforme a la ley, corresponde conocerlos exclusivamente a otras autoridades jurisdiccionales.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores sobre la competencia y los hechos invocados por el Ministerio Público, es claro que la pretendida falta de competencia carece de fundamento, si se tiene en cuenta:

- I. En el escrito en que se plantea la falta de competencia de este Tribunal para conocer del asunto, en la parte inicial del mismo se hace referencia a que tal hecho obedece a que en muchos hechos las partes coincidieron en aceptar que eran ciertos, concluyendo el agente del Ministerio, que por ello no hay controversia y por lo tanto no tiene competencia el Tribunal para decidir sobre las pretensiones correspondientes.

Con el debido respeto, resulta incomprensible para el Tribunal el racionamiento expuesto, pues una cosa es que las partes coincidan en aceptar varios hechos como ciertos, y otra muy diferente es que, a pesar de ello, las partes tengan diferencias susceptibles de transacción, sobre la interpretación o alcance de las estipulaciones contractuales, pues ello es lo que da lugar a la reclamación de la intervención arbitral, para que se desate la diferencia entre las partes. Sería tanto como aceptar que, porque ambas partes reconocen como cierta la existencia del contrato, entonces no puede haber divergencia sobre la aplicación e interpretación de éste, y, por lo tanto, habría falta de competencia de un Tribunal para resolver las reclamaciones mutuas.

- II. Otro argumento en el que fundamenta la falta de competencia de este Tribunal, lo hace consistir el peticionario, en el supuesto hecho de en tratándose de adiciones al contrato, como las contenidas en los documentos de fecha julio 29 de 2005, (Cuaderno Principal No. 1- Folio 340), septiembre 15 de 2005,

(Cuaderno de Pruebas No. 1- Folio 255 a 256), septiembre 29 de 2.005 (Cuaderno de Pruebas No. 1- Folio 174) y enero 27 de 2006 (Cuaderno de Pruebas No. 1- Folios 238 a 243), dado que en ellas se incluían valores que supuestamente excedían el 50% del valor del contrato original, “*se debe tener en cuenta que el contrato salvo disposición legal en contrario, es solemne y requiere ser elevado a escrito, y su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y del nacimiento de los efectos pretendido por las partes, por lo que el contratista no podrá reclamar el reconocimiento económico de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia del contrato escrito, requisito “ad substantiam actus”*”.⁴⁴

Al respecto, se debe anotar, que no resulta comprensible el defecto invocado, pues es evidente que las modificaciones o adiciones a las que se refiere, constan por escrito, de manera que no existe el supuesto reclamado para que no se pueda considerar que existe la modificación aludida. Y aún, en el evento en que no existiera el documento escrito, ello tampoco constituiría una causal de falta de competencia para que el Tribunal conociera del asunto, sino que, sería una deficiencia del contrato que podría dar lugar a una nulidad del mismo, que en nada impide que el Tribunal pueda conocer o decidir sobre ello.

Tan evidente es lo anterior, que si se acogiera lo argumentado por el peticionario, resultaría entonces improcedente la solicitud de declaración de nulidad que en el mismo escrito hace, por el simple hecho que no podría el Tribunal pronunciarse sobre ella, dado que, supuestamente, carece de competencia, desconociendo totalmente el principio de *Kompetnez-kompetenz*

III. De otra parte, valga recordar que al inicio del trámite de este proceso, el mismo agente del Ministerio Público alegó la falta de competencia, pero en ese momento, invocando como causal la reclamación indebida de una compensación por la parte convocante, frente a lo cual, mediante auto No.19 de fecha 04 de septiembre de 2017 se decidió por parte del Tribunal:

“Conforme al recurso interpuesto y requerido el Agente del Ministerio Público para que precise a que pretensiones de la demanda se refiere, este puntualizó que corresponden a las pretensiones quinta a

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 5 – Folio 294

la décimo quinta, agrupadas bajo el subtítulo “PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN EN LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN-TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOZO) y 18 (LA YE-NOBSA-SOGAMOZO).

3. *Leídas las pretensiones antes mencionadas, salta a la vista que el recurso carece de fundamento, si se tiene en cuenta que las pretensiones tal y como están formuladas cumplen con los requisitos legales, y, de otra parte, están relacionadas con el Contrato materia de este proceso No.0377 de 2002, conforme lo prevé la cláusula compromisoria antes mencionada.*

4. *De otra parte, tratándose de pretensiones, salvo que estas sean impertinentes o ilegales, el momento para decidir sobre ellas es en el laudo que se profiera y no en este momento procesal.”*

iv. Ahora bien, el Tribunal entrará a revisar el acuerdo del 29 de julio de 2.005 que modifica el alcance del contrato de Concesión 0377 de 2.002, el documento del 15 y 29 de septiembre de 2.005 y el modificatorio del 27 de enero de 2.006, para revisar la compensación a la que hace referencia el Agente del Ministerio Público y el alcance del modificatorio, y así determinar si se respetó por las partes el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1.993, y determinar si la modificación/adición del contrato se ajustaba a lo permitido por la ley, para consecuentemente determinar, junto con el análisis anterior sobre competencia, si el Tribunal es competente para dirimir las diferencias suscitadas en cuanto a operación y mantenimiento de los trayectos 8,9,10,11,17 y 18 y si hay lugar o no la nulidad alegada por el Procurador.

Para tal efecto, entra el Tribunal a transcribir las normas aplicables al contrato de concesión 0377 de 2.002 para el tema en análisis:

- El artículo 28 de la ley 80 de 1993:

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad*

y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. (subrayado fuera del texto)

- Por otra parte, en cuanto al contenido del contrato estatal, dispone la misma ley que:

“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. *Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” (resaltado fuera del texto).

- El artículo 33 de la ley 105 de 1993, establece:

“Garantías de ingreso. *- Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial”* (negritas fuera del texto original).

Y ahora entra el Tribunal al análisis de los documentos ya citados, así:

a) Conforme al documento de fecha 27 de enero de 2006, las partes en aras de desarrollar el contrato de concesión 0377 de 2.002 y volver a reincorporar en el objeto del mismo actividades de algunos trayectos que había sido excluidos mediante documento del 29 de Julio de 2005, establecieron que:

“PRIMERA. - OBJETO. EL CONCESIONARIO, una vez el INCO cuente con la disponibilidad de recursos, y estos sean debidamente apropiados, se obliga a ejecutar las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10, y 17 (sectores Villapinzón – Tunja y la Ye – Tibasosa – Sogamoso), incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un periodo de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existentes en los tramos señalados, lo anterior con el alcance previsto en la propuesta incluida en la carta 137-35 del 25 de enero de 2005 y en los diseños elaborados por el CONCESIONARIO, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón- inicio Variante de Tunja y la rehabilitación de la vía existente comprendida entre Villapinzón y Tunja y la Ye- Tibasosa-Sogamoso.

SEGUNDA. - VALOR. El valor para las actividades objeto de la presente modificación corresponde a la suma estimada de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$368.950.000.000.00) de pesos de Diciembre de 2005. El desarrollo de las actividades materia de la presente modificación está condicionado a la consecución efectiva de recursos por parte del INCO para ser incorporados dentro del Contrato de Concesión. (...)

PARAGRAFO PRIMERO. - EL valor de las obras objeto de la presente modificación, no implica ajuste al valor del ingreso esperado del contrato de concesión.” (resaltado fuera del texto)
(...)

“SEXTA.-. Con el objeto de reincorporar al contrato de concesión N° 0377/2002 las actividades de mantenimiento y operación para los trayectos 8 a 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (Paso Urbano por Tunja), 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso) y 18 (La Ye-Nobsa-Sogamoso) al término de las obras de construcción de cada trayecto, actividades que fueron excluidas del alcance contractual a través del “Documento Final de Ajuste de Cláusulas” suscrito el 29 de septiembre de 2005, las partes acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. En todo caso durante toda la etapa construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha.”

b) Como se expresa en el documento del 27 de enero de 2.006, el valor para las actividades objeto de esta modificación que se menciona, no implicaba ningún ajuste del ingreso esperado; otra es la remuneración del CONCESIONARIO (cláusula 15.4 del Contrato de Concesión 0377 de 2.002) que consiste en los recaudos de Peajes y de Valorización cedidos al Concesionario por la entidad estatal en virtud del contrato de concesión, los Pagos Estatales y las demás compensaciones a favor del concesionario expresamente previstas en el Contrato⁴⁵; dentro de esta remuneración es que está el valor del modificatorio del 27 de enero de 2.006 y por eso no modifica el ingreso esperado.

Hecha esta precisión, es importante tener en cuenta que no se puede confundir la remuneración del Concesionario con el ingreso esperado, tratándose de un contrato de concesión de tercera generación para la construcción de infraestructura de transporte, como lo es el del objeto en estudio, y no de un contrato de obra pública ejecutado a precios unitarios. El valor acordado por las actividades previstas en el objeto del modificatorio de enero 27 de 2006, se encuentra incluido dentro del presupuesto contractual y su inclusión está en el valor del ingreso esperado pactado por las partes a título de remuneración del Concesionario; no se trata de una suma adicional al ingreso esperado, teniendo en cuenta la naturaleza de este contrato 0377 de 2.002.

Tan claro es el entendimiento de las partes al respecto, que en cumplimiento a lo estipulado en el modificatorio del 27 de enero de 2006, el INCO realizó todas las gestiones requeridas para conseguir los recursos que se comprometió a aportar para la realización de las actividades objeto del modificatorio, y mediante documento denominado **ACTA DE CONSTANCIA DE APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS REQUERIDOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN LOS TRAYECTOS 8,9,10 Y 17 (SECTORES VILLAPINZÓN-TUNJA Y LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) PREVISTAS EN EL DOCUMENTO MODIFICATORIO DEL 27 DE ENERO DE 2006**, suscrito el 15 de diciembre del mismo año, en el Considerando 14 se estipuló que:

⁴⁵CLÁUSULA 16. FORMA DE PAGO. Como contraprestación por la celebración y ejecución del **Contrato**, el **INVÍAS** hará (i) la cesión al CONCESIONARIO, durante el término del Contrato, de los derechos de recaudo de Peajes de las casetas que se enumeran en la Cláusula 16.1; (ii) la cesión de los derechos de recaudo de la Contribución de Valorización al CONCESIONARIO, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 16.2 de este Contrato; los Pagos Estatales en los términos establecidos en ese Contrato; y (iv) las demás compensaciones establecidas en este Contrato.

“14.- Que producto de lo anterior, este proyecto quedó incorporado en el Documento CONPES 3413 de Marzo 13 de 2.006 estipulado en su artículo CUARTO: De la misma manera ...el Ministerio de Hacienda y Crédito Público comunicó al INCO que el Consejo Superior de Política Fiscal-CONFIS, aprobó cupos para la asunción de obligaciones con cargo a apropiaciones presupuestales de vigencias futuras de INCO de acuerdo con el siguiente detalle...” y acordaron entonces las partes en el punto PRIMERO de dicha Acta “incorporar al proyecto los recursos puestos de presente en los numerales 14 y 15 de los considerandos...”.

Y dejan constancia que *“se han cumplido las condiciones requeridas en las cláusulas primera y tercera del documento modificadorio del 27 de enero de 2.006”*; en el punto TERCERO acuerdan *“ajustar los recursos involucrados”* para la ejecución de las actividades objeto de este modificadorio y se elimina el cuadro contenido en la cláusula TERCERA del citado documento del 27 de enero, determinando que el valor de los recursos apropiados es de \$385.774.890.000 sumados a los \$30.000.000.000, que fueron aportados por el **INCO** y vuelve y se aclara que el ajuste del valor incluido , no implica ajuste al valor del ingreso esperado del contrato.

c) En cuanto al valor en el que se adicionó la concesión, conforme quedó establecido en el documento del 29 de julio de 2.005, es claro que este no excedió el 50% del ingreso esperado determinado al inicio del contrato, teniendo en cuenta que el ingreso esperado, al quedar pactado en la suma máxima de un billón ochocientos mil millones de pesos de diciembre de 2.000 (COP\$1.8 billones), representa exactamente un 50% de incremento en relación con el ingreso esperado inicial del contrato, de manera que las modificaciones efectuadas por las partes, no pueden entenderse como actos de poder de la administración que buscaron soslayar los requisitos para evitar una nueva contratación, violando los principios de contratación.

El valor de las actividades objeto del modificadorio del 27 de enero de 2006, ajustado mediante el acta antes citada del 15 de diciembre siguiente, no puede entenderse como una adición al ingreso esperado, como expresamente se dejó constancia en el documento, sino que las sumas allí previstas corresponden a aportes estatales que se entregarían por parte del INCO, para las actividades objeto del modificadorio. Por tanto, no se excedió el límite previsto en el artículo 40 de la ley 80 de 1.993, entendiendo la

naturaleza del contrato de concesión 0377 de 2.002 como aquellos que la doctrina ha llamado de tercera generación, contrato éste de concesión en infraestructura de transporte.

b) Como complemento de lo anterior, para explicar el alcance de lo que se entiende por modificación o adición del contrato de concesión, vale la pena tener en cuenta lo expresado en la sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional, en la que se hicieron las siguientes precisiones, que sirven para explicar el alcance de la modificación de fecha 27 de enero de 2006, a la que se ha hecho referencia anteriormente:

“(..)

Sin duda, la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. No desconoce la Sala que la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado, pero no es a esta modificación del valor a la que se refiere el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría al enfrentamiento de las disposiciones analizadas, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precios aludida en ese párrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata.

Tan cierto resulta ser que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto (no puede ser el mismo objeto aquel que ha sido modificado por adiciones), debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración; además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada, es claro que las garantías constituidas por el contratista para el contrato inicial no cubren ese nuevo objeto, respecto del cual no puede llamarse a responder al garante, siendo necesario que sobre dicho objeto adicional se constituyan las garantías previstas en la Ley.” [27]

2.7.3.1 Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.[\[50\]](#) Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con

el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de **contratos relacionales**. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación[51]. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo[52].

.....

Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre competencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas.[53]

(...) **2.10.1.1** La Sala observa que las frases “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”, en el contexto de la disposición, pueden dar lugar a varias interpretaciones razonables:

En primer lugar, según manifiesta el Ministerio de Transporte, el objeto del contrato de concesión de obra, en los términos del artículo 32.4 de la ley 80, puede consistir en (i) la construcción total o parcial de una obra destinada al

servicio o uso público, (ii) “así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra”. La frase bajo examen puede entonces entenderse que hace referencia a **(a)** actividades adicionales para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o **(b)** actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada. Por tanto, desde esta perspectiva hermenéutica, la disposición censurada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que **habilita la modificación para la inclusión de actividades complementarias necesarias para la realización del objeto concesionario; en otras palabras, la frase acusada no permite la transformación del objeto contractual sino una complementación que no desfigura el negocio original.**

....

La frase “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial” guarda perfecta relación con esta exégesis, pues limita aún más la posibilidad de adicionar nuevas actividades, **bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial**, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate legislativo, **la construcción del corredor vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales.**[\[84\]](#)

En segundo lugar, se halla la interpretación del demandante, para quien la frase “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión, a ejecutar obras relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se previeron en el objeto inicial y en realidad constituyen nuevos objetos contractuales; y solamente impone la limitante de que, en el caso de las concesiones viales, **las obras nuevas versen sobre el mismo corredor vial, concepto indeterminado que en la práctica tampoco significa ninguna restricción.**

(...)

La primera interpretación se ajusta a estas características del objeto del contrato de concesión, pues permite su adición o prórroga para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias en los términos de los párrafos anteriores. Además, refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el adecuado funcionamiento de los corredores viales[\[86\]](#). En este sentido, esta interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos.

En todo caso, es necesario recordar que la posibilidad a la que da lugar esta interpretación, debe basarse en razones autorizadas por la ley, como las previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80[87], debidamente probadas y sustentadas en estudios técnicos –como el mismo artículo 28 de la ley 1150 establece. Entendida de esta forma la disposición acusada, se otorga entonces a la administración una herramienta útil para administrar un contrato incompleto y relacional como el de concesión.

Esta lectura es además acorde con la finalidad del precepto –interpretación teleológica, la cual consiste en permitir la modificación del contrato de concesión –dentro de unos límites objetivos- cuando (i) no haya sido posible prever todas las aleas al inicio de la relación contractual o (ii) cuando se hayan previsto alcances progresivos. Desde este punto de vista, el precio inicial del contrato no importa, pues lo que determina la modificación es el surgimiento de contingencias que impiden su ejecución y que requieren una solución negociada para poder cumplir con los fines estatales involucrados en el respectivo negocio.

(...)

En este orden de ideas, la Sala considera que la frase “independientemente del monto de la inversión” es acorde con los principios de economía y eficacia de la función pública, así como con el principio de eficacia en la prestación de servicios públicos, pues la posibilidad excepcional de modificar un contrato de concesión surge de circunstancias ajenas a su precio (como ha explicado la Sala); por el contrario, impone límites derivados del precio del contrato inicial conllevaría un obstáculo para la adecuada prestación de los servicios ligados a la obra concesionada, cuando las adiciones o prórrogas sean necesarias. Por esta razón la frase también será declarada exequible. (...)”(subrayado fuera del texto).

Si bien, en la sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional, se hace referencia al artículo 28 de la ley 1150 de 2009 y se hace un análisis sobre la vigencia de esta norma, que es posterior a la celebración del contrato de concesión 0377 de 2.002 y a la suscripción de los documentos del 29 de julio de 2.005 y enero 27 de 2.006, a los que se refiere el Procurador para sustentar su escrito de nulidad y falta de competencia, es importante para el Tribunal el análisis que hace la Corte Constitucional, pues sirve para aclarar cómo se entiende el concepto “adición” en los contratos de concesión, y bajo ese entendimiento, el Tribunal consideró conveniente su mención.

Bajo este entendimiento, se trata de obras vinculadas al mismo proyecto contratado, pues las obras versan sobre el mismo corredor vial Briceño- Tunja- Sogamoso, de manera que

no requería de licitación pública independiente, pues no se trata de obras carentes de vinculación con la finalidad del contrato original que hubieren requerido someterse a licitación para preservar el principio de concurrencia.

Es claro para el Tribunal que no se puede pretender que las actividades relacionadas con los trayectos 8,9,10,11,17 y 18, eran extrañas al contrato de concesión, al punto que no solo estaban contempladas desde el inicio, dentro del alcance básico y condicionado⁴⁶, sino que fueron excluidas del contrato mediante documento de fecha 29 de julio de 2005 y luego fueron vueltas a incluir en el alcance definitivo del contrato en el modificadorio de fecha 27 de enero de 2006⁴⁷, por tanto no cabría entender que por no ser necesarias o no ser parte del corredor vial contratado, requerían de una contratación independiente. Así las cosas, es evidente, que tales actividades reincorporadas al contrato de concesión 0377 de 2.002, hacían parte del alcance físico inicial del proyecto Briceño- Tunja- Sogamoso, es decir se dieron dentro del mismo corredor vial; adición (modificación) que, de acuerdo con lo anterior, estaba permitida por la ley.

En este punto considera el tribunal pertinente mencionar apartes del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Dr. César Hoyos Salazar⁴⁸, relacionados con la materia objeto de estudio, así:

- a. ***“La adición de los contratos de concesión para obras de infraestructura de transporte. El inciso segundo del párrafo 40 de la ley 80 de 1993, establece un límite para la adición de valor en un contrato estatal, pues señala:***

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

“En consecuencia, el contrato adicional o los contratos adicionales sumados que se celebren para aumentar el valor de un contrato estatal, no pueden sobrepasar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato inicial.

⁴⁶ VER cláusulas 6.2.1 y 7.2.7 del contrato de concesión

⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1- Folio 189 a 195

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 12 de diciembre de 1997.

“Sin embargo, en materia de contratos de concesión para obras de infraestructura de transporte, existe una norma específica que se encuentra contenida en el artículo 33 de la ley 105 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

“Garantías de ingreso. - Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial” (negritas fuera del texto original).

La consulta está motivada por la interpretación de esta norma y fundamentalmente por su parte final.

De acuerdo con esta norma, que es posterior al artículo 40 de la ley 80 de 1993 y es especial a la contratación de concesiones para obras de infraestructura de transporte, y por ende, prevalece sobre dicho artículo, en el caso de las mencionadas concesiones los contratos no están sujetos al límite del cincuenta por ciento (50%) para su adición sino que se pueden adicionar por el valor de los ingresos que sobrepasen el máximo acordado en el contrato, de acuerdo con el supuesto de la norma.

Tales ingresos adicionales podrían ser superiores al 50% del valor del contrato y en consecuencia, el contrato se podría adicionar en un monto superior al 50% del valor inicial.

Los ingresos adicionales se pueden destinar a cualquiera de estos fines:

- a) A ser transferidos a la entidad contratante.*
- b) A reducir el plazo de la concesión.*
- c) A realizar obras adicionales dentro del mismo sistema vial.*

*“La hipótesis que contempla la norma se refiere específicamente a la utilización de ingresos que sobrepasen un máximo convenido en la concesión, es decir, que sean ingresos adicionales como ella misma los llama, para la construcción de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de tal suerte que si se trata de utilizar **otros recursos** (presupuesto nacional, impuesto de valorización, cesión del recaudo de nuevos peajes, ampliación del plazo de operación de la vía, etc.) para hacer las obras adicionales, no se daría la hipótesis de la norma y entonces se aplicaría la*

norma general del artículo 40 de la ley 80 de 1993, consistente en que tales obras adicionales tendrían como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor original del contrato.

“En otros términos, mientras se utilicen ingresos adicionales provenientes de la concesión, el contrato se puede incrementar para la realización de obras adicionales sin sujeción al límite del 50%, pero si se utilizan recursos distintos, el límite del 50% tendría plena vigencia.

“En el caso de los ingresos adicionales, el límite para adicionar con ellos el contrato, con miras a la ejecución de obras adicionales, sería el monto de los mismos, pues aquí el artículo 33 de la ley 105 de 1993 no establece tope alguno.

“Ahora bien, cuando la norma alude a obras adicionales “dentro del mismo sistema vial”, la Sala entiende en sana lógica, que se refiere a que las obras guarden relación directa con el sistema vial objeto de la concesión, no necesariamente que estén comprendidas dentro de los límites físicos del proyecto inicial, sino que tengan conexión con la vía proyectada, bien sea que constituyan una vía alterna o una prolongación de aquella en cualquiera de sus extremos.

2. LA SALA RESPONDE:

2.1 La adición de los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación o conservación de proyectos de infraestructura vial, llamados también de concesión de obras de infraestructura de transporte, no tiene límite cuando se utilizan ingresos adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para la realización de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de conformidad con el artículo 33 de la ley 105 de 1993.

Si se utilizan recursos distintos a los mencionados ingresos, la adición de tales contratos tiene como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato original, de acuerdo con el artículo 40 de la ley 80 de 1993.

2.2 La expresión “dentro del mismo sistema vial” mencionada en el artículo 33 de la ley 105 de 1993 significa que las obras adicionales deben tener relación directa con éste, ya sea que constituyan una vía alterna a la proyectada, una prolongación o derivación de la misma en cualquiera de sus extremos, y por tanto no necesariamente deben estar ubicadas dentro de los límites físicos del proyecto vial de la concesión inicial.”

Adicionalmente, tal como se puede constatar en los considerandos del acuerdo del 27 de enero de 2.006, las motivaciones para acordar la modificación del contrato fueron varias, tendientes a: **1)** Satisfacer el interés público; **2)** Garantizar la continuidad del proyecto vial objeto de concesión, para lo cual el INVAS ya había trasladado al INCO los recursos para la adquisición de los predios necesarios para la construcción de doble calzada en los tramos 8,9, 10 y 17; **3)** Mantener la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional bajo el contrato de concesión 0377 de 2.002; **4)** Buscar que no se afectará el nivel de distribución de riesgos, evitando que el Concesionario se exonerará de sus responsabilidades respecto de la ejecución contractual mediante el no recibo de las obras ejecutadas por el Estado, excusándose en el hecho que no cumplieran con las especificaciones y calidades de construcción exigidas posteriormente para su rehabilitación y mantenimiento posterior, como sucedió en el Proyecto Vial “Bogotá- Villavicencio”.

Estas consideraciones justifican plenamente que la modificación de reincorporar dichas actividades de construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de los tramos objeto del modificatorio al Concesionario, cumple con los requisitos legales y se ajusta con suficiente fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia.

En relación con el aspecto de obras adicionales, debe tenerse en cuenta que en el propio contrato de concesión, en la cláusula 48 se previó expresamente la posibilidad de realizar tales obras, atendiendo el hecho de la naturaleza de la concesión y la necesidad futura de que hubiere necesidad de efectuarlas para completar y adecuar el corredor vial que comprendía la concesión. La referida estipulación establece que:

“CLAUSULA 48. OBRAS ADICIONALES

48.1 Para efectos de este Contrato se consideran como obras Adicionales las definidas en la Cláusula 1 de este Contrato.

48.2 Las Obras Adicionales se celebrarán y ejecutarán mediante contratos adicionales con el CONCESIONARIO o contratos con terceros, en cumplimiento de las normas legales aplicables, y el costo de dicho contrato será asumido completamente por el INVIAS, principalmente, con sus propios recursos o con recursos de la Cuenta de Excedentes, si los hubiera.

48.3 Según lo determine el INVIAS con sujeción de la ley, si las Obras Adicionales resultan necesarias o convenientes para la ejecución del Contrato el INVIAS podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas:

- (i) *Suscribir un contrato adicional de obra con el CONCESIONARIO cuando las obras estén directamente relacionadas con el objeto y razón de ser del Proyecto y se generen economías de escala que resulten favorables para el interés general, caso en el cual el valor de la obra o trabajo adicional se determinará por mutuo acuerdo de las partes.*
- (ii) *Escoger a un tercero contratista por medio de los procedimientos de selección previstos en la ley, caso en el cual el CONCESIONARIO al terminarse las obras deberá hacerse cargo de la operación y mantenimiento de dichas obras, en los términos establecidos en este Contrato y el valor de este servicio estará determinado por mutuo acuerdo entre las partes. El CONCESIONARIO podrá participar en el correspondiente proceso de selección, si es del caso.*

48.4 En todo caso, será el INVIAS quien determine la necesidad de realizar Obras Adicionales, lo cual sucederá por decisión unilateral del INVIAS o por solicitud del CONCESIONARIO aprobada por el INVIAS, siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal de la entidad para realizarlas. Si el INVIAS opta por incluir las Obras Adicionales como una adición a este Contrato a cargo del CONCESIONARIO, según se establece en el inciso (i) de la Cláusula 48.3 anterior, el CONCESIONARIO se obliga a realizar las Obras Adicionales que resulten necesarias –a juicio del INVIAS– para mejorar las características del Proyecto, caso en el cual se aplicarán los precios convenidos.

48.5 Lo previsto en esta Cláusula, se entenderá sin perjuicio de lo estipulado en la Cláusula 55 – Modificación Unilateral – del presente Contrato.

48.6 En todo caso, y salvo que se pacte en contrario en los contratos que se suscriban para la ejecución de Obras Adicionales, el CONCESIONARIO tendrá la obligación de realizar los diseños y estudios necesarios para su ejecución.”

d) En cuanto a que no se señaló el valor de la contraprestación/ compensación que se le reconocería al concesionario, debe tenerse en cuenta, que aparentemente existe una contradicción en cuanto a la compensación objetada por el Ministerio Público, pues una es la compensación establecida en el PARAGRAFO de la cláusula TERCERA del documento del 29 de septiembre de 2005⁴⁹, por no haberse recibido los trayectos 8, 9, 10, y 17 que deberían devolverse a la entidad contratante, y otra es la contraprestación establecida en la cláusula sexta por concepto de la reincorporación de la operación y

⁴⁹ folio 174 del Cuaderno de Pruebas No. 1

mantenimiento, del modificatorio suscrito el 27 de enero de 2006⁵⁰ respecto de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18.

En cuanto a la primera, es cierto que no se fijó el valor de la misma, pues las partes convinieron que lo harían en documento aparte y posterior, pero no por ello hace inválida la estipulación, la cual como se puede constatar en las consideraciones sobre el mantenimiento y la operación, quedo superada al suscribir el modificatorio del 27 de enero de 2.006.

En cuanto a la segunda, es precisamente la que es materia de este proceso y corresponde a la solicitud de definición y cuantificación por parte de este Tribunal, teniendo en cuenta lo estipulado por las partes en la cláusula sexta del documento de fecha 27 de enero de 2006.

Finalmente, aun cuando parte de las últimas consideraciones, son consideraciones sustanciales más no hechos que no constituyen una excepción bajo la técnica procesal, el Tribunal se ha referido a ellas para no dejar de pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el Ministerio Público. No obstante lo cual, el Tribunal se permite precisar:

- La falta de competencia es un aspecto estrictamente procesal, que no tiene nada que ver con el **contenido** de los documentos obrantes al proceso ni con el **contenido** de las pretensiones, no obstante que la cláusula compromisoria, además de habilitar a los árbitros para administrar justicia, es la que delimita el alcance sobre los asuntos objeto de arbitramento
- La supuesta violación de normas legales que regulan el contrato de concesión o el supuesto desconocimiento de estas al efectuar las modificaciones al contrato, son aspectos sustanciales que nada tienen que ver con la capacidad legal que puede tener el Tribunal para conocer y decidir sobre las controversias sometidas a su consideración.
- Una cosa es que se alegue que determinados actos contractuales son defectuosos, por las razones que las partes consideren pertinentes, y otra muy diferente, es que el Tribunal, actuando en su calidad de juez, esté impedido para conocer de las controversias respecto de tales actos.

⁵⁰ folio 225 del Cuaderno de Pruebas No. 1

- La competencia para conocer y decidir sobre una controversia arbitral, deriva **exclusivamente** de la voluntad de las partes y del **contenido** de la cláusula compromisoria, pues de ellos es que se determina el alcance y el ámbito sobre el cual el Tribunal tiene capacidad legal para conocer y decidir.
- Todos los aspectos alegados como causas de la supuesta falta de competencia del Tribunal, son aspectos de derecho sustancial, que en manera alguna tienen relación con los factores de competencia, en virtud de los cuales, el Tribunal estaría impedido de conocer y decidir, bien sea porque se trata de asuntos restringidos legalmente al conocimiento de otra autoridad jurisdiccional o porque no estén comprendidos dentro del alcance de la cláusula compromisoria, lo que no ocurre en este caso.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es claro para este Tribunal que no hay fundamento fáctico ni legal que sustente la supuesta falta de competencia alegada, razón por la cual, una vez más, se confirma la competencia que le asiste al mismo para conocer y decidir sobre la demanda y las excepciones propuestas tanto por la Convocante como por la Convocada, así como sus reformas.

A.2. NULIDAD DE ALGUNAS MODIFICACIONES O ADICIONES AL CONTRATO INICIAL.

En el alegato de conclusión, el Ministerio público adicionalmente solicitó que declarara la nulidad absoluta de varios de los documentos modificatorios o adiciones al contrato de concesión No. 0377 de 2.002, teniendo como fundamento para ello:

- *“Se solicita a los Honorables Árbitros que se proceda a calificar los acuerdos viciados de nulidad, los cuales, en consideración de este Agente no pueden ser parte del contrato de concesión No 3077 de 2002, pues adolecen de los elementos propios de esta clase de contratos, entre otros que la remuneración haga parte de la estructura del negocio financiero del contrato de concesión -No 0377 de 2002-, así como que el concesionario recupere su inversión y sus ganancias esperadas con los ingresos que produzca la misma obra entregada en concesión⁵¹.”*

⁵¹ Folio 302 del Cuaderno Principal No. 5

- *“Del mismo modo, se solicita que se estudie de oficio y decida lo que corresponda, en relación la violación de las normas de contratación, en el sentido de que con lo pactado en los actos de los cuales se solicita la nulidad, se desbordó el límite de las adiciones permitidas al valor del contrato de concesión No 3077 de 2002⁵².”*
- *“En el presente caso, se puede inferir que, la Administración, posiblemente movida por un interés de favorecer al Concesionario para que no se sometiera una la selección objetiva, y del interés propio de la Administración al no tener que adelantar un proceso licitatorio que afectaría la pronta realización de las obras contratadas, violó la Ley al permitir que el Concesionario adelante unas actividades que requieren ser contratadas bajo las reglas de la Ley – licitación pública⁵³ - “.*
- *“Con dichos acuerdos, violentando los principios de transparencia, economía y responsabilidad, imparcialidad, moralidad e igualdad de la contratación pública, se estaría pretermitiendo el agotamiento de los procedimientos legales propios de la contratación pública, y especialmente lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 24 que señala que la escogencia del contratista se efectuará siempre través de licitación o concurso público, o a través de la contratación directa cuando se cumplan los requisito para ello, impidiendo así, que se realice una selección objetiva.⁵⁴”*

Frente a los argumentos expuestos, desde ahora se puede decir que serán rechazados por parte de este Tribunal, si se tiene en cuenta que:

- En ninguna de las adiciones mencionadas, en especial en los documentos de fecha julio 29 de 2005 y enero 27 de 2006, se omitió indicar el valor del objeto de las actividades objeto de dichos acuerdos que hacen parte del alcance definitivo del contrato de concesión, pues no solo se pactó desde la suscripción del contrato original, el valor del ingreso esperado, sino que fue adicionado, dentro de los límites legales, en un 50% de su valor original, de manera que no se excedió los límites que indica la ley .

Es claro que salvo lo pactado en el documento de fecha 29 de julio de 2005, en el que se estipuló expresamente la modificación del valor del ingreso esperado de la concesión hasta por la suma de un billón ochocientos mil millones de pesos de diciembre de 2.000 (COP\$1.8 billones), en los demás documentos antes referidos, éste no se modificó y así se dejó

⁵² Folio 303 del Cuaderno Principal No. 5

⁵³ Folio 303 del Cuaderno Principal No. 5

⁵⁴ Folio 303 del Cuaderno Principal No. 5

expresa constancia en el modificatorio del 27 de enero de 2.006., de manera que no existe la omisión de la indicación de dicho valor que, como lo pretende el Ministerio Público invalide tales documentos.

- Cosa distinta es que en el documento de fecha 15 de septiembre de 2005, se haya establecido que se reconocería al concesionario una compensación, **por el tiempo de demora en el recibo** de los trayectos 8,9, 10 y 17 por parte del **INCO**, que luego se acordó en el documento del 29 de septiembre de 2.005, que se determinaría posteriormente en un documento aparte, lo cual, de las pruebas decretadas y practicadas dentro del trámite arbitral, no sucedió. No obstante lo anterior, mediante documento de fecha 27 de enero de 2006, ⁵⁵las partes establecieron acordar una alternativa de contraprestación, que nada tiene que ver con la compensación a la que hacen referencia los documentos del 15 y 29 de septiembre acabados de citar, pues aquella contraprestación es la pactada en la cláusula SEXTA del modificatorio del 27 de enero de 2.006, establecida por el hecho de haber reincorporado las actividades de operación y mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, a que se estaba obligando el Concesionario, en los siguientes términos que más adelante examinará el Tribunal con detenimiento: *“...las partes acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. En todo caso durante toda la etapa construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha”*.

- Precisamente es esta última contraprestación la que es objeto del presente proceso, debido a que las partes nunca se pusieron de acuerdo respecto del monto de la misma y tienen diferencias en cuanto a la interpretación de la cláusula para determinar precisamente el monto y el momento en que causaría.

- En relación con la nulidad de los contratos, la ley 80 de 1993 establece:

“Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. *Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.*

⁵⁵ Folios 191 a 195 del Cuaderno de Pruebas No. 1

2. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
3. **Se celebren con abuso o desviación de poder.**
4. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.*
Conc: Ley 105 de 1993, Art. 30 Par.
5. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”* (resaltado fuera del texto).

“Art. 45. De la nulidad absoluta. *La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, y por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.*

En los casos previstos en los numerales 1o, 2o y 4o del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

- De conformidad con las causales que prevé la norma, es de advertir que la única causal que supuestamente podría dar lugar a la nulidad invocada por el Ministerio Público, es la relacionada con la desviación de poder, cuyo alcance ha sido precisado jurisprudencialmente, de la siguiente manera:

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 20185 del 24 de marzo de 2011.
Consejero Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz

“Se tiene entendido que para la configuración de la causal de nulidad teniendo como fundamento el abuso o desviación de poder, se requiere que la atribución de que está investido un funcionario, se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes.

La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejerce, no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto y quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.”

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 28010 de 22 de marzo de 2007.
Consejero Ponente: Alier Hernández

“La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan –art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.

Desde esta perspectiva “(...) Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el artículo 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del Estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3° de la ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa ‘los principios constitucionales, en particular los atinentes a moralidad, responsabilidad y transparencia’, lo mismo que por el artículo 23 de la ley 80 de 1993 establece que ‘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’. De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública.”

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 49847 de 27 de enero de 2016.
Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio

“Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del

Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2º del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.

Luego, si se entiende que la causa es “el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.” y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.”

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 50045 de 15 de diciembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio

“6.7.- Ahora, no se pierda de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, a guisa de ejemplo, en la selección se involucran los intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

6.8.- Luego, en cada caso habrá que determinarse si el comportamiento de la administración, por conducto del funcionario, implicó la violación de una norma imperativa que expresamente prohibía o de una que mandaba sin prohibir de manera expresa, para de allí deducir si el contrato se celebró contra expresa prohibición legal o constitucional, en el primer caso, o con abuso o desviación de poder, en el segundo.

6.9.- Pero además, debe tenerse presente que es factible que la elusión de los procedimientos selectivos sea el resultado de la decidida intención del respectivo funcionario, lo cual debe aparecer debidamente demostrado, caso

en el cual, como está involucrada una cuestión subjetiva que no es otra que la intención desviada o abusiva de la administración, la causal es la 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual debe ser el juez quien determine esa intencionalidad que contamina de nulidad absoluta el contrato, ya que como el dolo no se presume, mal podría dejarse en manos de la administración semejante valoración y es por esto que en tal caso la administración no puede dar por terminado unilateralmente el contrato.

6.10.- Con otras palabras, aún en los casos en que se omiten los procedimientos de selección del contratista, para efectos de determinar cuál causal de nulidad absoluta se configura, si la 2ª o la 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, habrá que indagar si aparece algún asomo de prueba que indique la intencionalidad de la omisión, pues en este caso, por estar envuelta esta situación subjetiva, es el juez quien debe constatarla, calificarla y establecer las consecuencias, y por esta razón la administración no puede terminar unilateralmente el contrato argumentando que advierte ese hecho como causal de nulidad absoluta, pues si pudiera hacerlo estaría asumiendo una función jurisdiccional que no tiene, razones todas estas que explican el por qué en tal hipótesis se configura la causal 3ª y no 2ª.

6.11.- En síntesis, la causal 2ª se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos.”

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 17767 del 31 de enero de 2011
Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

“Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo

estudio⁵⁶. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que “En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”⁵⁷.

En este sentido, esta Sala ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”⁵⁸. En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Como hemos visto, es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o

⁵⁶ Para la época de suscripción de los contratos el artículo 24 disponía: “1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: a) Menor cuantía. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales. Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'000,000 e inferior a 1'200,000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1'000,000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta de 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales; y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales (...). El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

⁵⁷ Decreto 855 de 1994, art. 2º.

⁵⁸ *Ibidem*. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés”⁵⁹. Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.” (...)

- Teniendo en cuenta que conforme lo ha solicitado el Ministerio Público, pretende que se declare la nulidad con fundamento en el numeral 3. Del artículo 44 de la ley 80 de 1993, resulta evidente que no solo no ha existido ninguna actuación de parte de la administración que sugiera la existencia de una desviación de poder por parte de ésta, ni la violación de una norma imperativa, de manera que con las modificaciones y/o adiciones contenidas en los documentos de fecha julio 29 de 2005, y enero 27 de 2006, no aparece que con ellas se hubiere pretendido por parte de la ANI favorecer al concesionario, o pretermitir la realización de una licitación pública desconociendo las reglas de *la selección objetiva, y del interés propio de la Administración*, ni con tales actuaciones se hubiere realizado o comprendido obras o valores de contratación superiores a los límites legales o que estuvieran por fuera del alcance del proyecto vial al cual se incorporaron como obras adicionales.

No sobra advertir, que aún en el supuesto caso de que esto hubiere ocurrido de la manera como se plantea por parte de la Procuraduría, resulta que cualquiera de tales hechos o consideraciones carecen de sustento o prueba idónea dentro del proceso, que permita aceptarlas como ciertas, pues ni se ha acreditado que los valores incluidos en las modificaciones exceden los límites previstos en la ley, ni que la ANI obró negligentemente o con la intención de desconocer la ley de contratación para, ejerciendo indebidamente el poder que tiene como contratante, buscara favorecer al concesionario o evitar el trámite de una licitación pública.

Adicionalmente, como ya se explicó con anterioridad, las actividades objeto del modificatorio del 27 de enero de 2.006 no solo correspondían a aquellas que ya habían estado previstas en el contrato original, sino que, además, en el evento en que fueren consideradas como obras adicionales, estas, conforme a la jurisprudencia a la que se ha

⁵⁹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Sub-sección A; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 12 de marzo de 2009; Rad. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07)

hecho referencia con anterioridad, no son ajenas ni independientes al corredor vial objeto del contrato de concesión 0377 de 2002.

- Finalmente, hay que anotar que dentro de la solicitud de nulidad formulada, en ella está ausente la puntualización concreta de a cuáles documentos se refiere la misma, pues simplemente enunciada que *los acuerdos viciados* deben ser declarados nulos, pero sin precisar a cuáles acuerdos en concreto se refiere, de donde se podría inferir que hace relación a las modificaciones y/o adiciones al contrato de manera general, lo que es totalmente improcedente ya que no precisa respecto de cada uno, cuál es la falencia que le indilga, que pueda constituir una nulidad del mismo. Por ello, tampoco puede este Tribunal entrar a considerar la nulidad planteada, pues no se sabe a qué se refiere en concreto, omisión que hace inane e imposible de decidir o de aceptar la declaración de nulidad impetrada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es menester concluir que, no evidenciándose la existencia de una desviación de poder por parte de la ANI, ni la violación de una norma imperativa, en la suscripción de los documentos de adición o modificación del contrato 0377 de 2002, ni habiendo encontrando causal de nulidad alguna de las señaladas por la ley y que tampoco se ha precisado a cuál de los documentos se refiere o cuál es el hecho que supuestamente constituye la nulidad, este Tribunal niega la declaración de la misma.

B. MARCO GENERAL DE LA DECISIÓN

B.1. OBJETO DEL PROCESO- Contrato de Concesión 0377 de 2002

El sistema procesal imperante en Colombia dispone, dentro del marco que debe adoptar toda decisión judicial, considerar los derroteros señalados por la demanda y su contestación, y en casos como el que nos ocupa, la reconvencción y su réplica. De esta manera se configura lo que de tiempo atrás se conoce como la *“res in iudicium deducta”*, en otras palabras, aquello que se le solicita al juez reconocer, y que define a su vez el alcance de su poder decisorio, de suerte que sólo a dicho ámbito habrá de remitirse exclusivamente el juzgador para sustentar su pronunciamiento, so pena de incurrir en violación a la regla de la congruencia consagrada en el artículo 281⁶⁰ del Código General del Proceso.

⁶⁰ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 281. Congruencias. “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto

Puesto de presente lo anterior y conforme a lo expuesto en el capítulo preliminar relativo a la síntesis de la controversia, ha de manifestarse entonces que la Convocante enfiló sus pretensiones a la declaratoria de un incumplimiento contractual; de análoga manera lo hizo la Convocada en su libelo de reconvenición, de tal manera que ha quedado así enmarcado el campo que delimita la actuación del Tribunal, sin que ninguna de las partes haya puesto de presente en la controversia traída al presente arbitraje censuras a las categorías de existencia, validez y eficacia del negocio jurídico celebrado entre ellas, a excepción de la “nulidad” del contrato de concesión 0377 de 2.002 invocada por el Ministerio Público y acabada de examinar y negar, razón por la cual el Tribunal prescinde de cualquier análisis adicional al respecto, pero reconoce *ab initio*, y por examen previo al cual se encuentra conminado, que dicho negocio jurídico, interpretado según corresponde por el Tribunal en cuanto resulte necesario de acuerdo a las normas de interpretación, además de configurarse como ley para las partes, está llamado entonces a generar los efectos vinculantes, tanto aquellos dispuestos por la ley⁶¹, como también aquellos contemplados por las propias partes.

B.2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

La temática de la interpretación del contrato es una de las cuestiones técnicas y teóricas que abarca una de las problemáticas de mayor interés en la acción judicial, y más específicamente en la práctica del derecho. De ahí que en lo que concierne a la interpretación del negocio jurídico, en particular del contrato, la misión del juez cobra valor habida cuenta que mediante la misma, logrará esclarecer cuáles son los derechos y las obligaciones que las partes deberán cumplir en la ejecución del contrato.

No se puede desconocer que la tarea jurídica del intérprete, por antonomasia es reconstructiva, ya que apunta a recrear el entramado estipulatorio contractual, incluido su desenvolvimiento y desenlace ulterior (camino negocial), en aras de arrojar a las fases que ordinariamente integran el convenio⁶².

del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. (...)”.

⁶¹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

⁶² Jaramillo Carlos Ignacio. “Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos” Colección de ensayos. Editorial Grupo Ibañez, Bogotá-Colombia, 2016, p 81.

Esta figura proporciona la adecuada aplicación y de ahí la conservación de los derechos subjetivos e incluso del principio de legalidad, pues para nadie es un secreto que una interpretación correcta del contrato es garantía de la justicia, en tanto elimina la tensión entre lo estipulado y lo que se pretende ejecutar.

En aras de facilitar el trabajo interpretativo del juez, el legislador ha establecido en el Código Civil una serie de reglas que resultan vinculantes para descifrar los pasajes oscuros o difusos de un texto contractual, las cuales, si bien fueron diseñadas en el ámbito de las relaciones privadas, son aplicables a los contratos estatales como quiera que la Ley 80 de 1993 – Estatuto de contratación Pública- no contiene una regulación exhaustiva al respecto⁶³.

Dentro de los criterios hermenéuticos establecidos por el legislador, la primera regla que se observa en el artículo 1618⁶⁴ del Código Civil es aquella cuyo propósito busca determinar el real y verdadero alcance del negocio jurídico celebrado por las partes, que es, en otras palabras, lo que la doctrina ha llamado como la búsqueda de la común intención, en oposición a la voluntad declarada, mediante la cual se propone hallar la intención subjetiva de los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico.

Así pues, el ordenamiento jurídico colombiano le da prevalencia a la voluntad de las partes frente a la expresión material de ella, siendo así más prominente el querer que estas tuvieron que la

⁶³ Sobre este punto: el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia de 9 de mayo de 2012, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, dijo: “De todos modos, en aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él.”

⁶⁴ Artículo 1618 del Código Civil: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*”

manifestación escrita o documentada. No otra cosa podría concluirse del artículo 1618 del Código Civil cuando manifiesta que, una vez conocida claramente la intención de los contratantes, se debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Bajo los anteriores lineamientos es que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado a lo largo de su jurisprudencia:

“(…) la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la ‘cordura, perspicacia y pericia del juzgador’, a su ‘discreta autonomía’, razón por la cual, el resultado de ese laborio ‘no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho’.

Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete.”⁶⁵

Por eso la Corte, ha resaltado que *“Si la misión del intérprete es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborio debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas’.* De allí que *‘la operación interpretativa del contrato para necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él’⁶⁶.*

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 19 de diciembre de 2008, sostuvo: *“En el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual conocida claramente la intención de los contratantes, debe*

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Mp Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7504

⁶⁶ *Ibidem*.

*estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidas en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual.”*⁶⁷

Expresado lo anterior, es indiscutible que el principio orientador establecido en el artículo 1618 del Código Civil, tiene un contenido esencialmente subjetivo, por oposición a lo rigurosamente objetivo, de forma tal que los jueces, frente a un específico negocio jurídico, tienen el deber de indagar y establecer cuál fue la verdadera voluntad de las partes,⁶⁸ en orden de hacerla prevalecer en relación a lo declarado.

Este mismo discurso ha tenido acogida en los tribunales de arbitramento, en los cuales se ha señalado que “(...)Lo pactado y convenido es la suprema ley de los contratos, y para su recta inteligencia, llegado el caso de que sobre ello se suscite alguna duda relevante, más que al lenguaje empleado en su rigurosa acepción literal, se ha de estar al espíritu del acuerdo apreciado integralmente, vale decir a su verdadera sustancia deducida de la coherencia lógica de las estipulaciones consentidas, de los hechos mismos de los contratantes, que tengan relación con la controversia, anteriores, concomitantes o posteriores a la celebración del negocio y, en fin, de la naturaleza y finalidad de este último, elemento este de clara configuración finalista en la medida en que indica que, para entender el contrato en su esencia y de allí inferir el espíritu que lo informa, es preciso entender la base económica sobre la que se fundamenta, al unísono con los distintos intereses que en él convergen.”⁶⁹

En suma, toda disposición jurídica debe ser interpretada buscando revelar o enaltecer lo que llevó a los contratantes a vincularse jurídicamente, indagando por el significado útil y real de su voluntad, a partir de los diferentes factores que pudieron haber influido en ella. De ahí la importancia de que cualquier clausulado pueda ser objeto de interpretación, por más que sus palabras sean claras,

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Ref. 11001-3103-012-2000-00075-01

⁶⁸ Jaramillo Carlos Ignacio, “Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos” p. 34 y ss.

⁶⁹ Tribunal de Arbitramento convocado por Teleconsorcio y Otros. Vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en liquidación. Laudo Arbitral del 13 de mayo de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá.

coherentes y diáfanas, para encausar la aplicación contractual a los verdaderamente acotado en el desarrollo de la autonomía privada.

Por ende, bien podría concluirse que en el derecho moderno ya no tiene cabida la máxima de que “lo claro no se interpreta” (*in claris non fit interpretatio*), como limitante a las potestades del juez cuando lo redactado no presente complicaciones en su lectura y aplicación, ya que, se repite, lo que exige la norma es auscultar por la voluntad fidedigna de las partes cuando la controversia así lo requiera y no la ambigüedad o falta de claridad de las palabras. Como bien lo diría la Corte Suprema de Justicia: “No es por consiguiente de recibo pleno el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, que sugiere que si el sentido de las palabras usadas en el contrato es claro, no hay para qué mirar más allá, pues se sustituiría la intención cierta de los contratantes por la incierta del interprete”⁷⁰.

De manera análoga, en el plano doctrinal, el profesor español Miguel Travesias reafirmando la importancia de revelar la “común intención”, indicó que “Si el juez, para no sacrificar el sentido natural de las palabras, se negase a desentrañar la intención real de los contratantes, que no estuviesen de acuerdo con las expresiones empleadas y decretase que la voluntad de ellos era la que significaban las palabras, el juez violaría la ley, y sería admisible el recurso de casación.”⁷¹

Ahora bien, no perdamos de vista que, además las cláusulas contractuales deben analizarse más con referencia a las otras y al conjunto convencional.

Deberá tenerse en cuenta, entonces, que el conflicto aquí suscitado emana de un Contrato de Concesión, entendido como el que “que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la

⁷⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1 de agosto de 2002. Mp Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6907.

⁷¹ Travesias Miguel. *Los negocios jurídicos y su interpretación*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925, p 42.

*explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*⁷²

Esta tipología contractual ha sido entendida como un mecanismo especial de intervención de los particulares en la consecución de los fines públicos, que “*adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal*”⁷³.

De la simple definición legal, se precisa que el Contrato de Concesión se caracteriza por cuatro elementos: (i) el concesionario asume por su cuenta y riesgo la ejecución o explotación de una actividad o servicio público, (ii) actividad que realiza bajo la constante y permanente vigilancia de la entidad concedente, (iii) la remuneración del concesionario se podrá pactar de diferentes maneras, como participación en tarifas, valorizaciones, tasas, etc, lo que hace que el valor final del contrato y la utilidad del Concesionario sea incierta o aleatoria, pues dependerá de la efectividad del recaudo a lo largo del tiempo y (iv) al final del plazo pactado, el concesionario deberá revertir al Estado los bienes construidos⁷⁴.

En lo atinente a la remuneración, se agrega a lo dicho, que es el concesionario quien además debe asumir los riesgos derivados de la explotación del bien o de la prestación del servicio público, haciéndose partícipe de las pérdidas y utilidades. El Consejo de Estado ha indicado que en los contratos de concesión existen cuatro riesgos que el concesionario debe evaluar desde la formulación económica del proyecto y que, consecuentemente, debe asumirlos:

“ (...) se observa que en los contratos de concesión se identifican normalmente 4 tipos de riesgos que deben contemplarse en la estructuración financiera de los proyectos y que caben en principio, dentro del álea normal de esta clase de contratos, debiendo por lo tanto ser

⁷² Ley 80 de 1993, artículo 32.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 2012.

⁷⁴ Al respecto, véase la Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp: 14390.

asumidos por el concesionario, quien los tuvo que haber estudiado y evaluado al presentar su oferta. Tales riesgos, son: a) el riesgo proyecto, constituido por el grado de dificultad de la construcción y operación de la obra; b) el riesgo mercado, propio de la etapa de operación del proyecto y que corresponde al grado de utilización de la obra por parte de los usuarios de la misma; c) riesgo financiero, relacionado con las fluctuaciones inflacionarias y cambiarias durante todo el proyecto y d) el riesgo tiempo, que tiene que ver con los cambios en el retorno de la inversión, cuando éste se produce en diferentes tiempos.”⁷⁵

Por lo tanto, la interpretación que en su momento emprenderá el Tribunal del texto contractual, deberá hacerse de manera armónica con las características antes diseñadas para evitar desnaturalizar el Contrato suscrito por las Partes. La búsqueda de la intención común de los contratantes debe ir acompañada de una valoración de los elementos que fueron definitorios a la hora de obligarse, por ello, además de los comportamientos exteriorizados durante la vigencia del convenio, la elección de la tipología contractual y la estipulación de sus elementos esenciales, fijan derroteros que el Sentenciador no puede limitar o sustituir arbitrariamente.

No en vano, el Código Civil, en su artículo 1621, refiere que “[e]n aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, disposición de la que se desprende que, cuando no exista duda sobre la modalidad contractual elegida, deberá escogerse la intención que más convenga a su naturaleza y objeto.

Se insiste en que mal haría el Tribunal si, so pretexto de interpretar, desfigurase los parámetros objetivos que regían para el tipo contractual acordado y que fue el querido por los contratantes. Más concretamente: un debate sobre el sentido y alcance de unos pasajes ambiguos o ininteligibles, no puede convertirse en una patente para mutar la relación jurídica y trasladar responsabilidades a quien, por la naturaleza del modelo contractual, no estaba en la obligación de asumirlas.

Sobre esta regla interpretativa, la justicia arbitral ha indicado que:

“En este orden de cosas, la naturaleza atribuida al contrato respectivo, actividad que en rigor supondría de su previa calificación jurídica, será la clave de bóveda que permitirá, extra voluntate, guiar la conclusión del hermeneuta que, de otro modo, podría extraviarse, pues no

⁷⁵ Consejo De Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, Sentencia de 1 de agosto de 2016, radicado: 29204

puede desconocerse que cada tipo contractual, de por sí, a modo de 'huella genética', tiene asignados concretos efectos y particularidades, que resultan indicativas de lo que, en condiciones razonables, hubieran pactado -o podido pactar los contratantes”⁷⁶

Igualmente, la hermenéutica contractual deberá consultar el valor de cada cláusula en disputa, a partir de su confrontación con otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato, tal y como lo ordena el artículo 1622 del Código Civil. Esta labor “intra clausular” parte del reconocimiento del “negocio jurídico” como una figura indivisible, que debe compaginarse íntegramente para que pueda cumplir los fines perseguidos por quienes concurren a su perfeccionamiento. Una cláusula individualmente considerada no se supele a sí misma, ni sirve para decantar una determinada posición jurídica; el acto jurídico debe analizarse de manera compleja, en su totalidad y como un clausulado único, asignándole a cada disposición el sentido que más le avenga, según su propia identidad y lo que se desprenda de las demás cláusulas.

Esta regla, cercana a las demás mencionadas, permite que el intérprete se centre en la totalidad del acuerdo y no sólo en una parte, evitándole que caiga en una consideración incorrecta o parcializada de los móviles en que se fundó la expresión analizada.

Vistas así las cosas, ante la controversia que tienen las Partes sobre el sentido de algunas cláusulas contractuales, el Tribunal pasará a interpretarlas en la forma explicada, esto es, indagando por la voluntad real que tuvieron al momento de acordarlas, pero preocupándose de conservar la naturaleza del Contrato de Concesión que las contiene y la identidad global de las demás disposiciones.

C. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA ANI

C.1. SOBRE EL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

En el primer grupo de pretensiones, la Sociedad Convocante solicita, a grandes rasgos, que se declare que las Partes involucradas en este conflicto son legítimas cesionarias del Contrato de Concesión No.

⁷⁶ Tribunal de Arbitramento convocado por Gran Tierra Energy Colombia Ltda y otros contra Agencia Nacional de Hidrocarburos. Laudo de 8 de junio de 2016.

0377 de 2002 y que por ende pueden hacer valer todas las acciones, privilegios y beneficios derivados del aludido Contrato.

Más específicamente, señala la Convocante que ha de declararse que la **ANI** asumió integralmente la posición contractual de Contratante con ocasión de la sustitución que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), quien a su vez era cesionario del Contratante Inicial, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS). A su turno, solicita que se declare que CSS CONSTRUCTORES S.A asumió la calidad de Contratista en virtud de la cesión que le hizo el Consorcio Solarte Solarte, mediante la suscripción del documento denominado “*Cesión de contrato de concesión número 0377 del 15 de julio de 2002*”.

Si bien entre las Partes no ha existido controversia sobre estos hechos y ha sido pacífico en el debate probatorio la titularidad que cada una ostenta sobre la relación negocial, el Ministerio Público ha señalado insistentemente que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse sobre estas pretensiones como quiera que hacen relación a convenios y actos jurídicos que escapan al fuero de la cláusula compromisoria que dio origen a este trámite arbitral. A su juicio, el Tribunal sólo puede pronunciarse sobre las condiciones del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y no sobre los acuerdos en virtud de los cuales se hicieron las cesiones de posición contractual.

Para resolver, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

De manera general, la “cesión” de posición contractual o “cesión de contrato” es la sustitución que hace una de las partes de la relación jurídica a un tercero que, de paso, asume la titularidad de los derechos y las obligaciones emanadas del contrato cedido. En últimas, la cesión de contrato no es más que “*sustituir a un sujeto por otro en la plenitud de la posición contractual*”⁷⁷

Así pues, la cesión contractual conlleva para el cedente la extinción de calidad de sujeto o titular de la relación jurídica de la cual hacía parte y para el cesionario la asunción total de los compromisos y privilegios acordados por otros, teniendo que responder directamente ante el contratante cedido, salvo que se haya hecho una estipulación en contrario.

⁷⁷ SCOGNAMIGLIO RENATO. “*Teoría General del Contrato*”. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1983. Página 279.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación armónica de esta figura en las diferentes disposiciones sustantivas. El Código Civil, por ejemplo, ninguna referencia hace a la posibilidad de ceder un contrato, escasamente alude a la “cesión de créditos personales” (artículos 1959 y siguientes) atinente al simple cambio de acreedor. No obstante, como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, esa ausencia de regulación no implica que la cesión de contrato esté prohibida:

“(…) la cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro – a menos claro está, que exista disposición legal en contrario – un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral. En tal caso, existe una relación contractual de la cual es, por regla general, desplazado uno de los contratantes originales”⁷⁸

En materia comercial, por el contrario, se autoriza expresamente la sustitución total o parcial de las relaciones derivadas de los contratos de ejecución periódica o en los de ejecución instantánea que no se hayan ejecutado totalmente, salvo que por la ley o por estipulación contractual se haya prohibido o limitado esa facultad (artículo 887 del Código de Comercio). En el régimen mercantil la cesión contractual, salvo acuerdo en contrario, no requiere autorización del contratante cedido para su validez, a menos que se trate de contratos “*intuitu personae*”, en los demás casos, la cesión simplemente deberá notificarse al cedido para que tenga efectos vinculantes respecto de éste y de terceros (artículo 894 *ibídem*).

El Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, regula la cesión de posición contractual en dos escenarios específicos, condicionados a la aceptación expresa de la Entidad Contratante. En su artículo 9, se establece que en caso de aparecer inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes sobre el contratista, “*éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución*” y en el artículo 41 se indica que “[*]os contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante*”.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. - Auto de 28 de junio de 1995.- Exp. 4571.

Si bien tales disposiciones no regulan de manera exhaustiva los términos en que debe hacerse la cesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en asocio con la normativa comercial, han decantado la forma en que ella procede:

“Sobre el particular, tanto en la cesión de contrato de carácter comercial como estatal, se sustituye una posición jurídica y material de una de las partes contratantes, adquiriendo el tercero las obligaciones y derechos que le correspondían al contratista cedente dentro de la relación contractual.

En cuanto a la forma de hacerse el mencionado contrato, el artículo 888 del Código de Comercio establece que el acto de sustitución podría hacerse por escrito o de manera verbal, según si el contrato que se cede consta o no por escrito.

Pese a lo anterior, existe una diferencia sustancial entre la cesión de carácter comercial y aquella de carácter estatal, pues en la primera, la regla general es que no se requiere contar un autorización expresa del cedido, salvo en los casos de ejecución instantánea en donde la prestación aún no se ha cumplido en todo o en parte y los contratos celebrados bajo la modalidad “intuitu personae”

Por el contrario, en materia de contratación estatal, la cesión del contrato requiere que exista una autorización previa y por escrito por parte de la entidad contratante, por cuanto, entendiéndose que los contratos estatales son “intuitu personae”, la administración debe actuar como lo dispone el artículo 41 inciso tercero de la [ley 80 de 1993](#)⁷⁹.

Con lo expuesto pueden individualizarse las siguientes reglas o premisas que deben verificarse para que opere la sustitución contractual a la luz de la Ley 80 de 1993:

En primer lugar, es claro que la Ley no prohíbe a las partes hacerse sustituir por un tercero dentro del contrato, lo que quiere decir que tanto la entidad pública contratante como el particular contratista podrán ceder válidamente su posición negocial, si concurren los demás elementos exigidos por la norma o el contrato. En efecto, el Consejo de Estado ha reconocido que la cesión contractual es una atribución común a ambas partes:

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 16 de marzo de 2015. Radicado: 31619.

“Además, cualquiera de las partes –contratante o contratista- puede sustituirse por un tercero –llamado cesionario-, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente, lo que implica, para éste, la extinción de su relación jurídica, para ser transferida al cesionario, quien en adelante ostentará la calidad de contratista –toda vez que en materia contractual estatal lo común es la cesión del contratista, aunque ya se dijo que también aplica respecto del contratante- y a quien la administración exigirá el cumplimiento de las obligaciones”⁸⁰

En segundo lugar, las entidades públicas contratantes pueden ceder el contrato sin mayores exigencias, bastará con que el acuerdo conste por escrito y que notifiquen al cedido de tal hecho para que cobre oponibilidad para él y terceros, pues el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 no establece ninguna otra condición. Por el contrario, cuando la cesión provenga del contratista, deberá ser autorizada por la entidad pública contratante, tal y como lo dispone expresamente el citado artículo 41.

La razón de que el contratista deba pedir autorización obedece a que, como lo dice la misma norma, el contrato estatal es *“inuitu personae”* por haber sido celebrado en atención a las especiales calidades técnicas, financieras y económicas del particular que llevaron a seleccionarlo como un colaborador de la actividad pública. En efecto, *“el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan”⁸¹.*

Y, por último, aunque ya se ha dicho en párrafos anteriores, en cualquier caso, la cesión debe constar por escrito, dado que los contratos estatales son solemnes (artículo 41 inciso primero de la Ley 80 de 1993) y cualquier modificación del mismo, como lo es la variación de uno de sus sujetos, debe estar precedida de idéntica formalidad para que pueda reputarse eficaz.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia de 12 de agosto 2013. Radicado: 23088.

⁸¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández. Sentencia de 7 de febrero de 2002. Radicado: 21845.

Claro está que, a los requisitos anteriores, bien podrían sumarse los demás que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, libremente estipulen para limitar o prohibir cualquier forma de cesión. En este evento, habría que estarse a lo pactado por ser el contrato “una ley para las partes”.

Vistas así las cosas, pasará el Tribunal a analizar las diferentes cesiones que cada una de las Partes originales del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 celebró a lo largo de su ejecución, para determinar quiénes son los actuales titulares de los derechos, privilegios y obligaciones emanados de éste.

Sea lo primero, indicar que en el artículo 65 del Contrato de Concesión se acordó que *“EL CONCESIONARIO solo podrá ceder total o parcialmente las obligaciones y derechos que surjan del presente Contrato a personas naturales o jurídicas, con previo consentimiento por escrito del INVÍAS. El INVÍAS no podrá ceder el presente Contrato ni cualquiera de los derechos u obligaciones derivados del mismo, sin el previo consentimiento escrito del CONCESIONARIO, salvo cuando la cesión ocurra como resultado de políticas de reestructuración o modernización del Estado colombiano y se mantengan las mismas garantías del presente Contrato”*. Con esta cláusula se estableció un régimen especial, que en nada riñe con las normas de orden público, consistente que cualquier clase de cesión, sin importar de quien provenga, debe ser aprobada por escrito por la parte cedida, salvo que se trate de una cesión ocasionada por la reestructuración de la Entidad Pública.

En el presente caso, se tiene que el Contrato de Concesión fue celebrado inicialmente por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVÍAS- en calidad de Contratante. No obstante, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1800 de 26 de junio de 2003 con el que creó el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO- como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, cuyo objeto principal sería *“planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario”*. En el artículo 18 de dicho Decreto se dispuso que el INVÍAS debía ceder y subrogar al INCO, a título gratuito, los convenios y contratos que tuviera vigentes relacionados con las concesiones de infraestructura de transporte.

En cumplimiento de lo anterior, el INVIAS expidió la Resolución 3045 de 2003⁸², en cuyo artículo primero cedió y subrogó en el INCO el Contrato de Concesión 0377 de 2002.

Seguidamente, se expidió el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, por el cual se modificó la naturaleza y nombre del INCO, pasando a ser una “*Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte*” (artículo 1 del Decreto 4165). Y por mandado del mismo Decreto, la **ANI** continuaría con “[l]os derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO” (artículo 25 ibídem).

De suerte que, en sentido estricto, la **ANI** es el legítimo cesionario del **INVÍAS y del INCO** del Contrato de Concesión No. 377 de 2002, no por causa de un acuerdo de voluntades, sino como consecuencia de varias reestructuraciones promovidas por el Gobierno Nacional, de ahí que, según el artículo 65 de dicho Contrato, no fuera necesario solicitar ninguna autorización previa y escrita al Concesionario para su validez. Estas breves consideraciones son suficientes para decidir que la Pretensión Primera de la Demanda Reformada, a cuyo tenor se solicita declarar 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*”, se abre paso favorablemente por haberse acreditado todos los elementos que de ella hacen parte.

Igual suerte correrá la Pretensión Segunda de la Demanda Reformada, pues no hay duda de que por haber conservado la **ANI** todos los derechos y obligaciones que ostentaba el INCO, por expresa disposición del artículo 25 del Decreto 4165 de 2011, aquella es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0377 de 2002.

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 10 y siguientes.

Por otro lado, al expediente se allegó el documento denominado “CESIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN NÚMERO 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002”⁸³, en cuyo artículo 1 la **ANI** autorizó y aprobó la Cesión del Contrato de Concesión a favor de la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, con efectos desde su suscripción por todos los interesados. No cabe duda que ese acuerdo cumple con todas las formalidades legales y convencionales en tanto obra por escrito y cuenta con la autorización de la parte cedida, por lo que mal haría el Tribunal al desconocerle o mermarle su eficacia.

Se solicita en la Pretensión Tercera Declarativa de la Demanda Reformada al Tribunal 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*”.

Para el Tribunal como aparece en el expediente la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** obra como legítimo cesionario del **Consorcio Solarte Solarte**. En virtud de lo anterior, el Tribunal declarará que **CSS CONSTRUCTORES S.A** asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2.002.

Así mismo, la Pretensión Cuarta Declarativa se despachará favorablemente, pues en virtud de la cesión antes declarada, **CSS CONSTRUCTORES S.A.** es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Ahora bien, el Ministerio Público en su Concepto final manifestó “[q]ue si bien, en relación con el INCO e INVIAS y entre CONSORCIO SOLARTE Y SOLARTE y CSS CONSTRUCTORES S.A., se ha hecho alusión a unos contratos de cesión, los mismos no son objeto de estudio en el presente Tribunal de Arbitramento y no le es aplicable la cláusula compromisoria que sustenta la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento, por lo que no ha de ser objeto de estudio y análisis en el presente proceso”. Es decir, para la Vista Fiscal el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las diferentes cesiones contractuales por ser negocios jurídicos ajenos e independientes del Contrato de Concesión que contiene la cláusula arbitral, y que, en ese sentido, escapan a la habilitación transitoria de los árbitros. De igual manera indica que deberá declararse el Tribunal incompetente para conocer de las

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 273 y siguientes.

demás pretensiones que dependan de una declaratoria inicial respecto de la validez de los acuerdos de cesión.

Aunque en la Primera Audiencia de Trámite el Tribunal se declaró competente para conocer de las Pretensiones y sus excepciones, en aras de resolver la excepción de incompetencia en la que insistió el Ministerio Público en su alegato final, se harán las siguientes precisiones:

Si bien es cierto la cláusula compromisoria fue establecida para resolver sobre las controversias emanadas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, no lo es menos, que las cesiones contractuales que aquí se han analizado no son ajenas ni independientes a la relación jurídica objeto de debate, todo lo contrario, son parte integral de aquella en la medida que su finalidad última era la de simplemente sustituir a uno de los extremos contractuales.

Es más, con absoluta claridad, el Consejo de Estado ha indicado que la cesión contractual es un “acto modificatorio” – no un acuerdo independiente- y por tal razón debe estar sometido a las mismas solemnidades del Contrato Principal:

“como la cesión sustituye a uno de los sujetos del contrato estatal, entonces el negocio inicial se modifica, y como el inciso 1 del artículo 41 establece que los contratos estatales constarán por escrito, es decir, que son solemnes, se entiende que de la misma forma se realizará cualquier modificación, y con mayor razón esta, que es relevante en el contrato. Por lo tanto, por esta vía se concluye que toda cesión será escrita.”⁸⁴

Así las cosas, si los Acuerdos de Cesión son simples modificatorios que hacen parte integral del Contrato de Concesión, no puede haber duda que la cláusula arbitral contenida en este último se extiende a los primeros, pues forman una misma realidad jurídica.

Para ahondar en argumentos, nótese que los Acuerdos de Cesión que suscribieron las Partes fueron celebrados en el marco de la específica habilitación que la cláusula 65 del Contrato de Concesión establecía para esos efectos, es decir, la viabilidad de dichos acuerdos fue autorizada por el Contrato Principal y lo único que ha hecho el Tribunal es verificar que se hubieren celebrado en debida forma,

⁸⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia de 12 de agosto 2013. Radicado: 23088.

con la finalidad de identificar quiénes son los legítimos titulares de los derechos y obligaciones emanados del Contrato objeto de este debate.

Por lo expuesto, la formulación de incompetencia planteada por el Ministerio Público con base en los Acuerdos de Cesión se rechazará y el Tribunal procederá a resolver sobre todas las pretensiones y excepciones que le fueron oportunamente planteadas.

C.2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PAGO DE UNA COMPENSACIÓN POR LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS TRAYECTOS 8, 9, 10, 11, 17 Y 18.

De manera resumida, solicita la Sociedad Convocante en la pretensión DUODECIMA que se declare que la ANI está obligada a pagar al Concesionario la compensación pactada en el Acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006, respecto de los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario.

Para sustentar esta pretensión, la Convocante manifiesta que desde el año 2006 las Partes acordaron que el Concesionario realizaría la operación y mantenimiento de los aludidos trayectos y que, como consecuencia de esa actividad, se pactaría una compensación o retribución económica que, a la fecha, no se ha concretado. Específicamente, señala que en el Acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006⁸⁵ quedó consignada la obligación clara y expresa a cargo del INCO – hoy ANI- de remunerar esas actividades de operación y mantenimiento a los tramos antes señalados⁸⁶.

En cuanto a la causación de la obligación de pago, aduce la Convocante que los Trayectos 8, 9, 10, y 17 fueron culminados el 27 de enero de 2011, salvo en algunos sectores que fueron reprogramados, aunque no se haya suscrito el acta correspondiente de finalización de Obras y los Trayectos 11 y 18, conforme consta en el acta del 18 de marzo de 2011 (pretensión décima y undécima de la reforma de la demanda del Concesionario); sin embargo una vez revisadas las pretensiones de la demanda por el Tribunal en ninguna de ellas se indica la fecha a partir de la cual se reclama la compensación por

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 191.

⁸⁶ Véase Hechos 4.2.1.12; 4.2.1.13 y 4.2.1.14 de la Reforma a la Demanda Inicial y folio 29 de los Alegatos de Conclusión de la Convocante.

concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento realizado por el Concesionario, ni a partir de cuándo empezarían a correr los intereses de mora. Con el escrito que subsana la demanda inicial, presenta un Excel indicando la fecha a partir de la cual liquida los intereses de mora para los trayectos respectivos, sin embargo para el 8 y 11 lo hace desde agosto de 2.010 y para los otros trayectos desde febrero de 2011, dando a entender que desde las mencionadas fechas surge el derecho a la compensación económica aludida en el Acuerdo de 27 de enero de 2006, pero que, la ANI, a juicio del Concesionario, injustificadamente se ha negado a reconocer.

Al contestar la Demanda Reformada y en sus Alegatos de Conclusión, la **ANI** insiste en que el Tribunal se remita al texto original de la cláusula contractual del Acuerdo del 27 de enero de 2.006 con relación a la compensación reclamada por el Concesionario y manifestó que el contrato aún se encontraba en etapa de construcción, que la contraprestación a favor del Concesionario por la operación y el mantenimiento procede solo después de culminada la etapa de construcción, que no ha terminado la etapa de construcción de los trayectos, 8,9,10 y 17, y que para el 11 y el 18 al momento de suscribir el Acuerdo antes citado, dentro de los dineros girados por el INVIAS se incluían recursos para el mantenimiento y operación de estos, por tanto no era necesario este reconocimiento, razón por la cual concluye que el Acuerdo de 27 de enero de 2006 no tiene el alcance pretendido por el Concesionario⁸⁷. También responde la ANI que los trayectos 3 y 3A no son objeto de estudio y que la obtención de licencias y permisos y la adquisición predial hacen parte del riesgo del Contratista. Razones todas estas, por las cuales no ha surgido – ni siquiera en gracia de discusión- la obligación de pago pretendida por la Convocante hasta tanto se suscriba el acta que de cuenta de la terminación de la etapa de construcción para todos los tramos.⁸⁸

En su concepto final, el Ministerio Público sostuvo que el Tribunal no tenía competencia para manifestarse sobre los documentos que supuestamente generaban una obligación de compensación, por cuanto, a su modo de ver, los mismos no hacen parte del Contrato de Concesión 0377 de 2002 por no tener todos los elementos esenciales exigidos por la ley y la jurisprudencia. En sus palabras exactas:

⁸⁷En el folio 8 de sus Alegatos de Conclusión manifestó: "Nunca se pactó entre la ANI y el Concesionario una contraprestación adicional por la operación y el mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18."

⁸⁸ Véase Alegatos de Conclusión de la ANI, folio 9.

“Así, de los documentos allegados en el expediente, no obstante que las partes hayan acordado que el CONCESIONARIO continuaría siendo el responsable de las actividades de operación y mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10 y 17 o que sobre dicha actividad se reconocería una compensación, ello no es suficiente para tener dicho acuerdo como parte del Contrato de Concesión No 0377 de 2002, y mucho menos para que dicho acuerdo alcance eficacia y validez a la luz del citado contrato de Concesión, máxime como ya se ha mencionado que en dichos documentos no se acordó un elemento esencial del contrato como fuera el precio”

Es claro para el Tribunal que para resolver la controversia relacionada con la remuneración y pago de las actividades de operación y mantenimiento de los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, debe entrar a dilucidar la correcta interpretación que debe hacerse de los diferentes documentos contractuales, especialmente del Acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006, para determinar cuál era el alcance pretendido por las Partes y sus respectivas consecuencias respecto de las actividades en conflicto.

En efecto, la interpretación del negocio jurídico constituye una labor obligatoria del Sentenciador cuando se encuentra ante pasajes oscuros, ambiguos o contradictorios de un texto contractual, o, cuando siendo estos claros y precisos en su redacción, las partes, le atribuyen un significado diferente, obligando al juzgador a interpretar por su verdadero sentido y efectos normativos a través de las reglas y principios que el ordenamiento jurídico ha predispuerto para ello.

Le corresponde al Tribunal establecer si las Partes pactaron o no una retribución o compensación al Concesionario por desarrollar las funciones de Operación y Mantenimiento de los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, y a partir de qué momento se causaría en caso de proceder, pues cada una llega a conclusiones divergentes sobre ese punto al analizar las mismas disposiciones contractuales.

Para buscar la verdadera intención de los Contratantes y así revelar el designio común y definitorio que tenían al momento de suscribir los diferentes acuerdos y actas, se indagará sobre la conducta con la cual las partes desarrollaron el contrato y sus modificaciones, así como las consideraciones que se plasmaron durante el desarrollo contractual, intentando con ello deducir el origen de lo acordado, pero sin invadir, desconocer o suplantar la autonomía privada que llevó a contratar, ni las cláusulas contractuales.

Este trabajo hermenéutico lo hará el Tribunal con los medios de convicción válida y oportunamente allegados al expediente⁸⁹, que en su mayoría corresponden a documentos que las Partes aportaron al trabarse la litis y que no fueron desconocidos o tachados de falsos, por lo que se presumirán auténticos y con plenos efectos demostrativos en lo que resulten pertinentes, conducentes y útiles⁹⁰.

Teniendo en cuenta los parámetros atrás establecidos, procede el Tribunal a efectuar el análisis de los documentos y pruebas, para decidir lo pertinente, así:

En el contrato de concesión 0377, en cuanto al mantenimiento y operación de los trayectos, se estableció, que era obligación del Concesionario:

“6.2.2. Realizar el mantenimiento de la totalidad de los Trayectos, así como las actividades previstas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento para los Puentes, y mantener y operar la infraestructura existente, que haya sido efectivamente entregada por el INVIAS al CONCESIONARIO, mientras culminan las obras previstas a realizarse para dichos Trayectos, de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento. Sin embargo, si fuera el caso se entenderá que quedan excluidas de ésta obligación las Casetas de Peaje Existentes que estén operando terceros concesionarios del INVIAS, lo cual se regirá por lo establecido en la Cláusula 16.1 de este Contrato.

6.2.3. Operar y mantener cada uno de los Trayectos de los que se haya suscrito la respectiva Acta de Terminación de Obras del Trayecto, de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento y lo previsto en este Contrato.”

De otra parte, se pactó en el contrato que era obligación del Concesionario, durante la etapa de pre-construcción:

“5.2.8. Realizar el mantenimiento en la totalidad de los Trayectos recibidos, así como las actividades previstas en las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento para los Puentes, y mantener y operar la infraestructura existente, que hayan sido efectivamente entregados por el INVIAS al CONCESIONARIO –de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 22 de este Contrato- en concordancia con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento. No obstante lo anterior, se entenderá que quedan

⁸⁹ Artículo 164 del Código General del Proceso.

⁹⁰ Artículo 244 del Código General del Proceso.

excluidas de esta obligación las Casetas de Peaje Existentes que estén operando terceros concesionarios del INVIAS, lo cual regirán por la Cláusula 16.1 de este Contrato.”

Ahora bien; es aceptado por ambas Partes que el día **29 de julio de 2005** se suscribió un documento denominado **“Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 - con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “Briceño – Tunja - Sogamoso”, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- y el Consorcio Solarte Solarte”,** en el cual, entre otras cosas, se acordó que se eliminarían todas las obligaciones del Concesionario asociadas a los Trayectos 8, 9 10 y 17, y las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los Trayectos 11 y 18 una vez culminaran los trabajos de rehabilitación que se ejercían sobre estos últimos. Así mismo, se definió la forma como el Concesionario realizaría la devolución de los aludidos tramos al Concedente, para lo cual se tendría que firmar un Documento Final de Ajuste de Cláusulas a más tardar el 15 de septiembre de 2005⁹¹.

El **15 de septiembre de 2005**, las Partes suscribieron el documento denominado **“Acuerdo para el aplazamiento de la firma del documento final de ajuste de cláusulas al contrato de concesión 0377 de 2002 del proyecto vial “Briceño-Tunja-Sogamoso”, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO- y el Consorcio Solarte Solarte”,** en el cual se dispuso “[a]plazar la firma del Documento Final de Ajuste de Cláusulas; la cual deberá adelantarse el día viernes treinta (30) de septiembre del año en curso” y que, como consecuencia de ello, se daría una compensación al Concesionario **toda vez que mantendría las actividades de Operación y Mantenimiento de los Trayectos 8, 9, 10 y 17** hasta que se hiciera la devolución efectiva de los mismos. En dicho documento (párrafo del punto SEGUNDO del Acuerdo), también se estableció que dicha compensación debería quedar consignada en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas que habría de firmarse el 30 de septiembre de 2005.

Nótese que lo acordado en el documento del 15 de septiembre de 2015 con relación a la compensación por operación y mantenimiento de los mencionados trayectos, nada tiene que ver con la obligación de compensar las actividades de Operación y Mantenimiento que aquí se reclaman, las cuales entiende el Tribunal que se dieron con posterioridad al año 2011, pues como ya se dijo, de los

⁹¹ Cuaderno de pruebas No. 1, folio 257 y siguientes.

diferentes documentos obrantes a folios, en las pretensiones de la demanda reformada no se indicó a partir de cuándo se debían compensar, data para la cual el Acuerdo Suscrito el 15 de septiembre de 2005 no tenía la vocación de regular.

Por otro aspecto, en el párrafo del punto SEGUNDO del Acuerdo de **15 de septiembre de 2005**, se acordó que la compensación que habría de causarse por los quince (15) días adicionales que se demoraría la devolución de los Trayectos, quedaría establecida en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas que habría de firmarse a más tardar el 30 de septiembre de 2005. No obstante, el **29 de septiembre de 2005** se firmó este documento y, las Partes acordaron aplazar por seis (6) meses más la firma del acta de devolución de los Trayectos 8, 9, 10 y 17⁹², y que el Concesionario mantendría todas las obligaciones asociadas al mantenimiento y operación de estos trayectos por un término no mayor a seis meses y acordaron que como consecuencia de ello, se obligaban a acordar una compensación por estas actividades en un documento que se firmaría en un plazo máximo de 2 meses, hecho que nunca tuvo lugar.

Dentro de las consideraciones que tuvieron en cuenta en este documento, llamado “DOCUMENTO FINAL DE AJUSTE DE CLAUSULAS”, se estipularon, entre otras:

“(..)

14.- Que, como resultado del análisis de la propuesta, en reuniones sostenidas el 19 de julio de 2005 y en conversaciones sostenidas el 21 de julio de 2005, el Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Concesiones requirieron al Concesionario reevaluar al alcance propuesto, incluyendo la construcción de una segunda calzada paralela a la calzada existente en el trayecto 2, dejando sin intervenir los tramos de rehabilitación propuestos, lo cual implica la no intervención y la devolución al INCO de los trayectos 8, 9, 10 y 17 y la devolución al INCO de los trayectos 11 y 18, a pesar de que en éstos dos últimos la rehabilitación ya está próxima a terminarse. El mantenimiento y operación de estos trayectos (8, 9, 10, 11, 17 y 18) pasaría a ser responsabilidad del INCO.

....

25.- Que mientras se ajustan todas las condiciones necesarias para poder sacar a licitación y/o establecer el mecanismo mas idóneo para garantizar la ejecución de las obras en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y el mantenimiento y operación de estos Trayectos y de los Trayectos 11 y 18 una vez las obras previstas en estos últimos sean terminadas por el

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 174.

CONCESIONARIO se considera conveniente aplazar la devolución de estos Trayectos de tal manera que el CONCESIONARIO continúe como responsable del mantenimiento y operación de dichos trayectos, por un término no mayor a seis (6) meses desde la firma del presente documento..

26.- Se deja constancia que lo establecido en el considerando anterior da lugar a una compensación a favor del concesionario. La compensación se origina en razón a que la fecha de entrega de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 es aplazada, y el Concesionario continuará con su obligación de Operación y Mantenimiento en los mencionados trayectos hasta la entrega efectiva de los mismos.” (resaltado fuera del texto).

En este punto, vale la pena resaltar lo pactado en el párrafo de la cláusula tercera del 29 de septiembre antes citado, según el cual, la compensación prevista correspondía al valor del mantenimiento y operación que tendría a su cargo el concesionario durante los 6 meses que se demoraría la entrega de los trayectos al Inco. En efecto, allí se dispuso:

“CLAUSULA TERCERA. - DEVOLUCIÓN TRAYECTOS 8, 9, 10 Y 17.- *Se deja constancia que las partes aplazan la firma del “Acta de Devolución de los Trayectos 8, 9, 10 (sector Villapinzón –Tunja) y 17 (la Ye-Tibasosa-Sogamoso). El CONCESIONARIO mantendrá todas las obligaciones asociadas al mantenimiento y operación en dichos trayectos, por un término no mayor a seis (6) meses contados desde la suscripción del presente documento.*

PARÁGRAFO. - El INCO y el CONCESIONARIO acuerdan que la compensación a favor del CONCESIONARIO por mantener las obligaciones asociadas a la Operación y Mantenimiento de los Trayectos mencionados quedará establecida y formalizada en un Documento suscrito entre el INCO, Concesionario e interventoría, posterior a la evaluación y acuerdo de los costos en que el concesionario deberá incurrir por este sentido. Este documento se firmará en un plazo máximo de dos (2) meses contados desde la firma del presente documento. Para lo anterior se tomará como referencia los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el INCO el 21 de abril de 2005, en cuanto a lo contemplado para la ejecución de actividades de operación y mantenimiento en los trayectos específicos”. (resaltado fuera del texto).

Teniendo en cuenta los documentos mencionados, concluye sin duda alguna el Tribunal, que las partes acordaron:

- Modificar el contrato original, limitando el alcance de la concesión a realizar la doble calzada de la vía, pero excluyendo expresamente la construcción de los trayectos 8,9,10 y 17 y aceptando terminar los trabajos de rehabilitación de los tramos 11 y 18.
- Que debido al plazo de 6 meses que se fijó para la devolución de los tramos 8,9,10 y 17, se le reconocería una compensación al Concesionario, por la realización de los trabajos de mantenimiento y operación de estos tramos, debido a que durante esos 6 meses, por estar excluidos los trayectos del contrato, el concesionario no tenía la obligación de asumir dichos gastos, como se dejó constancia expresa en el considerando 26 del documento del 29 de septiembre de 2005.
- Que hasta la fecha de firma de esta modificación, a pesar de que en el contrato original era claro que todos los gastos de mantenimiento y operación de los trayectos, durante la etapa de pre- construcción y de construcción estaban a cargo del Concesionario, se pretendió reconocer a éste una compensación por asumir tales gastos hasta por seis meses, al cabo de los cuales se debía dar la restitución de los trayectos 8,9,10 y 17, a lo que no estaba obligado el concesionario por haber quedado excluidas estas actividades de la modificación, en aras del interés general y de mantener el funcionamiento homogéneo del corredor, mientras *“se ajustan todas las condiciones necesarias para poder sacar a licitación y/o establecer el mecanismo más idóneo para garantizar la ejecución de las obras en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y el mantenimiento y operación de estos Trayectos y de los Trayectos 11 y 18...”*

Como se puede observar, de los documentos antes mencionados en los cuales sustenta sus pretensiones la parte demandante, se establecen unas circunstancias de tiempo, modo y lugar que difieren de los planteamientos formulados con la Demanda Reformada. En efecto, se advierte que en el documento del **15 de septiembre de 2005**, se estableció una compensación a favor del concesionario, por mantener a su cargo la operación y mantenimiento de los trayectos 8,9,10, y 17, por el término de 15 días, término éste durante el cual se aplazó la firma del “Documento Final de Cláusulas”, mientras se hacía entrega de estos trayectos al **INCO**, acordando que la compensación quedaría formalizada en este último documento, como en efecto sucedió el **29 de septiembre de 2005**, estableciéndose que como se aplazaba la firma del Acta de Devolución de los Trayectos 8,9,10 y 17 y el Concesionario mantendría todas las obligaciones asociadas al mantenimiento y operación

por un término no mayor de 6 meses, y acuerdan que por este hecho debían formalizar en un documento la compensación cuyo valor debería establecerse dentro de los dos meses siguientes.

Por lo tanto, las Pretensiones Quinta y Sexta de la Demanda Reformada, en las que se solicita se declare que en los Acuerdos de 15 y 29 de septiembre de 2005 se pactó una compensación a favor del Concesionario, prosperarán de manera parcial, pero aclarando desde ahora que esta compensación, es diferente a la reclamada por la demandante, que aparentemente corresponde a una compensación a partir de 2011 , por la operación y mantenimiento de los tramos 8,9,10,11, 17 y 18, cuando debía haber terminado la etapa de construcción del proyecto, conforme a lo estipulado en el modificatorio de enero 27 de 2.006, sobre lo cual se volverá más adelante.

Se suma a lo dicho, que sobre la compensación que habría de generarse por la demora en la devolución de los Trayectos 8,9, 10 y 17, según se estableció en los documentos del 15 y 29 de septiembre de 2.005, tal compensación quedó renunciada por el concesionario, cuando al haberse suscrito una nueva modificación al contrato el **27 de enero de 2006**, el concesionario no dejó manifestación expresa alguna, reservándose el derecho a reclamarla, y por el contrario, como consecuencia de la reincorporación al contrato de los trayectos que habían sido excluidos, aceptó que se evaluará acordar una alternativa de compensación por las actividades de operación y mantenimiento, como se verá a continuación, con lo que las partes dejaron sin efecto cualquier estipulación anterior sobre compensaciones por actividades de operación y mantenimiento, que eran atinentes al tiempo que tomaría restituir los trayectos 8,9,10 y 17 al INCO.

Ahora bien, es determinante en este debate, que en el aludido Acuerdo de **27 de enero de 2006** se reincorporaron a cargo del Concesionario **las obligaciones de construcción** de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 por un periodo de cinco años, incluyendo las actividades de operación y mantenimiento de estos trayectos y del 11 y 18.

En esta modificación se pactó que:

“PRIMERA. - OBJETO. *El CONCESIONARIO, una vez el INCO cuente con la disponibilidad de recursos, y estos sean debidamente apropiados, se obliga a ejecutar las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y la Ye-Tibasosa-*

Sogamoso), incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente **y el desarrollo, por un periodo de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados**, lo anterior con el alcance previsto en la propuesta incluida 'en la carta 137-35 del 25 de enero de 2005' y en los diseños elaborados por el CONCESIONARIO, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón – inicio Variante de Tunja y la rehabilitación de la vía existente comprendida entre Villapinzón y Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso." (resaltado fuera del texto).

Por otra parte, en la cláusula sexta del mismo documento, se estipuló que:

“SEXTA.- Con el objeto de **reincorporar** al contrato de concesión N° 0377/2002 las actividades de mantenimiento y operación para los trayectos 8 a 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (Paso Urbano por Tunja), 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso) y 18 (La Ye-Nobsa-Sogamoso) **al término de las obras de construcción de cada trayecto**, actividades que fueron excluidas del alcance contractual a través del “Documento Final de Ajuste de Cláusulas” suscrito el 29 de septiembre de 2005, las partes **acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato**, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. **En todo caso durante toda la etapa construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha.**” (resaltado fuera del texto).

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

- a) En julio 29 de 2005, las partes acordaron excluir la construcción de los trayectos 8,9,10, y 17 y el mantenimiento y operación del 11 y 18 que estaba obligado el Concesionario a rehabilitar, como consecuencia del alcance definitivo que reemplazó el básico y condicional del contrato de concesión original.
- b) Que el concesionario presentó a consideración del INCO una propuesta económica que permitía ampliar nuevamente la obra, incorporando los trayectos excluidos, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón- inicio variante de Tunja en doble calzada y la rehabilitación de la vía existente entre Villapinzón y Tunja y la Ye –Tibasosa-Sogamoso.

- c) Que las partes modificaron parte de las estipulaciones iniciales del contrato en el modificatorio del 27 de enero de 2.006, estableciendo un plazo para las actividades de construcción de cinco años y estableciendo un valor para las actividades objeto de esta modificación contempladas en la cláusula PRIMERA, pero advirtiendo que el valor de las obras no implicaba ajuste del ingreso esperado del contrato de concesión.
- d) Que conforme a la cláusula segunda del citado modificatorio del 27 de enero de 2.006, se estableció un valor por las actividades materia de la modificación que se iban a efectuar por la reincorporación de la construcción de los trayectos antes mencionados (8,9,10 y 17), para lo cual se pactó expresamente el pago de la suma de \$10.750'000.000 por total mantenimiento y de \$17.920'000.000 por total operación de los trayectos, durante la etapa de construcción, esto es los 5 años que se estipularon en la cláusula cuarta.
- e) Que independientemente del pago de las sumas anteriores, se pactó expresamente el reconocimiento de una **compensación** a favor del concesionario, prevista en la cláusula sexta del documento modificatorio del 27 de enero de 2.006, manifestando que para “reincorporar” al contrato de concesión las actividades de mantenimiento y operación de los tantas veces mencionados trayectos 8,9,10,11, 17 y 18, al término de las obras de construcción de cada trayecto acordarían” **evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión**”. Y además estipularon en esa cláusula y a renglón seguido **“En todo caso durante toda la etapa construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha.”**
- f) Según lo pactado, resulta claro que uno es el valor del mantenimiento y operación de los trayectos 8,9,10, y 17, **durante la etapa de construcción**, y otra prestación diferente fue la pactada en la mencionada cláusula sexta, consistente en una **compensación** que se le reconocería al Concesionario, una vez finalizada la construcción de cada trayecto, y que en todo caso, durante la etapa de construcción, el concesionario tendría a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos, es decir del 8,9,10,11,17 y 18.
- g) Que la compensación ofrecida, estaba representada en un *“incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión”*, que pactarían posteriormente, pero que, a la fecha no han definido.

- h) Que la modificación del 27 de enero de 2006 entró a hacer parte del alcance definitivo del proyecto, como expresamente luego lo aclaran las partes en el documento denominado **“ACTA DE CONSTANCIA DE LA APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS REQUERIDOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN LOS TRAYECTOS 8,9,10 Y 17.... PREVISTAS EN DOCUMENTO MODIFICATORIO DEL 27 DE ENERO DE 2006”**, en donde se aclara, en el punto primero, que estas actividades entran a hacer parte del alcance definitivo del proyecto BRICEÑO-TONJA-SOGAMOSO.⁹³

Hechas las anteriores precisiones sobre el alcance y entendimiento que deben tener los documentos modificatorios ya mencionados, procede el Tribunal a verificar dicho entendimiento con las pretensiones de la demanda reformada, para determinar su procedencia o no.

- A juicio de la Convocante, se debe declarar que ese término de cinco años que se pactó en el Acuerdo de 27 de enero de 2006, no se pudo cumplir respecto de los Tramos 8, 9, 10 y 17 por hechos no imputables al Concesionario.

En el expediente obran las siguientes comunicaciones, que fueron adjuntadas por la convocante, mediante escrito del 23 de febrero de 2018, dirigido al perito Julio Villareal Navarro, radicado el 26 del mismo mes⁹⁴ :

- La 0315-35 del 8 de febrero de 2010 (número de radicación 2010-409002864-2, enviada el 9 de febrero de 2010 por parte de Consorcio Solarte al INCO)⁹⁵, en donde pone de presente algunas situaciones que en su concepto limitaban el avance de la ejecución de las obras de construcción del alcance definitivo del contrato, entre otras menciona sectores en los cuales queda pendiente la obtención de franjas de terreno necesarias para su desarrollo y terminación (sector Paipa- Duitama) y de otros sectores que menciona en su comunicación y argumenta otras causas ajenas a la voluntad de las partes.

⁹³ Acta fecha diciembre 15 de 2006, folio 233 cuaderno -de pruebas No. 1

⁹⁴ Folio 127 a 149 del cuaderno principal No. 4 de pruebas

⁹⁵ Folio 132 a 137 del cuaderno principal No. 4

- La IBS-OP-0094-10 de la Unión Temporal CJ Tunja de fecha 10 de mayo de 2.010 dirigida al INCO con número de radicado 2.010-409-010698-2, radicada el 11 de mayo⁹⁶, en donde la Interventoría se pronuncia sobre las razones expuestas por el Concesionario en la comunicación mencionada en el numeral 1 anterior, concluyendo que las intervenciones no se habían desarrollado para ese momento por motivos externos al Concesionario y/o INCO, por lo cual en su momento la Interventoría conceptuó como viable la necesidad de reprogramar intervenciones y afectar los plazos previstos en los sectores influenciados.
- La IBS-OP-0126-10 del 28 de junio de 2.010 dirigida al INCO, con copia de radicado en CSS CONSTRUCTORES el 2 de julio de 2010 número 5881⁹⁷, en donde la Interventoría, emite concepto técnico-jurídico sobre algunas situaciones expuestas por el Concesionario que han limitado el avance de ejecución de las obras de construcción, concluyendo que las obras no se han desarrollado por motivos ajenos al Concesionario y/o al Inco.

Al respecto, si bien es cierto para las Partes no existe duda de que el plazo inicialmente pactado se extendió en el tiempo, también se encuentra dentro del expediente el documento denominado:

“ACTA DE ACLARACIÓN DE LOS CRITERIOS QUE SE ADOPTARÁN A RAÍZ DE LA FINALIZACIÓN PARCIAL DE LAS OBRAS CONTEMPLADAS EN EL ALCANCE DEFINITIVO DEL PROYECTO Y AJUSTE A LA PROGRAMACIÓN DE EJECUCIÓN DE OBRAS”, suscrita el 26 de julio de 2010⁹⁸, en cuyo considerando No. 9 se indicó que *“se han presentado inconvenientes y/o circunstancias de excepción en algunos de los trayectos que forman parte del alcance establecido en el “Documento Final de Ajuste de Cláusulas”, las cuales, por sus características y efectos, han limitado el avance de la ejecución de las obras en sectores específicos, situación que motiva la necesidad de reprogramar, en estos sectores, la ejecución de las obras”*.

Una redacción semejante se incluyó en el Acuerdo de 26 de enero de 2011. Adicionalmente en el acuerdo del 27 de enero de 2.006, ya se preveía que el plazo de ejecución para las actividades de construcción estaba sujeto a la disponibilidad predial y a la obtención de las autorizaciones

⁹⁶ Folios 138 a 142 del Cuaderno Principal No. 4

⁹⁷ Folios 143 a 149 del Cuaderno Principal No. 4

⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1- Folios 220 a 228

ambientales y condicionado a la disponibilidad efectiva de recursos dentro del proyecto, lo que significa que podía prorrogarse en el tiempo este plazo y las partes así lo aceptaron, y cuando suscribieron el mencionado documento del 26 de julio de 2010, dentro del considerando 8 y 9 se expresa lo siguiente: *“Que se han presentado inconvenientes y/o circunstancias de excepción en algunos de los trayectos que forman parte del alcance establecido en el “Documento Final de Ajuste de Cláusulas “, las cuales por sus características y efectos, han limitado el avance de la ejecución de las obras en sectores específicos, situación que motiva la necesidad de reprogramar en estos sectores la ejecución de obras.”*

De todo lo anterior, se concluye que los contratantes, en ejercicio de su autonomía privada y habiendo ya previsto que el plazo de ejecución de los 5 años podía prorrogarse al estar sujeto a ciertas condiciones, como la disponibilidad predial entre otras, así lo hicieron.

Resalta el Tribunal que el hecho de que el INCO haya suscrito las actas antes mencionadas, implica una aceptación expresa de que hasta ese momento las demoras en la construcción de la obra, no era imputables a actos de la concesionaria, pues de no haber sido así, como lo ratificó la interventoría del proyecto, se debería haber impuesto las sanciones que contractualmente correspondía, lo que no parece haberse hecho y por el contrario, se prorrogó el plazo de construcción de mutuo acuerdo

Las comunicaciones y actas mencionadas, llevan al Tribunal a acceder a la Pretensión Octava de la Demanda Reformada. No obstante, debe precisarse que el riesgo predial, tal como se analizará al examinar la gestión predial, estaba a cargo del Concesionario, por tanto, el hecho que no sean imputables los hechos a CSS no significa que no asumieran ciertos riesgos, entre los que se encuentran el mayor plazo, como consecuencia de la disponibilidad predial, entre otros.

- En cuanto al surgimiento de una obligación de compensación a favor del Concesionario por las labores de Operación y Mantenimiento realizadas por el Concesionario a la finalización de la construcción de cada trayecto, encuentra el Tribunal lo siguiente:

En la cláusula SEXTA del Acuerdo Modificatorio de **27 de enero de 2006**, las Partes acordaron lo siguiente, cuya transcripción se hace nuevamente para una mejor comprensión:

“Cláusula Sexta: Con el objeto de reincorporar al contrato de concesión N°0377/2002 las actividades de mantenimiento y operación para los trayectos 8 a 10 (Villapinzón-Tunja), 11 (Paso Urbano por Tunja), 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso) y 18 (La Ye-Nobsa-Sogamoso) al término de las obras de construcción de cada trayecto, actividades que fueron excluidas del alcance contractual a través del “Documento Final de Ajuste de Cláusulas” suscrito el 29 de septiembre de 2005, las partes acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de estas actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. En todo caso durante toda la etapa construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha”. (resaltado fuera del texto).

Desafortunadamente, la redacción de dicha cláusula no expresa un mandato unívoco de reincorporar unas obligaciones de pago, sino que, como establece la cláusula, las partes acuerdan “evaluar la alternativa” de una “contraprestación” en la hipótesis indicada en la misma.

Del texto anterior, se podría entender que se pactaron dos contraprestaciones: **1)** Una que se reconoce al término de las obras de construcción de cada trayecto durante la vigencia del contrato, pagadera mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. **2).** Otra que se reconoce durante toda la etapa de construcción para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha, esto es al 27 de enero de 2006.

En cuanto a la primera, se causaría a partir de la terminación de cada trayecto y estaría representada en el valor del alza de peajes. En cuanto a la segunda, no entiende el Tribunal que se refiera a una segunda contraprestación a pagar, sino que corresponde a la reiteración de que durante la etapa de construcción, era de cargo del concesionario la obligación de mantenimiento y operación de los trayectos, como se estableció desde el contrato inicial y en las modificaciones al mismo. En todo caso, para este momento las partes no acordaron el valor de la primera contraprestación.

Por la actuación de las partes en el desarrollo del contrato y sus reclamaciones dentro del proceso, se ratifica el entendimiento expuesto por el Tribunal, sobre la inexistencia de una segunda contraprestación, pues en ninguna parte la han reclamado ni alegado su existencia.

A su turno, la Convocante sostiene que la anterior “obligación” de compensar las labores de Operación y Mantenimiento a cargo de la ANI fue ratificada en el “Acta de Aclaración de los Criterios que se adoptarán a raíz de la finalización parcial de las obras contempladas en el alcance definitivo del proyecto y ajuste a la programación de ejecución de obras”, de **26 de julio de 2010**, en la que a su modo de ver, se hizo expresa alusión a la cláusula 6 del Acuerdo de 27 de enero de 2006, en los siguientes términos:

“QUINTO. Aclarar que, aun cuando se suscriba el “Acta de Finalización de las Obras del Trayecto” para los trayectos 11 y 18, el Concesionario continuará a cargo del mantenimiento y operación de dichos trayectos mientras el contrato permanezca en su Etapa de Construcción, lo anterior en los términos estipulados en la cláusula sexta del contrato adicional suscrito el 27 de enero de 2006, sin que haya lugar, al menos hasta ese momento, a la devolución de dichos trayectos al INVIAS, **ni a ningún tipo de compensación adicional a favor del Concesionario**”.(resaltado fuera del texto)

Adicionalmente, verificó el Tribunal en el Acta de Aclaración mencionada del 26 de julio de 2010, que en el punto TERCERO⁹⁹ del acuerdo quedó establecido:

“TERCERO. Aclarar que, mientras no se suscriba el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación”, no iniciará la Etapa de Operación, y por tanto, el contrato se mantendrá en Etapa de Construcción.

PARAGRAFO. El requisito para finalizar la Etapa de Construcción asociado a la suscripción de todas las “Actas de Finalización de las Obras del Trayecto” para aquellos trayectos que forman parte del Alcance Definitivo, deberá interpretarse en el sentido de que no sólo deberá evidenciarse la suscripción de todas las “Actas de Finalización de las Obras del Trayecto”, sino también en el sentido de que deberá evidenciarse la finalización de las obras en la totalidad de los sectores afectados que han sido objeto de reprogramación a través de esta Acta” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Adicionalmente en los considerandos 16, 17, 18 y 19 de esta Acta de Aclaración de criterios, se dijo:

“(…)

⁹⁹ Folios 220 a 228 del Cuaderno de Pruebas No. 1

16. Que, según se infiere de lo expuesto en el considerando anterior, el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación” se suscribirá solamente al efectuarse la verificación por parte del Interventor de todas las obras contenidas en el Alcance Definitivo, situación para la cual es necesario que se resuelvan los aspectos pendientes que hacen necesaria la reprogramación de la intervención de los sectores enunciados en el considerando décimo de esta Acta y, consecuentemente, se dé lugar a su construcción.

De la misma forma, se infiere que, hasta tanto no se suscriba el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación”, el contrato se mantendrá en su Etapa de Construcción.

17. Que, al considerar que, si bien el contrato permanecerá en su Etapa de Construcción, la mayor parte de su longitud estará en operación, teniendo en cuenta que con la suscripción de las “Actas de Finalización de Obras del Trayecto” se “dará inicio a la operación y mantenimiento de cada uno de ellos...”, exceptuando sólo los sectores enunciados en el considerando décimo de esta Acta, se considera pertinente aclarar la aplicación de algunos acápite contractuales que se ven influenciados por esta circunstancia, a saber lo referente a las Garantías contractualmente definidas, y, de manera particular, a la forma como se aplicarán las coberturas.

18. Que los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La Ye-Nobsa-Sogamoso) forman parte del Alcance Definitivo, sin que en ellos existan sectores afectados a los cuales haya lugar a reprogramaciones ni afectaciones de los plazos previstos para su ejecución, de tal forma que la totalidad de las obras en ellos previstas deberán ejecutarse a más tardar el 29 de julio de 2010, para lo cual deberá surtir el trámite previsto en la cláusula 39 del contrato de concesión, incluyendo la posterior suscripción, para estos trayectos, del “Acta de Finalización de Obras del Trayecto”.

19. Que sobre los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La Ye- Nobsa-Sogamoso), Para los cuales se definición en el alcance del Documento Final de Ajustes de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005 se “Rehabilitación, sin mantenimiento y operación, ...”, aclarando que “...cada trayecto se devuelve al INVIAS al terminar su correspondiente rehabilitación”, se planteó posteriormente, a través de la cláusula sexta del contrato adicional suscrito el 27 de enero de 2006, que, “Con el objeto de reincorporar al contrato de concesión No. 0377/2002 las actividades de mantenimiento y operación...las partes acuerdan evaluar la alternativa de contraprestación de actividades durante la vigencia del contrato, mediante el incremento de las tarifas de peaje vigentes dentro de los niveles de concesión. En todo caso durante toda la etapa de construcción el concesionario tendrá a su cargo el mantenimiento y operación de dichos trayectos para lo cual se revisará la contraprestación de aquellos tramos que no están incorporados a la fecha”

20. Que teniendo en cuenta los antecedentes expuestos en los dos considerandos anteriores, se hace necesario aclarar las obligaciones del Concesionario asociados a los trayectos 11 y

18, desde el momento en que se suscriba la respectiva “Acta de Finalización de Obras del Trayecto” hasta la terminación de la Etapa de Construcción, aclarando la pertinencia y oportunidad de la devolución de estos trayectos al INVIAS.

Y en el PARAGRAFO del punto SEGUNDO literales C y D se establece que se tendrán en cuenta, de manera particular, las siguientes consideraciones:

“(…) PARÁGRAFO: Al adelantar el procedimiento de verificación de obras en los trayectos que incluyen dentro de su alcance los sectores relacionados en el acuerdo primero de esta Acta, se tendrán en cuenta, de manera particular, las siguientes consideraciones:

c) Surtido el procedimiento descrito en la cláusula 39 del contrato de concesión, las partes suscribirán, en los términos señalados, el “Acta de Finalización de Obras del Trayecto”. En dicha Acta se describirán, de manera específica, el (los) sector (es) afectado (s) que forman parte del Trayecto y hayan sido objeto de reprogramación a través de esta Acta, indicando que, si bien de manera general se da inicio a la operación y mantenimiento del Trayecto, el inicio de la operación y mantenimiento de el (los) sector (es) afectado (s) se suspende y queda supeditado a la finalización de su intervención, para lo cual se tendrá en cuenta la reprogramación incluida en esta Acta.

d) Una vez finalice la Intervención de el (los) sector (es) afectado (s), el Concesionario informará por escrito de esta situación al INCO y al Interventor y remitirá la información faltante asociado a el (los) sector (es) terminado (s) para complementar las Memorias Técnicas del respectivo Trayecto, información a partir de la cual el Interventor, para el (los) sector (es) específico (s), realizará la verificación de que trata la cláusula 39.2 del contrato de concesión. Surtido este procedimiento, deberá entenderse que se da inicio a la operación y mantenimiento de el (los) sector (es) afectado (s) correspondiente (s).”

En el PUNTO TERCERO del acta de aclaración de criterios que se acaba de citar, se aclaró:

“TERCERO: Aclarar que, mientras no se suscriba el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación” no iniciará la Etapa de Operación y, por tanto, el contrato se mantendrá en su Etapa de Construcción”

Y en el punto QUINTO de esta acta de aclaración de criterios del 26 de julio de 2010, que se vuelve a transcribir por su importancia, para determinar el alcance de la estipulación contenida en la cláusula SEXTA del modificadorio del 27 de enero de 2.006, se determinó:

“QUINTO. Aclarar que, **aun cuando se suscriba el “Acta de Finalización de las Obras del Trayecto” para los trayectos 11 y 18, el Concesionario continuará a cargo del mantenimiento y operación de dichos trayectos mientras el contrato permanezca en su Etapa de Construcción, lo anterior en los términos estipulados en la cláusula sexta del contrato adicional suscrito el 27 de enero de 2006, sin que haya lugar, al menos hasta ese momento, a la devolución de dichos trayectos al INVIAS, ni ha ningún tipo de compensación adicional a favor del Concesionario.** “ (Resaltado y subrayado fuera de texto).

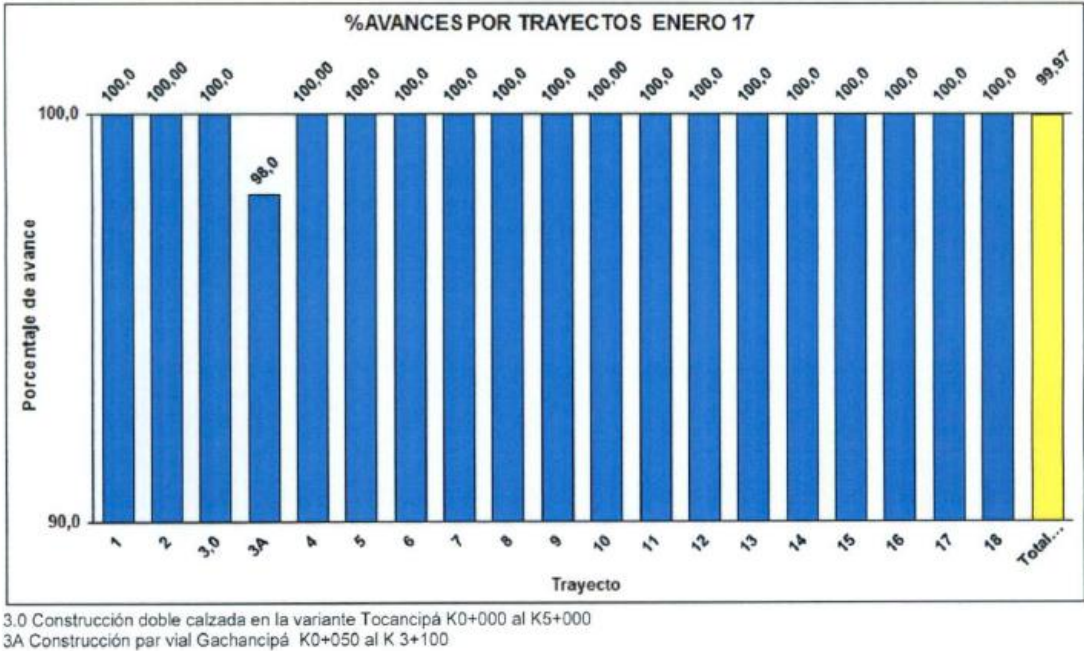
De acuerdo a estas últimas disposiciones, lo que se hace es ratificar que mientras perdurara la Etapa de Construcción **DEL CONTRATO**, esto es, mientras no se suscribieran **todas** las “Actas de Finalización de las Obras del Trayecto “ para aquellos tramos que forman parte del Alcance Definitivo, entre ellos el 8, 9, 10,11, 17 y 18, evidenciándose la finalización de las obras en la **totalidad** de los sectores afectados que han sido objeto de reprogramación a través del Acta de aclaración de criterios, no iniciaría la etapa de operación mediante la firma del acta correspondiente y el Concesionario estaría a cargo de la Operación y Mantenimiento de dichos trayectos mientras el contrato permanezca en su Etapa de Construcción, sin que haya lugar al menos hasta ese momento, refiriéndose a la etapa de construcción, a ningún tipo de compensación, tal y como se desprende de la parte final de la cláusula SEXTA del Modificadorio de **27 de enero de 2006**. Es decir, así se terminen las obras de algunos trayectos, estos no podían ser devueltos al **INVIAS**, y el Concesionario tenía a su cargo la operación y el mantenimiento durante la construcción de los demás trayectos hasta tanto no finalizará la construcción de todos aquellos que hacían parte del alcance definitivo, incluyendo los sectores que se reprogramaban.

Por tanto, teniendo en cuenta los considerandos 9 y 10 del acuerdo del **26 de enero de 2011** y que los sectores afectados por dichas circunstancias pertenecen a los trayectos 8, 9, 10 y 17, cuya intervención fue reprogramada conforme al punto PRIMERO de dicho acuerdo, es evidente que tales trayectos no estaban totalmente terminados, y por lo tanto no estaba terminada la etapa de construcción, como lo pretende la convocante. En consecuencia, tampoco se ha iniciado la etapa de operación y mantenimiento de los mismos.

Por todas las anteriores razones, no prosperará la pretensión NOVENA de la reforma de la demanda formulada por CSS.

No está probada entonces la finalización de dichos trayectos para las fechas indicadas por el Concesionario, sin embargo, el Tribunal pudo verificar en el informe IBTS-617-77 de interventoría No. 16 de fecha 14 de febrero 2017, que obra en el cuaderno de pruebas No. 6 (páginas 23 a 26 de 647), que solo hasta diciembre de 2016, al establecerse el avance y estado de obra, se verificó con las actas de entrega de los diferentes trayectos, que en algunos sectores de estos se dejó la siguiente constancia: “Sector hace parte del acta de reprogramación del 27-01-2011 El sector en servicio el 22 de diciembre de 2.016. Constancia que se dejó para un sector del trayecto 9 y para el trayecto 10 se dejó similar constancia en dos sectores, pero entiende el Tribunal, entraron en servicio el 7 de diciembre de 2.016, de lo que colige el Tribunal que ya entraron en servicio.

Tal circunstancia está corroborada con la siguiente gráfica extractada del mismo informe (hoja 19 de 647), según la cual, la construcción está al 100% en los trayectos 8, 9,10,11, 17 y 18, por lo que entiende el Tribunal que, para el 22 de diciembre de 2.016, se concluyó la etapa de construcción para esos trayectos



Luego del anterior análisis, no encuentra entonces el Tribunal, que en la cláusula sexta del modificadorio del **27 de enero de 2.006**, los Contratantes hayan acordado alguna obligación de pago a cargo de la ANI por las labores de Operación y Mantenimiento de los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18

posteriores a la terminación de cada uno, durante la etapa de construcción, y así quedó aclarado el alcance e interpretación en el acta aclaratoria del **26 de julio de 2.010**. En el desarrollo contractual se acordó que tanto la **ANI** como el Concesionario, evaluarían una contraprestación, que, según interpreta el Tribunal de los acuerdos antes transcritos, se daría durante la etapa de operación, que iniciaría cuando terminará la construcción de todos los trayectos, pero esta negociación hasta la fecha no se encuentra perfeccionada.

Con el comportamiento de las Partes no puede inferir el Tribunal una conclusión diferente a la aquí planteada. Si bien en los diferentes documentos contractuales mencionados por la Convocante y en especial en la estipulación acabada de mencionar (cláusula SEXTA), se hace referencia a una obligación genérica de acordar/negociar el valor de una compensación económica, lo cierto es que las Partes nunca concretaron una suma de dinero específica a cargo de la **ANI** por esas actividades y nunca se fijó la cuantía. Sin embargo, se estableció que se pagaría mediante el incremento de las tarifas de peajes, a partir de la finalización de la etapa de construcción, para toda la duración del contrato, pero no se estableció el valor del reajuste del peaje.

Adicionalmente, en la cláusula SEGUNDA del documento del **27 de enero de 2.006**, el valor total global de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES de pesos, que se pagaría al concesionario, se desagrega de acuerdo al cuadro que a continuación se transcribe: (Folio192 del cuaderno de pruebas 1)

Actividad	Valor (\$ Diciembre de 2005)
Construcción	
Trayecto 8 – Villapinzón-Peaje Albarracín	\$ 43.980.000.000
Trayecto 9 – Peaje Albarracín-Ventaquemada	\$ 51.640.000.000
Trayecto 10- Ventaquemada-Tunja	\$ 178.030.000.000
Trayecto 17-La Ye-Tibasosa-Sogamoso	\$ 29.470.000.000
Total construcción	\$ 303.120.000.000
Total Manejo ambiental y social	17.920.000.000
Total Mantenimiento	10.750.000.000
Total Operación	17.920.000.000
Total Rehabilitación	19.240.000.000
VALOR TOTAL GLOBAL	\$ 368.950.000.000

Es decir, el valor de la operación y el mantenimiento durante la etapa de construcción, ya estaba incluida dentro del valor acordado en la cláusula segunda. Y la Propuesta presentada fue aceptada por la ANI en los términos en que quedó plasmada en este documento modificadorio del 27 de enero de 2.006, sin que tenga otro alcance diferente al mencionado en dicho documento.

Adicionalmente, en el “INFORME EJECUTIVO PROYECTO BRICEÑO-TUNJA-SOGAMOSO” DE FECHA ENERO DE 2.012 de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, aportado por la ANI (CD FOLIO 341 Y 118) con relación a los “ Recursos Adicionales para Operación y Mantenimiento de los Trayectos 7,8,9,10,11 y 17” se dejó establecido: “ **La Operación y el Mantenimiento periódico y rutinario de los Trayectos 8,9, 10,11, 17 y 18, una vez se culmine la etapa de Construcción, hasta el 23 de septiembre del año 2.032, cuya remuneración se realizará con cargo a vigencias futuras periódicas. ...**

Las alternativas son recursos nación para ejecutar obra pública (INVIAS).

...”

De este documento, entiende el Tribunal una vez más, que la operación y el mantenimiento periódico y rutinario de los mencionados trayectos está a cargo del Concesionario hasta finalizar la etapa de construcción y que una vez iniciada ésta, se generaría una remuneración adicional.

Por otra parte, en la cláusula séptima del Otrosí No. 12 de 14 de febrero de 2014 se expresó que “*EL CONCESIONARIO manifiesta expresamente que conoce las facultades de la ANI y las circunstancias que exigen la necesidad de construcción de una Variante del Puente de Boyacá y el mantenimiento y operación de los trayectos 8, 9,10,11,17 y 18, a través del esquema que la entidad considere pertinente, independiente del Contrato de Concesión No. 377 de 2002. En tal sentido, acepta la eventual aplicación de una sobretasa a los peajes de las estaciones ubicadas en el corredor concesionado, con destinación a financiar obras, actividades y/o intervenciones requeridas dentro del corredor (...). El recaudo de la sobretasa se giraría a un Patrimonio Autónomo constituido especialmente para este efecto (...)*”¹⁰⁰. (resaltado fuera de texto).

Dicho documento reitera que nunca existió un acuerdo bajo el Contrato de Concesión No. 377 de 2002, sus otrosíes y modificadorios, en el que expresamente se le reconociera al Concesionario una

¹⁰⁰ Folios 202 y 203 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

contraprestación por las labores de operación y mantenimiento, **durante la etapa de construcción**, pues desde el contrato inicial y en las modificaciones posteriores, siempre se estableció que estas labores eran de cargo del Concesionario. Por ello, el Concesionario sí se obligó a realizar la operación y el mantenimiento de los trayectos 8,9,10,11,17 y 18 en el modificadorio del 27 de enero de 2.006, durante la etapa de construcción.

Con los elementos de juicio que obran en el expediente, es dable concluir que nunca se consolidó una precisa obligación de pago a favor del Concesionario en los términos que se demandan, pues no hay elementos de convicción que permitan llegar a esa conclusión. En este caso la voluntad real y la declarada, estaban dirigidas a establecer que, al haber reincorporado ciertas actividades, las Partes debían negociar unas condiciones económicas particulares, no concertadas, no perfeccionadas contractualmente. Dicho de otra manera, la posibilidad de revisar una contraprestación por las actividades de operación y mantenimiento en estos trayectos, durante la vigencia del contrato y luego de concluida la Etapa de Construcción de todos los trayectos e iniciada la Etapa de Operación del Contrato, nunca se concretó.

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

Diferente es la pretensión de la convocante, de que se le reconozca un ajuste al valor de mantenimiento y operación por haberse extendido el plazo de duración del término de construcción de la obra, que podría solicitarse, eventualmente, como un desequilibrio. Conforme se ha analizado en párrafos anteriores, el mayor costo que se hubiere podido causar por no haberse terminado la etapa de construcción, si bien podría implicar un desequilibrio económico del contrato, este concepto no

corresponde al de la “contraprestación” pactada para remunerar los trabajos por concepto de operación y mantenimiento que se reincorporaron para los trayectos tantas veces mencionados, de manera que, es improcedente reclamar el mayor costo como si este correspondiera a la contraprestación pactada por la reincorporación de estas actividades, que es lo contractualmente pactado.

Por todas las anteriores consideraciones, advierte el Tribunal que mientras perdurare la “Etapa de Construcción” de todos los Trayectos, el Concesionario no podría reclamar ninguna contraprestación o valor adicional por los conceptos de operación y mantenimiento, así fuera concluyendo la construcción de algunos de ellos.

Para facilitar la interpretación del artículo SEXTO del modificatorio del **27 de enero de 2.006**, las Partes, en la cláusula tercera del *“Acta de aclaración de los criterios que se adoptarán a raíz de la finalización parcial de las obras contempladas en el alcance definitivo del proyecto y ajuste a la programación de ejecución de obras”*, suscrita el **26 de julio de 2010**, acordaron como ya también se expuso, que *“mientras no se suscriba el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación” no iniciará la Etapa de Construcción y, por tanto, el contrato se mantendrá en su Etapa de Construcción”*, es decir, establecieron una formalidad específica para hacer la transición entre las diferentes etapas de Construcción y Operación, consistente en la suscripción de un Acta de Iniciación, a cuya ausencia habría de entenderse que formalmente no habría iniciado la etapa de Operación y Mantenimiento, por no haber concluido la construcción de todos los trayectos.

En este caso, está acreditado que aún no se ha levantado el “Acta de Iniciación de la Etapa de Operación” de todos los Trayectos, por lo que, en aplicación de las estipulaciones convencionales, debe entenderse que aún se encuentran en Etapa de Construcción, aunque se estén manteniendo y operando algunos de los trayectos en cuestión, lo que implica, según el Acuerdo de 27 de enero de 2006, que el Concesionario debe seguir asumiendo los costos de la operación y mantenimiento por su cuenta y riesgo, por tanto no es dable requerir el pago de estas prestaciones– tal y como se persigue en esta caso- cuando las reglas contractuales no lo establecen.

Así las cosas, el Tribunal no declarará que la **ANI** incumplió el Contrato por haber omitido el pago de la supuesta retribución o compensación por la Operación y Mantenimiento de las Trayectos 8,9, 10,

11, 17 y 18 “*al término de las obras de construcción de cada trayecto*”, toda vez que dicha obligación no se estipuló y el Concesionario sí se obligó a realizar estas actividades. Lo que acordaron los Contratantes fue obligarse a negociar condiciones futuras al término de la construcción de todos los trayectos, aspecto que a la fecha no se ha logrado y que el Tribunal no puede entrar a suplir¹⁰¹, porque no fue solicitado así en las pretensiones de la demanda. En este sentido, dicha retribución, procede pero en el entendido que es exigible solo a partir de la terminación de la etapa de construcción, de acuerdo con la interpretación que hace el Tribunal y con el valor que acuerden las partes.

Así las cosas, es claro que la pretensión de la convocante de que se le reconozca el pago de una compensación, a partir del quinto año de la etapa de construcción, dado que ésta no ha terminado por hechos no imputables a **CSS**, no es procedente por cuanto la compensación no se pactó para la etapa de construcción sino para generarse a partir del inicio de la etapa de operación y durante la vigencia del contrato. Por tanto, no se despachará favorablemente la pretensión NOVENA.

Ahora bien; si es que eventualmente y en gracia de discusión, existiera una obligación de pago por parte de la ANI al Concesionario por concepto de compensación por la operación y mantenimiento de los trayectos reincorporados en el modificatorio del 27 de enero de 2.006, durante la etapa de construcción del Contrato, su cuantificación no podría darse calculando valores promedios o haciendo proyecciones con precios de mercado, ni con base en la propuesta presentada por el Concesionario en enero 25 de 2.005 (carta 137-35), como lo propone el Perito y lo acepta CSS en sus alegatos de conclusión, pues como quedo antes dicho, esa propuesta fue aceptada por la ANI en los términos en que quedó plasmada en este documento modificatorio del 27 de enero de 2.006, sin que tenga otro alcance diferente al mencionado en dicho documento.

Por tanto, no es de recibo que estos valores sean los que se tomen para determinar la compensación que se menciona en la cláusula SEXTA, menos aún cuando solo quedo planteado que acordarían

¹⁰¹ Recuérdese que la función interpretadora no puede suplir o desconocer el fuero interno de las partes. Como bien lo dice el Profesor Fernando Hinestrosa Forero: “Bien se advierte allí la tensión que se presenta entre amplitud creciente de los poderes de integración y depuración que se le han ido concediendo al juez o que este se va arrogando, cuyo comienzo se da muchas veces con la interpretación y limitación indispensable de la soberanía del juez, que no puede sustituir o, mejor, suplantar a los interesados. (Prólogo al libro Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Tomo II. Editorial Jurídica Grijley. Lima, Perú. Págs. 33 y 34)

evaluar y revisar una compensación, que no se concretó ni se estipuló que se haría con base en dicha propuesta, que si bien sirvió como sustento para materializar el acuerdo de enero 27 de 2006, no se pactó como el referente para calcular la compensación pretendida y a la que se hace referencia en las tantas veces citada cláusula sexta. La Parte interesada tenía el deber de probar el valor de la compensación o la fórmula que hubieren acordado las partes para calcularla, por ejemplo, indicando si se hubiere acordado técnicamente los porcentajes en que se hubiera tenido que aumentar la tarifa de peaje y qué monto de ahí le habría pertenecido al Concesionario por concepto de operación y mantenimiento, aspecto sobre el que no hay ninguna consideración técnica o pericial en el expediente.

Es más, aun omitiendo las consideraciones sobre la indeterminación del valor de la compensación cuyo pago se reclama, el Tribunal no cuenta con elementos de juicio para tasar o cuantificar el supuesto daño que la Convocante dice haber sufrido por la mayor permanencia en la Operación y Mantenimiento de los diferentes Trayectos, lo que igualmente llevaría al rechazo de las pretensiones de la Demanda Reformada.

Cabe recordar que la Convocante tenía la carga probatoria respectiva. Como señala el artículo 1757 del Código Civil *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, norma que se relaciona con el artículo 167 del Código General del Proceso que reza que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, preceptos que, sin lugar a dudas, obligan a las partes procesales a probar los hechos de los cuales reclaman una determinada consecuencia¹⁰². La insatisfacción del deber de probar lo que se alega conduce necesariamente a un fallo desfavorable, pues el Sentenciador queda sin los elementos de juicio para acceder a los que se reclaman. La Corte Suprema de Justicia ha dicho: *“[s]i el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones”*¹⁰³.

¹⁰² Sobre este punto, la Corte Constitucional se ha referido a la carga de la prueba de la siguiente manera: “Dentro de las cargas procesales fijadas por ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba. Esta incumbe a quien interese en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados (CPC art. 177). La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable” (Sentencia C-070 de 1993)

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Dr. César Julio Valencia Copete, citando la providencia de esa misma corporación visible en G. J. t. LXI, pág. 63

Aquí es claro que la Convocante, estando en la obligación de acreditar el perjuicio sufrido y su cuantía en la forma exigida por la ley, no aportó pruebas idóneas y suficientes para ello. No se explicó ni se estableció la manera como se determinaba el valor de la compensación reclamada, sino que se remitió a unas sumas de dinero que periódicamente reclamaba CSS, sin descomponer el concepto y origen de cada una

No está permitido, calcular el daño partiendo de suposiciones, conjeturas o valores promedio de costo, sino que se requiere de una cuantificación basada en la realidad contable que contenga una individualización plena del valor real derivado del pretendido costo. El perito afirmó valederamente que la contabilidad de la Convocante no le permitió precisar tales cuantificaciones, cuando dio respuesta a la pregunta 4 formulada por la ANI frente a las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen pericial en los siguientes términos:

“Pregunta 4

Se solicita al perito determinar cuál sería la metodología más indicada para obtener un valor del tramo, teniendo en cuenta que tiene acceso al valor global de la contabilidad del Concesionario.

El perito aclara que en el estado ideal de la información, la metodología más indicada y técnicamente adecuada desde una perspectiva financiera para obtener el valor para los costos de operación y mantenimiento por tramo implicaría contar con un centro de costos discriminado que permitiera llevar a cabo la extracción de todos los asientos contables e información contable que diera soporte a los costos antes mencionados.

Ahora bien, ante la falta de esta información detallada por trayecto respecto de los costos de operación y mantenimiento a nivel contable, el perito manifiesta que una metodología válida y comúnmente usada en la práctica cuando se cuenta con valores globales, es llevar a cabo el cálculo de un valor promedio de referencia. Aclara el perito que esta práctica tiene limitantes como se ha expresado en las respuestas a las preguntas 1, 2 y 3 del presente cuestionario, sin embargo ante la ausencia de información resulta se convierte en una posibilidad válida. Dentro de las limitaciones se rescata para el caso de los costos de operación y mantenimiento el hecho de que los valores promedio nos capturan particularidades y la potencial dispersión de los datos puede resultar en valores que disten de la realidad puntual de cada uno ...”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Folio 87 del Cuaderno de Pruebas No. 5

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, refiriéndose a una reclamación por sobrecostos reclamados como perjuicios, que:

“Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse”¹⁰⁵ (Subrayas fuera del original)

En esta misma línea jurisprudencial, que ha permanecido invariable, se ha sostenido que la cuantificación del daño debe partir de información concreta y verificable, sin que exista una tarifa legal al respecto, pero que genere la suficiente certeza y confiabilidad al juzgador sobre su existencia y causación, de donde se advierte que las simples afirmaciones que un perito pueda llegar a realizar, no constituyen un acercamiento a la verdad si no están sustentadas en otras pruebas como documentos, comprobantes de pago, registros contables, recolección de datos, entre otras evidencias que den sustento a las conclusiones esbozadas. Siendo más ilustrativos, en Sentencia de 1 de octubre de 2008, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo dijo¹⁰⁶ que:

*“Para la Sala esta operación o sistema de identificación del perjuicio resulta equivocada, y es inadmisibles, pues las pruebas que obran en el expediente no acreditan la existencia del mismo, y sólo demuestran el hecho presuntamente causante de este. **En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en qué cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o qué estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.** (...)”*

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779)

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00017-00(36364)

“Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria –toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e ítems, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos”. (Subrayas y negrillas fuera del original)

En igual sentido, en sentencia de 22 de octubre de 2012¹⁰⁷, la misma Corporación sostuvo que:

*“Se advierte -antes de decidir este otro asunto-, que esta Sección ha establecido que la prueba del daño y de los perjuicios sufridos por un contratista [derivados de una mayor permanencia en obra], en casos como este, deben estar debidamente acreditados, **porque no basta hacer una proyección de la utilidad o de la administración calculada en la oferta, durante el período de la parálisis de una obra, para deducir automáticamente el monto del perjuicio.** Se necesita, por el contrario, cuantificar realmente el patrimonio afectado para condenar a su restablecimiento”.*

Al analizar el caso concreto, encuentra el Tribunal que el trabajo pericial practicado durante el proceso, no cumple con las exigencias de ley ni jurisprudenciales, para dar certeza de la cuantía del valor de los costos de mantenimiento y operación pretendidos, ya que el Perito dedujo sus resultados a partir de unas cifras globales, tomadas de unos ejercicios comparativos de diversos negocios jurídicos celebrados por la ANI, omitiendo cualquier consideración sobre la realidad contable del Concesionario, dado que la información entregada por éste era “global” o “genérica” y no permitía desagregar los costos que efectivamente se sufragaron durante los supuestos periodos que se reclamaban.

Ante la falta de información en los libros contables del Concesionario, el Perito recurrió a otra metodología para determinar los mayores valores por operación y mantenimiento pretendidos por la Convocante, evidenciándose la metodología escogida, donde el Perito señaló que¹⁰⁸: “Ahora bien, el perito aclara que se podría construir un rango razonable de precios y eventualmente un promedio para

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, DC., octubre veintidós (22) de dos mil doce (2012). Radicación: 22.088 y 39.109 (acumulados)

¹⁰⁸ Folio 19 del Cuaderno de Pruebas No. 5

valorar estas actividades con las limitaciones y dificultades que esto implicaría. En la medida que la dispersión entre los datos sea muy amplia, el promedio de dichos precios sería más sensible a no representar correctamente el valor de las actividades de mantenimiento y operación. Con base en la experiencia del perito y en información pública y disponible de contratos de concesión 3, 3,5 y 4 estructurados por el gobierno se puede realizar una estimación de los costos de mantenimiento y operación” y una vez obtenidos esos valores “abstractos” y “genéricos”, el Perito hizo operaciones aritméticas tomando en cuenta la longitud de cada trayecto y los meses que supuestamente generarían una compensación adicional por concepto de operación y mantenimiento a favor del Concesionario en los trayectos pretendidos.

Téngase en cuenta que el peritazgo se basó en la comunicación 0137-35 del 25 de enero de 2.006 enviada por el Consorcio Solarte Solarte al INCO. Y esa propuesta quedo concretada en el modificatorio del 27 de enero de 2006 que se viene analizando, donde con base en la misma quedó establecido el valor para las actividades objeto de dicha modificación, incluidos los valores por la operación y mantenimiento y por tanto, no pueden tomarse esos valores como lo hizo el perito, para pretender un valor adicional por operación y mantenimiento por los trayectos 8,9,10,11,17 y 18, cuando nunca se concretó el valor de esa compensación o contraprestación.

De dicho dictamen pericial no puede concluirse que el Concesionario haya incurrido en los valores reclamados por concepto de Operación y Mantenimiento, ya que sólo contiene una proyección de valor, tomando como factores determinantes unos precios globales o de mercado, multiplicados por el tiempo de mayor permanencia, con lo cual se obtuvieron unos valores hipotéticos o meramente especulativos, que sencillamente no permiten establecer con certeza los costos y gastos reales sufridos en ese periodo, por cuanto ningún análisis se hizo a la contabilidad del Concesionario, porque no tenía información individual o desagregada, pues, se repite, la contabilidad estaba registrada por cifras globales, ni a las bitácoras de obras, ni a las erogaciones causadas como consecuencia directa de la Operación y Mantenimiento, ni se detalló específicamente cuánto se causó por cada Trayecto.

La ausencia de un adecuado soporte contable, que de suyo hace nugatorios los esfuerzos demostrativos de este dictamen, fue confirmado por el Perito cuando manifestó ¹⁰⁹que de la

¹⁰⁹ Página 16 de la Transcripción de fecha julio 26 de 2018

contabilidad del Concesionario no se podían individualizar de manera precisa los costos en éste había incurrido por la Operación y Mantenimiento de cada Trayecto:

“DRA. RODRÍGUEZ: ¿Creo que esta pregunta a se la había hecho el doctor Daniel, pero yo quisiera como aclarar su respuesta, en la contabilidad del concesionario se verificó en global los conceptos del mantenimiento y de la operación, que se invirtieron dentro del proyecto, lo que no se puede determinar es que se hayan determinado en determinado trayecto, eso es lo que entiendo?”

SR. VILLARREAL: Sí, existe una cuenta que se llama mantenimiento y esa cuenta tiene unos registros contables, unos acumulados mensuales, unos acumulados anuales, lo que no está es esa cifra específicamente a qué trayecto a tramo fue, inclusive uno podría pensar que dentro de un mismo trayecto hay a su vez, un trayecto puede tener 15 kilómetros, entonces uno podría volverse loco en el sentido de que uno dice de esos 15 kilómetros cuánto está en el primer kilómetro, o sea esto siempre lo digo como pensamiento filosófico, el tiempo y la distancia son funciones infinitas, entonces fraccionarlas siempre será una posibilidad, aquí el problema es que está un valor total para esas actividades por mes acumulado al año y que me permite saber en la contabilidad el concesionario cuánto se gastó en mantenimiento, ahora si usted me pregunta específicamente en los tramos objeto de la disputa, 8, 9, 10 y 11, 17 y 18, eso no se puede armar, se puede armar como lo hicimos”

Así las cosas, para el Tribunal el dictamen pericial no aporta elementos de juicio que permitan valorarlo para la tasación de la supuesta compensación por mantenimiento y operación, por carecer de los soportes contables y documentales que se hubieran esperado para este caso, por lo que, ante la ausencia de una prueba adecuada sobre el valor de la compensación, no es posible cuantificarla ni imponer ninguna condena al respecto.

En cuanto a la pretensión duodécima, en la que se pide declarar que la ANI *“debe las sumas de dinero correspondientes a la compensación pactada ... por concepto del mayor plazo de operación y mantenimiento”*, a esta se accederá parcialmente, teniendo en cuenta que evidentemente la ANI debe la suma de dinero correspondiente a la contraprestación pactada en la cláusula SEXTA del modificatorio de 27 de enero de 2006, pero que dicha suma, a la fecha, es indeterminada por cuanto las partes no acordaron su valor o la manera de fijar el incremento del peaje, y no es exigible aún, sino a partir del inicio de la etapa de operación. Se precisa entonces, que no es por un mayor plazo de operación y mantenimiento, que se debe la compensación, sino cuando inicie la etapa de operación.

Tampoco procede la pretensión décimo quinta, pues, como ya se dijo, no se ha probado la existencia de la suma reclamada ni la forma de determinarla.

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

En igual sentido, las Pretensiones Décimo Tercera y Décimo Cuarta atinentes al reconocimiento de intereses de diferente naturaleza serán rechazadas, pues como ya se dijo la compensación pedida por la Convocante, no corresponde a la contraprestación pactada entre las partes, y en consecuencia no hay lugar a los intereses solicitados sobre una obligación que no existe.

También se debe añadir que la excepción de incompetencia planteada por el Ministerio Público atinente a que los documentos examinados no cumplieran con todos los requisitos exigidos por la ley, especialmente por no contener el precio de la remuneración de las actividades de Construcción y Operación, será despachada negativamente. Como aquí se dejó claro, en los diversos documentos contractuales no se planteó una obligación de pago a cargo de la **ANI** por las actividades en mención, lo que hicieron las Partes fue comprometerse a negociar unas condiciones económicas futuras de ahí que para el momento de su suscripción no fuera necesario fijar un precio exacto, como erróneamente lo consideró el Ministerio Público. En otras palabras, la falta de determinación de la cuantía de la supuesta obligación, no puede constituir una causa legal de falta de competencia, pues una cosa es la naturaleza de la pretensión y si se encuentra dentro del ámbito de la cláusula compromisoria, y otra, es que la falta de determinación del valor de la obligación, haga imposible su reconocimiento.

Por último, aunque por lo mencionado anteriormente ya ninguna incidencia tendrá para el proceso el análisis de las Pretensiones Décima y Undécima, por el principio de congruencia se resolverá sobre ellas:

En la Pretensión Décima, se le solicita al Tribunal que declare que el 18 de marzo de 2011, se suscribió el Acta de Finalización de Obras de varios Trayectos, incluyendo los Trayectos 11 y 18. Esta petición se resolverá de manera favorable, pues, en efecto, al expediente se allegó el documento "Acta de

Finalización de Obras de los Trayectos 2,4,5,6,7,11,12,13,14,15,16 y 18¹¹⁰, suscrita el 18 de marzo de 2018.

En cuanto a la Pretensión Undécima, la Convocante pide se declare que las obras correspondientes a los trayectos 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión, finalizaron el 27 de enero de 2011, salvo en lo referente a los sectores cuya intervención fue reprogramada en el Acta de Acuerdo del 26 de enero de 2011. No obstante, no existe un Acta de Finalización de estos trayectos, ni de esta fecha, ni de otra, que compruebe esa fecha exacta y si bien la Convocante en sus alegatos hizo referencia a que en el Informe No. 16 de la Interventoría se estableció que estos Trayectos ya estaban terminados, salvo algunas partes que fueron reprogramadas, esta es una prueba suficiente para determinar que no se habían terminado pues dichas partes o sectores entiende el Tribunal hacían parte de estos trayectos, y el hecho que no fuera imputable al Concesionario las causas por las cuales no pudo terminarlos y se reprogramó, no es suficiente para decir que ya había terminado su construcción, pues él asumió el riesgo de un mayor plazo en la adquisición predial, que como quedó demostrado con las comunicaciones antes analizadas fue una de las causas de la reprogramación, y en todo caso es irrelevante, pues hasta tanto no termine la construcción de todos los tramos y se firme el Acta que de cuenta de ello, no inicia la etapa de operación, para la cual las partes acordaron evaluar la alternativa de contraprestación mediante el alza de las tarifas de peajes. Además en dicho informe no se establece cuál fue la fecha exacta de terminación ni las razones por las que no se ha firmado el Acta de Inicio de Operación, de modo que el Tribunal carece de evidencia específica de que efectivamente el 27 de enero de 2011 ya se hubieren terminado en su totalidad las obras de los Trayectos 8, 9, 10 y 17; lo cierto es que en ciertos sectores de dichos trayectos la construcción fue reprogramada, como ya quedó expuesto previamente al pronunciarse anteriormente el Tribunal sobre la pretensión OCTAVA y rechazará tal pretensión.

SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE LA ANI

Como se evidencia en los párrafos anteriores, el Tribunal denegará algunas pretensiones declarativas y todas las de condena respecto al pago de una compensación por las actividades de Operación y Mantenimiento de los trayectos 8,9,10, 11 , 17 y 18 por cuanto lo reclamado como compensación,

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 95 y siguientes.

precisa el Tribunal, es un incremento en la tarifa de los peajes por la reincorporación de estas actividades, pero que solo es exigible a partir de inicio de la etapa de operación, **no durante la etapa de construcción**.

No obstante, en la audiencia de Alegatos de Conclusión la Convocante hizo alusión a un enriquecimiento sin causa de la ANI y la Convocada adujo en el escrito de alegatos de conclusión¹¹¹ que el Tribunal carecía de competencia para resolver de una petición de esa naturaleza por ser de contenido extracontractual.

Justamente, la Parte Convocante expresó que *“si bien no se estableció cómo se pagaría la operación y mantenimiento de los trayectos ya mencionados, se dejó claro, en la Cláusula Sexta del Modificadorio del 27 de enero de 2006, que las partes revisarían la contraprestación de aquellos tramos, por lo que era **claro y expreso** que el Concesionario recibiría una remuneración por la ejecución de las actividades de operación y mantenimiento de los mismos.¹¹², ya que no podría ser de otra manera por cuanto ninguna obligación de donación o dádiva le es atribuible o exigible a un contratista estatal, ya que de ser así se configuraría un evidente enriquecimiento sin justa causa en favor de la entidad concedente, lo cual está legalmente proscrito”*.

La Convocada, bajo el rótulo de “excepción genérica”¹¹³, indicó que *“Como se explicó anteriormente, una vez vencido el plazo establecido en el Otrosí del 27 de enero de 2006, se debía proceder a la Reversión de los tramos en discusión, por lo tanto, si el Concesionario efectuó actividades en estos tramos por fuera de lo pactado en dicho otrosí, estas son extracontractuales, razón por la cual se encuentran por fuera del campo de competencia del Tribunal, habida cuenta de que (...) deben reclamarse mediante la llamada “actio in rem verso”, figura que no es de naturaleza contractual”*.

El Tribunal se pronunciará sobre ellos así:

¹¹¹ Alegatos de Conclusión de la ANI- Folios 256 a 259 del Cuaderno Principal No. 5

¹¹² Modificadorio del 27 de enero de 2006, Cláusula Sexta.

¹¹³ Folio 256 del Cuaderno Principal No. 5

Sea lo primero mencionar que la pretensión de “enriquecimiento sin causa” en el campo del derecho público, no opera, de manera genérica, como herramienta para solicitar el pago de obras o actividades que no estuvieron amparados por un contrato estatal, pues esta figura no puede utilizarse para obviar las formalidades establecidas en la Ley 80 de 1993, salvo que concurren excepcionales circunstancias determinadas por la jurisprudencia.

En Sentencia de Unificación de Jurisprudencia de la Sección Tercera, emitida el 19 de enero de 2012, dentro del radicado 24897, la Alta Corporación sostuvo que:

“Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se sostiene es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador”

Así mismo, la Sala arguyó que no puede alegarse “buena fe” como fundamento de la acción de enriquecimiento sin causa para reclamar prestaciones de naturaleza contractual, porque *“la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho ”constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”¹¹⁴*

Sin embargo, en esa misma providencia se expuso que la *actio in rem verso* podría abrirse paso, aún sin la presencia de un contrato, en tres eventos excepcionales:

- (i) Cuando se acredite fehacientemente que fue la Entidad Pública la que por su autoridad e imperio impuso al particular la ejecución de ciertas prestaciones por fuera de un contrato estatal.
- (ii) En los casos en que es urgente y necesario adquirir ciertos bienes o servicios para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud.

¹¹⁴ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

- (iii) En los casos en que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, sin escrito alguno.

Estos concisos lineamientos son suficientes para declarar que no procedería una declaratoria de “enriquecimiento sin causa” en contra de la **ANI** y a favor la Convocante.

En primer lugar, la Convocante sostiene que si bien “nunca se pactó un precio” las partes “acordaron que se generaría una compensación” para evitar el enriquecimiento en beneficio del Estado; sin embargo, ya se explicó que las Partes se comprometieron a evaluar y revisar una compensación, es decir a negociar unas futuras condiciones económicas. Esto pone de presente que la Convocante aceptó realizar la operación y el mantenimiento, y se acordó evaluar y revisar una compensación, lo que no se concretó en el modificatorio del 27 de enero de 2.006, ni en documento posterior, pero no puede solicitar el pago de una remuneración por la vía de la “actio in rem verso”, bajo el supuesto que la Entidad se comprometió a revisar una contraprestación, pero nunca se concretó y por ende menos su cuantía.

Así mismo, no se ha acreditado ningún hecho excepcional que amerite la compensación de un eventual empobrecimiento: (i) no se probó de ninguna manera, ni siquiera se alegó, que la **ANI** hubiere constreñido o impuesto al Concesionario la ejecución de las actividades de operación y mantenimiento, (ii) las actividades que se reclaman no están relacionadas con servicios de salud ni se ejercieron por urgencia o necesidad, o al menos ninguno de esos supuestos está acreditado en el expediente y (iii) en este caso, no ha mediado ninguna declaración de urgencia manifiesta, entonces tampoco podría invocarse la tercera excepción diseñada por el Consejo de Estado.

Contrario a lo anterior, en el expediente obran pruebas suficientes de que las Partes acordaron que se revisaría una contraprestación por las actividades que hoy se reclaman.

Se suma a lo anterior, que la Convocante tampoco allegó una prueba técnica que demostrara en términos precisos y con una idónea relación contable, los montos en que dice haberse empobrecido y en los que la Convocada supuestamente se enriqueció. Recuérdese que la “actio in rem verso” es de naturaleza “compensatoria” y no “indemnizatoria”, razón por la cual no puede reconocerse monto

alguno diferente al detrimento cierto y real padecido a favor del Estado. En este caso ya se dijo que la experticia allegada al Expediente no demuestra contablemente cuáles fueron las erogaciones que hizo la Convocante con ocasión de las actividades de Operación y Mantenimiento, sino que solamente se hicieron unas proyecciones económicas, conclusiones sobre las que ya se les negó su capacidad demostrativa.

Con base en los anteriores puntos es suficiente para rechazar la argumentación de enriquecimiento sin causa, que tardíamente se formuló ante el Tribunal.

En cuanto a la excepción propuesta por la Convocada respecto de que las actividades de Operación y Mantenimiento que alega la Convocante, se hicieron por fuera del Contrato y por ende escapan a la decisión arbitral, se debe indicar que este Tribunal ya encontró que la inclusión y eventual remuneración de las actividades de Operación y Mantenimiento fue objeto de múltiples “otrosíes” y “acuerdos modificatorios” lo que hacía que se tratara de una controversia puramente contractual, descartándose de plano la incompetencia aquí formulada. Y no comparte el Tribunal el hecho argumentado por la Convocada en el sentido que El Concesionario hubiere realizado “*actividades en estos tramos por fuera de lo pactado en dicho otrosí*” al referirse al modificadorio del 27 de enero de 2006, pues como ya quedó analizado por el Tribunal, el Concesionario se obligó al mantenimiento y operación de los tramos 8,9,10,11,17 y 18.

C.3 SOBRE LA EXCEPCIÓN DE MÉRITO

Para atacar las pretensiones relacionadas con la compensación de las actividades de Operación y Mantenimiento, la Entidad Convocada formuló la única excepción denominada “**EL CONTRATO DE CONCESIÓN AUN CONTINÚA EN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN PARA LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO), POR LO TANTO, NO HAY LUGAR A REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR CONCEPTO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN)**” que sustentó en que nunca se pactó entre la ANI y el Concesionario una contraprestación adicional por la operación y el mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, y en que no hay lugar a ninguna compensación por cuanto los Trayectos aún se encuentran en Etapa de Construcción.

No obstante, que no prosperan las pretensiones con relación a la obligación de pago de una compensación por las actividades de operación y mantenimiento en los trayectos acabados de mencionar, y que el Tribunal no debería abordar el análisis de este medio exceptivo en vista que las pretensiones declarativas y de condena que con él se atacaban, fueron rechazadas por las razones antes indicadas, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre los argumentos de defensa, considera el Tribunal, luego de haber revisado todas las pruebas documentales aportadas por las partes (decretadas en el auto del 4 de septiembre de 2.017) con relación a la operación y mantenimiento de los trayectos cuya compensación se pretende por CSS, que debe dejar expresa la actuación de las partes, ANI y Concesionario, para resaltar que de las mismas sí se desprende la intención de las partes de cumplir lo acordado en la cláusula SEXTA del modificatorio del **27 de enero de 2.006**, en el sentido de acordar una compensación por la operación y mantenimiento de los trayectos 8,9,10,11, 17 y 18 del proyecto Tunja- Briceño- Sogamoso, que de acuerdo a la interpretación que hace el Tribunal de los documentos contractuales y de la cláusula SEXTA antes citada, las partes deberán estipular para ser pagada luego de terminada la construcción de **todos** los trayectos.

Para ratificar el alcance del entendimiento que el Tribunal le ha dado a los documentos analizados, se debe tener en cuenta la manera como las partes se han comportado durante el desarrollo del contrato así como, la confesión que la ANI ha hecho durante el proceso, principalmente en la contestación de la demanda y la proposición de excepciones. Así las cosas, se deberá tener en cuenta la confesión hecha en la contestación de la demanda por el apoderado judicial de la ANI, conforme lo dispuesto por el artículo 193 del C.G.P., pues al contestar los hechos relativos a esta reclamación, de manera reiterada insistió en que “... **LA CONTRAPRESTACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO PROCEDE DESPUES DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.**”¹¹⁵ (Mayúsculas y resaltado fuera del texto).

En efecto, si se ven las distintas comunicaciones que se han cruzado las partes, es claro que la demandante ha requerido el pago de la compensación reiteradamente, prácticamente desde el año

¹¹⁵ Folio 83 del Cuaderno Principal No. 2

2010, mediante comunicaciones 0009-35 de enero 10 de 2014¹¹⁶, 0021 de enero 17 de 2013¹¹⁷ y 0500 de mayo 2 de 2013¹¹⁸ en las que reclama el pago de la compensación y su ajuste con intereses.

Por su parte, la ANI en respuesta a las comunicaciones, inicialmente dijo someterlas a estudio de la Interventoría, para determinar el valor de la compensación y finalmente, ante las diferencias surgidas entre los contratantes, especialmente mediante comunicación del 29 de mayo de 2014, no. 2014-500-012042-1, (folio 495 cuaderno de pruebas No. 1) niega el pago o reconocimiento de la compensación.

Para sustentar su respuesta, la ANI acude a la aplicación de varias cláusulas del contrato original, alegando que en ellas se estipuló que todo costo o gasto que se ocasione para el desarrollo del contrato, será de cuenta exclusiva del concesionario, y que conforme a las cláusulas 15,18 y 19, entre otras, es claro que con la remuneración establecida y el valor del contrato, queda pagado cualquier costo en que incurra el concesionario por la ejecución del proyecto.

Por lo anterior, aunque no prosperen las pretensiones declarativas y de condena con relación a una obligación de pago clara, expresa y exigible de una compensación, no lo es por el hecho indicado por la Convocada como exceptivo para que se desechen dichas pretensiones, en el sentido que “nunca se pactó entre la ANI y el Concesionario una contraprestación adicional”, pues, sí se acordó que se evaluaría y revisaría una contraprestación y esa ha sido la intención de las partes que se concluye de su conducta contractual, como consecuencia de la estipulación contenida en la cláusula sexta del escrito del 27 de enero de 2006 y mencionada por las partes en otros documentos posteriores, como ya quedó expuesto en las anteriores consideraciones; diferente es que no se haya acordado su monto, y por tanto no se haya todavía cuantificado y concretado. Importante precisar, aunque ya también quedó analizado, que no existe prueba que en todos los trayectos en cuestión haya finalizado la construcción. Por tanto, esa única excepción propuesta por la ANI con relación a la operación y mantenimiento no prospera.

C.4 CONSIDERACIONES RELATIVAS A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS Y DE CONDENA DE LA COMPENSACIÓN DEBIDA AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS

¹¹⁶ Folios 406 a 407 del Cuaderno de Pruebas No. 1

¹¹⁷ Folios 410 a 416 del Cuaderno de Pruebas No. 1

¹¹⁸ Folios 430 a 436 del Cuaderno de Pruebas No. 1

FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS POR ESTE A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL:

Con relación a las pretensiones relacionadas con “*la compensación debida al Concesionario por efecto de los fondeos adicionales realizados por este a la Cuenta Predios y a la Cuenta Predios Adicional*”, primero se analizarán las cláusulas del contrato de concesión No. 0377 de 2002, sus otrosíes y documentos modificatorios, aplicables a estos fondeos y a la gestión predial para evidenciar las diferencias que se han suscitado entre las partes y que son objeto de la controversia, pronunciándose posteriormente el Tribunal sobre la procedencia o no de las mismas (pretensiones y/o excepciones).

Siendo el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, el objeto primordial sobre el cual recaen las controversias de las partes, el análisis y consideraciones del Tribunal se hará dentro del marco general del contrato de concesión, cuya definición legal se encuentra en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993¹¹⁹ y las disposiciones legales pertinentes que se apliquen por disposición o remisión legal. El mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión según se transcribe a continuación:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión. *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

¹¹⁹ Ley 80 de 1993 publicada en el Diario Oficial de Colombia No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Desprendiéndose de esta definición unas características principales: el servicio u obra a ejecutar se hará por cuenta y riesgo del concesionario y la gestión de este se desarrollará bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, todo lo cual se hará a cambio de una remuneración o contraprestación pactada por las partes que, tal y como lo dispone la norma, podrá corresponder a cualquiera de las modalidades de contraprestación que acuerden. Al respecto la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en concepto del 13 de agosto de 2009¹²⁰ se refirió a los aspectos generales del contrato de concesión señalando:

“...de una parte que el Estado siempre mantiene la titularidad del bien, obra o servicio concedido, por lo que sólo entrega su utilización o construcción, lo que implica la temporalidad del contrato; y por otra, que le entrega al concesionario las facultades públicas inherentes al objeto y necesarias para su desarrollo, como por ejemplo la posibilidad del cobro de las tasas de peajes en la concesión de obra”.

Ahora bien, la controversia planteada por las partes, principalmente se centra en las diferencias que se han derivado de la interpretación de algunas cláusulas del contrato, con fundamento en las cuales, la convocante alega el incumplimiento de la Entidad contratante y que, por vía de las excepciones de mérito, la entidad contratante manifiesta que es el Concesionario quien ha incumplido con sus obligaciones contractuales. Bajo este contexto, será relevante para el análisis de los incumplimientos alegados, las normas relacionadas con la interpretación de los contratos y la distribución de riesgos pactada en el mismo.

Otro aspecto relevante a ser tenido en cuenta por el Tribunal, será los principios de interpretación de los contratos y las demás disposiciones comerciales y civiles pertinentes aplicables según lo dispuesto en los artículos 1 y 13 de la ley 80 de 1993, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley y en las demás normas aplicables al asunto.

También deberá tenerse en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes reflejada en el contrato de concesión, sus otrosíes y modificatorios. Bajo este marco legal y contractual, el Tribunal procederá con las consideraciones del caso.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Radicación No. (1952) 11001-03-06-000-2009-00033-00. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo

1. **CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 0377 DE 2002 RELATIVAS A LOS “FONDEOS ADICIONALES” A LA “CUENTA DE PREDIOS”, PRESUPUESTO DE PREDIOS Y RECURSOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA PREDIAL:**

Se hará expresa mención a las cláusulas del contrato de concesión que merecen un especial análisis por parte del Tribunal, por ser objeto de las pretensiones declarativas y de condena y/o tener una relación con estas o con los argumentos principales de defensa de la ANI, con relación a los fondeos adicionales realizados por el Concesionario a la cuenta de predios y a la cuenta de predios adicional.

A continuación, se transcriben las cláusulas pertinentes:

“27.3. Manejo y fondeo de las Cuentas de Predios, Medio Ambiente y Gestión Social

*El **CONCESIONARIO** fondeará con recursos propios y/o de **Peajes**, según corresponda, la **Cuenta de Medio Ambiente** y la **Cuenta de Gestión Social**. La **Cuenta de Predios**, se fondeará con recursos propios, de **Peajes** y de **Pagos Estatales** de acuerdo a lo establecido en la **Cláusula 21.7**. El fondeo de las tres cuentas se hará de acuerdo con lo establecido en las **Cláusulas 21.7, 23.5 y 24.5** respectivamente. Dichos recursos se utilizarán para: (i) realizar todos los trámites y procedimientos para la adquisición de predios necesarios para el **Proyecto**, de conformidad con lo previsto en las **Cláusulas 21** y concordantes del presente **Contrato**; y (ii) pagar todos los costos y gastos que se desprendan de la actividad ambiental y gestión social requerida para el **Proyecto**, de acuerdo con lo previsto en las **Cláusulas 23, 24** y concordantes de este **Contrato**.*

*En este sentido, las **Cuentas de Predios, de Medio Ambiente y de Gestión Social** del **Fideicomiso** serán fondeados, hasta alcanzar los montos señalados en los **Presupuestos de Predios, de Medio Ambiente y de Gestión Social**. Una vez alcanzados los montos máximos establecidos en el **Presupuesto de Predios, el Presupuesto de Medio Ambiente y el Presupuesto de Gestión Social**, se aplicará lo siguiente : (i) cuando los gastos y costos de todas las actividades en materia ambiental y de gestión social requeridos para el **Proyecto** sean superiores al **Presupuesto de Medio Ambiente** y/o el **Presupuesto de Gestión Social**, los recursos necesarios faltantes serán aportados por el **CONCESIONARIO**, sin lugar a recibir compensación alguna por dicha diferencia; (ii) en el caso en que los gastos y costos de las actividades a realizar para la adquisición de predios superen el **Presupuesto de Predios**, los recursos necesarios faltantes serán aportados por el **CONCESIONARIO**, de sus propios recursos, y reconocidos por el **INVÍAS** de acuerdo con lo establecido en el siguiente párrafo en esta **Cláusula**.*

Cuando el saldo de la **Cuenta de Predios** sea insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, el **CONCESIONARIO**, con sus recursos propios complementará los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos. En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el **INVÍAS** al **CONCESIONARIO** en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio, mes a partir del cual el **INVÍAS** le reconocerá al **CONCESIONARIO** intereses sobre dichas sumas aportadas por el **CONCESIONARIO** en exceso del **Presupuesto de Predios** a una tasa mensual equivalente a la **DTF** efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%). Transcurrido el plazo de los dieciocho (18) meses sin que el **INVÍAS** haya pagado al **CONCESIONARIO** los recursos aportados por éste en exceso del **Presupuesto de Predios**, se generarán además intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 de este **Contrato**.

Con el fin de (i) identificar si el **INVÍAS** deberá reconocer sobrecostos de predios y por consiguiente identificar el valor que el **INVÍAS** deberá pagar al **CONCESIONARIO** por concepto de dichos sobrecostos en el caso en que los hubiera o (ii) definir el remanente de la Cuenta de Predios, se seguirá el siguiente procedimiento: El valor de adquisición de cada predio se deberá indexar con el IPC desde el final del mes en el que se adquirió cada uno de los predios hasta el final del mes en el cual se adquirió el último predio requerido en cada uno de los alcances del Proyecto (Alcance Básico y Alcance Condicionado). El valor de la diferencia positiva entre (i) la suma de los valores indexados del costo real de los predios y (ii) el valor indexado del presupuesto correspondiente, de acuerdo con las Cláusulas 21 de este **Contrato**, será entendida como un sobrecosto de predios, y será la suma que el **INVÍAS** deberá reconocer al **CONCESIONARIO**, en los términos establecidos anteriormente. Si el valor de la diferencia es negativo, éste corresponderá al remanente de la **Cuenta de Predios**, el cual deberá manejarse de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 27.5 de este **Contrato**.

De todas formas, en caso de que faltaren recursos por haberse alcanzado los montos máximos del **Presupuesto de Predios** de acuerdo con lo establecido anteriormente, el **CONCESIONARIO** deberá justificar dicho faltante mediante carta enviada al **Auditor** y al **INVÍAS**, para que éstos una vez lo revisen y el **INVÍAS** lo apruebe mediante su visto bueno, éste le reconozca al **CONCESIONARIO** dicho faltante y le pague lo aportado en las condiciones establecidas en el párrafo anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, el **CONCESIONARIO** podrá a su discreción, manejar los recursos y rendimientos de la **Cuenta de Predios**, la **Cuenta de Medio Ambiente**, y la **Cuenta de Gestión Social del Fideicomiso** siempre y cuando los recursos correspondientes a cada una de esas **Cuentas Especiales** se manejen cada una, junto con sus respectivos rendimientos, de manera totalmente independiente y se apliquen exclusivamente a las finalidades descritas para cada una de dichas **Cuentas Especiales** de conformidad con lo previsto en este **Contrato**. (negrilla y subrayado fuera de texto)”

Al efecto es importante tener en cuenta, la definición que da el contrato de concesión sobre la cuenta de predios y presupuesto de predios, para lo cual se proceden a transcribir, así:

Definición de “Cuenta Especial de Predios del Fideicomiso” o Cuenta de predios
(Cláusula 1 – Definiciones, Contrato de Concesión No. 0377 de 2002).

“Cuenta de Predios” como aquella en la cual el **“CONCESIONARIO** entregará en fideicomiso la suma de noventa y un mil novecientos cincuenta millones de **Pesos** constantes al 31 de diciembre de 2000 (**COL\$91.950.000.000**) correspondiente al **Presupuesto de Predios**, únicamente para el pago de los gastos y costos que se generen de los trámites y procedimientos para la adquisición de los predios que exige el **Proyecto** incluyendo las compensaciones por afectaciones prediales y reubicaciones, de conformidad con lo previsto en las Cláusulas 21 y 27 del presente **Contrato”**.

“Presupuesto de Predios”

Es la suma estimada en noventa y un mil novecientos cincuenta millones de Pesos constantes, al 31 de diciembre de 2000 (COL\$91.950.000.000) que el CONCESIONARIO y EL INVIAS deberán aportar de sus recursos propios, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 21.7 de este Contrato, para cubrir todos los gastos y costos de la adquisición de los predios requeridos para realizar las obras del Proyecto, de acuerdo con lo establecido en las Cláusulas 21 y 27 de este Contrato”.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la cláusula 21.7. del Contrato de Concesión, que se transcribe a continuación:

“21.7. Recursos para el cumplimiento de las obligaciones en materia predial

Los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones establecidas en esta Cláusula serán obtenidos de los recursos propios del CONCESIONARIO, y de los Pagos Estatales y de Peajes, de acuerdo con lo establecido a continuación y en concordancia con la Cláusula 27.3 de este Contrato.

*Para cubrir el valor previsto para el proceso de adquisición de predios, el CONCESIONARIO aportará de sus recursos propios, de los Pagos Estatales, y/o de Peajes a la Cuenta de Predios del Fideicomiso la suma total de **noventa y un mil novecientos cincuenta millones de Pesos constantes al 31 de diciembre de 2000 (COL\$91.950.000.000)**, correspondiente al Presupuesto de Predios, en la siguiente forma:*

21.7.1. En la Etapa de Preconstrucción

Una vez constituido el Fideicomiso y durante la Etapa de Preconstrucción, el CONCESIONARIO y el INVÍAS deberán aportar el cincuenta por ciento del Presupuesto de Predios, es decir un valor estimado de cuarenta y seis mil millones de Pesos constantes al 31 de diciembre de 2000, (COL\$46.000.000.000). El veintidós por ciento (22%) de este aporte inicial deberá fondearse con recursos provenientes de Pagos Estatales, y el setenta y ocho por ciento (78%) restante con recursos propios del CONCESIONARIO y Peajes.

21.7.2. En la Etapa de Operación y Mantenimiento

Para cubrir el valor previsto para las actividades en materia predial para las obras comprendidas en el Alcance Condicionado, el CONCESIONARIO, con recursos propios, y/o de Peajes, deberá fondear la Cuenta de Predios de manera que a la fecha del Informe Semestral del Aforador que determine la activación de la condición para adelantar las obras de cualquiera de los Trayectos del Alcance Condicionado o antes del vencimiento del plazo máximo para realizar dichas obras -de manera que pueda realizar las actividades en materia predial a tiempo- el CONCESIONARIO tenga los recursos suficientes disponibles para cumplir con las respectivas obligaciones en materia predial.

PARÁGRAFO: Los valores establecidos en las Cláusulas 21.7.1 y 21.7.2 corresponden a Pesos del 31 de diciembre de 2000 y serán indexados con el IPC desde el final del mes en el que se adquirió cada uno de los predios hasta el final del mes en el cual se adquirió el último predio requerido en el Alcance Básico y en el Alcance Condicionado del Proyecto". (Resaltado y subrayado fuera del texto).

2. MODIFICACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 0377 DE 2002 RELACIONADAS CON SU ALCANCE:

De acuerdo con el contrato, sus adicionales, modificatorios y otrosíes, el Proyecto¹²¹ tenía previsto la ejecución de las obras definidas en el alcance básico y el alcance condicionado, de acuerdo con el cronograma de priorización de obras que se pactara.

¹²¹ Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, cláusula Primera – Definiciones: "Proyecto Vial" o "Proyecto": "Se entenderá como el conjunto de todas aquellas actividades contempladas en el objeto del Contrato, tanto en el Alcance Básico como en el Alcance Condicionado, incluyendo las actividades de financiación, diseño, rehabilitación y de construcción, así como la operación y el mantenimiento de los Trayectos y la operación y mantenimiento de las Casetas de Peaje y de todos los bienes objeto de este Contrato".

"El alcance de las obras a ejecutar en cada uno de los Trayectos y la identificación de los mismos, se encuentran definidos de manera precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento. Las obligaciones correspondientes a la operación y el mantenimiento se especifican en Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento".

El alcance inicial del contrato de concesión No. 0377 de 2.002, incluyó, por una parte, un “Alcance Básico”, determinado en el contrato como “...las obras de construcción y rehabilitación definidas en la cláusula 6.2.1 de este Contrato que el CONCESIONARIO deberá realizar durante la Etapa de Construcción en los términos y condiciones establecidos en el mismo”, y, por otra parte, un “Alcance Condicionado”, especificado como “...las obras de construcción y rehabilitación definidas en la Cláusula 7.2.7 de este Contrato que el CONCESIONARIO deberá realizar durante la Etapa de Operación en los siguientes plazos”.

Posteriormente, mediante el **Modificadorio No. 11 del 29 de julio de 2005**¹²², se redefinió en el punto PRIMERO del acuerdo, el alcance físico del proyecto, estableciendo en el PARAGRAFO PRIMERO, que:

*“El alcance aquí previsto reemplaza íntegramente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el contrato original, incluyendo la eliminación de todas las obligaciones del CONCESIONARIO asociadas al Trayecto 3 “Variante Tocancipá-Gachancipá”, y de los Trayectos 8, 9 y 10, sector desde Villapinzón a Tunja, de igual manera en el trayecto 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso), así como la eliminación de las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La-Ye-Nobsa-Puente Blanco) una vez el CONCESIONARIO culmine los trabajos de rehabilitación que actualmente adelanta en estos dos últimos trayectos y sean recibidos a entera satisfacción del INCO. **Se entiende que las demás obligaciones contractuales quedan vigentes**”.* (Resaltado fuera de texto)

En el punto Quinto¹²³ del mencionado acuerdo Modificadorio del 29 de julio de 2005 se pactó la obligación de efectuar la devolución de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 por parte del Concesionario al

¹²² Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “BRICEÑO- TUNJA – SOGAMOSO”, CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO- Y EL CONSORCIO SOLARTE SOLARTE DEL 29 DE JULIO DE 2005.

¹²³ Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “BRICEÑO- TUNJA – SOGAMOSO”, CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO- Y EL CONSORCIO SOLARTE SOLARTE DEL 29 DE JULIO DE 2005, punto Quinto:

“Efectuar la devolución de los trayectos, que más adelante se describen por parte del **CONCESIONARIO** al **INCO** y del **INCO** al Instituto Nacional de Vías-INVIAS:

1	Trayecto 8	Villapinzón- Peaje Albarracín
2	Trayecto 9	Peaje Albarracín- Ventaquemada
3	Trayecto 10	Ventaquemada-Tunja
4	Trayecto 17	La Y- Tibasosa- Sogamoso

entonces INCO y éste a su vez al INVIAS y, en el párrafo segundo del mismo punto se estableció, con relación a los Trayectos 11 y 18, que el Concesionario realizaría actividades de rehabilitación, y una vez terminadas, se efectuaría la devolución de los Trayectos al INCO¹²⁴. Así mismo, se acordó suscribir un Documento Final de Ajuste de cláusulas a más tardar el **15 de septiembre de 2005**, y que en dicha fecha se efectuaría la devolución de los trayectos antes indicados.

En esta fecha se suscribió por las partes el **Acuerdo para el aplazamiento de la firma del documento final de ajuste de cláusulas al contrato de Concesión 0377 de 2.002**, que finalmente **se firmó el 29 del mismo mes y año** y en el cual las partes acordaron reemplazar en su totalidad el “Alcance Básico” y el “Alcance Condicionado” por el “Alcance Definitivo”, según se desprende claramente de la cláusula primera del documento:

“CLÁUSULA PRIMERA. - ALCANCE. - *Se modifica el alcance del contrato de concesión, el cual quedará como a continuación se enuncia:*

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO. - *El alcance aquí previsto, el cual se denominará en adelante como **Alcance Definitivo**, reemplaza íntegramente al **Alcance Básico** y al **Alcance Condicionado** pactados en el contrato original, incluyendo la eliminación de todas las obligaciones del CONCESIONARIO asociadas al Trayecto 3 (Variante Tocancipá-Gachancipá), los Trayectos 8, 9 y 10 (sector desde Villapinzón a Tunja) y 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso). De la misma forma, se eliminan las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La –Ye-Nobsa-Puente Blanco), una vez el CONCESIONARIO culmine los trabajos de rehabilitación que actualmente adelanta en estos dos últimos trayectos y sean recibidos a entera satisfacción del INCO. La definición de la longitud y localización de los trayectos, seguirá siendo concordante con lo establecido en las especificaciones técnicas de construcción Anexo 13 del contrato de concesión o los documentos que las modifiquen. **Se entiende que las demás obligaciones contractuales quedan vigentes**”.* (Resaltado fuera de texto)

(...)

Dicha devolución se llevará a cabo mediante acta tripartita suscrita por el **CONCESIONARIO**, el Instituto Nacional de Vías-INVIAS y el **INCO**”.

¹²⁴ Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “BRICEÑO- TUNJA – SOGAMOSO”, CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO- Y EL CONSORCIO SOLARTE SOLARTE DEL 29 DE JULIO DE 2005, punto Quinto, párrafo primero: “Una vez el **CONCESIONARIO** finalice individualmente las obras de rehabilitación que actualmente está ejecutando en el Trayecto 11 (Paso Urbano por Tunja) y en el Trayecto 18 (La Y – Nobsa – Sogamoso), éstos serán devueltos en los términos previstos en este numeral”.

“Se entenderá que para los Trayectos, definidos en el Alcance Definitivo, la Etapa de Construcción es el periodo de máximo cinco (5) años contados desde el 29 de Julio de 2005”.

En relación con la gestión predial, las partes acordaron en el **parágrafo tercero de la cláusula segunda del documento acabado de citar**¹²⁵ que el Concesionario se comprometía a incluir en la gestión de predios la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, que en el contrato inicial estaba a cargo del **INVIAS**. Igualmente se acordó que el avance de obras y su orden de ejecución estarían sujetos al proceso de adquisición de predios.

Así quedó acordado:

*“EL CONCESIONARIO se compromete, a partir de la fecha, a adelantar toda la gestión predial correspondiente **en los términos previstos contractualmente**, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del documento No. 3 del 9 de julio de 2004, para todos los Trayectos correspondientes al ALCANCE DEFINITIVO definido en este documento”- (Resaltado fuera de texto).*

Y ya desde ese momento, se preveía en el **parágrafo cuarto de la cláusula segunda** del mencionado acuerdo modificatorio del **29 de septiembre de 2005**, que no obstante lo establecido en los párrafos anteriores, el avance de las obras y su orden de ejecución estarían sujetos al proceso de adquisición de predios y las autorizaciones ambientales, y que dependiendo del avance de estas actividades, se podría dar lugar a la correspondiente reprogramación.

Advierte el Tribunal, que las partes no solo modificaron el alcance del contrato sino que también acordaron cambios sobre otros aspectos contractuales, incluyendo, entre otras: instrucciones sobre el fondeo de la “cuenta de interventoría”, el manejo de la cuenta de excedentes, eliminación de la figura del aforador y auditor, eliminación del segundo cierre financiero y comprobación de la capacidad financiera, obligaciones específicas relacionadas con el contrato de concesión, las especificaciones técnicas de construcción, rehabilitación y mejoramiento de la vía y sobre las especificaciones de operación y mantenimiento, sin que se observe que las partes hayan manifestado de alguna forma la

¹²⁵ Documento final de ajuste de cláusulas del contrato de concesión No. 0377 DE 2002, celebrado entre el Instituto Nacional de concesiones – INCO – y el consorcio SOLARTE SOLARTE – proyecto vial “BRICEÑO – TUNJA – SOGAMOSO”, del 29 de septiembre de 2005.

intención de modificar la cláusula 21.7 o el esquema de fondeos para la gestión predial contenido en la cláusula 27.3 del Contrato.

El 27 de enero de 2006¹²⁶ las partes suscribieron otro documento modificatorio mediante el cual se incluyeron nuevamente las actividades antes excluidas con relación a los trayectos 8, 9, 10, 17, 11 y 18.

En el punto PRIMERO, entre otras, acuerdan:

*“...el Concesionario continuará cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades de construcción de los trayectos, 8, 9, 10 y 17 (...), incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un período de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados. Lo anterior en los términos previstos en el citado documento modificatorio del 27 de enero de 2006. **Se aclara que estas actividades entran a hacer parte del alcance definitivo del proyecto Briceño- Tunja- Sogamoso**”.* (resaltado y subrayado fuera del texto).

También se acordó, que se delegaría al concesionario la gestión predial en los mismos términos en que se pactó en el contrato de concesión, según se transcribe a continuación:

*“QUINTA. - GESTIÓN PREDIAL. El INCO delega al CONCESIONARIO la gestión predial necesaria para dar lugar a la obtención de los predios requeridos para el desarrollo de las obras contempladas en la cláusula primera de este documento, **lo anterior en los mismos términos en que esta delegación se encuentra pactada en el contrato de concesión 0377/2002 y sus anexos y modificaciones**”.* (Resaltado fuera de texto).

En el mencionado modificatorio también quedó claro que: i) el plazo de ejecución para las actividades de construcción estaría sujeto a la disponibilidad predial y a la obtención de las autorizaciones ambientales requeridas (cláusula cuarta); ii) que el Concesionario renunciaba a reclamaciones derivadas de la no disponibilidad de predios (cláusula Octava) y; iii) que no hace salvedad o aclaración alguna sobre la cláusula 27.3 del contrato de concesión, que es la que regula lo relacionado con los fondeos adicionales una vez agotado el presupuesto de predios, en los términos de la mencionada cláusula y tampoco se modificó la cláusula 21.7.

¹²⁶ Modificación al contrato de concesión número 0377 del 15 de julio de 2002, celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO - y el CONSORCIO SOLARTE SOLARTE, del 27 de enero de 2006.

Con base en lo anteriormente expuesto, considera el Tribunal procedente la pretensión VIGESIMO TERCERA de la demanda presentada por el Concesionario.

Fue así que, con base en lo acordado en el documento modificadorio del 27 de enero de 2006, surgió la denominada “Cuenta Predios Adicional”, para el caso de aquellos predios asociados específicamente a las obras de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17. La ANI se refiere a esta cuenta en la contestación de la demanda como “subcuenta predios 7, 8, 9 y 10” o subcuenta predial adicional (trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18).

La cuenta adicional de predios se fondeó con la suma de TREINTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000.000, 00), transferidos por el INCO a esta cuenta de predios del fideicomiso con recursos provenientes del INVIAS, según el Convenio Interadministrativo No. 344 del 26 de Enero de 2006.

Posteriormente, **el 26 de enero de 2011**, se suscribió un Acta de Acuerdo en donde se reprogramó la intervención y se amplió el plazo para los trayectos 8, 9, 10 y 17 por seis (6) meses, más a partir del 27 de enero de 2011 y, en el artículo PRIMERO de este documento acuerdan, entre otras, que:

*“De la misma manera, las partes entienden que continúa vigente lo establecido en el párrafo cuarto de la cláusula segunda del “Documento Final de Ajuste de Cláusulas”, suscrito el 29 de septiembre de 2005, en la cláusula cuarta del documento modificadorio suscrito el 27 de enero de 2006, **de las que se desprende que el plazo de ejecución de dichas actividades constructivas está sujeto a la disponibilidad predial y a la obtención de las autorizaciones ambientales requeridas**” (resaltado fuera de texto).*

Observa el Tribunal que se confirma que el plazo de ejecución está sujeto a estas dos condiciones previsibles, en el sentido que puede que sucedan.

Teniendo en cuenta los documentos modificadorios que se reseñan en este acápite, el Tribunal considera oportuno revisar lo acordado por las partes y los argumentos esgrimidos tanto por la parte convocante CSS, como por el Ministerio Público, con relación a las actividades reincorporadas al “Alcance Definitivo” del proyecto, mediante el Modificadorio del 27 de enero de 2006.

Retomando lo dicho sobre el punto Primero del Modificadorio del 27 de enero de 2006, se evidencia que quedó totalmente reemplazado el “Alcance Básico” y el “Alcance Condicional” del contrato de

concesión por uno definitivo (“Alcance Definitivo”), se incluyen las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 y se aclara expresamente por las partes que **estas actividades entran a hacer parte del alcance definitivo del proyecto Briceño- Tunja- Sogamoso.**

El mismo Concesionario en el escrito ¹²⁷ que descurre el traslado para pronunciarse sobre el pronunciamiento del Ministerio Público, en cuanto a que las actividades de operación y mantenimiento de los trayectos 8, 9, 10 y 17 no hacen parte del Contrato de Concesión 0377 de 2.002, manifiesta:

“NO ES CIERTO este planteamiento, el Procurador pierde de vista que en ningún momento se DESAFECTÓ del proyecto ningún tramo, lo que determinaron las partes, de manera conjunta, fue “eliminar” obligaciones de Mantenimiento y Operación que luego fueron igualmente reincorporadas al alcance del contrato, así como ocurrió también con algunas actividades de construcción mientras se definía su viabilidad. Vr.gr, el paso por el Puente de Boyacá, o la variante a Tocancipá, etc.” (Resaltado fuera de texto).

Al respecto, entiende el Tribunal que al reincorporar dichas actividades quedaron incluidas en el alcance definitivo del Contrato, el cual reemplazó íntegramente al alcance básico y al condicionado.

Queda claro entonces para el Tribunal, que de todos los modificatorios, otrosíes y acuerdos, el alcance básico y condicionado pactado en un principio, fue reemplazado en su totalidad por el alcance definitivo, y que la inclusión para la construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 junto con las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía en los tramos señalados, hacen parte del alcance definitivo por así expresamente acordarlo las partes; por tanto cada vez que se haga referencia al alcance básico y condicionado se debe entender que se hace referencia al alcance definitivo, del cual hacen parte también las actividades en los trayectos acabados de mencionar.

Luego de revisar las modificaciones al alcance del contrato de concesión en estudio, procederá el Tribunal a revisar si procede o no la pretensión VIGESIMA PRIMERA formulada por la Convocante CSS, con relación a si se modificó el pacto contenido en la cláusula 21.7 del Contrato de Concesión en cuanto a la definición del alcance básico y ejecución de un alcance condicionado, para lo cual se transcribe a continuación:

“VIGÉSIMA PRIMERA: Que se declare que el 19 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, modificaron el pacto contenido en la cláusula 21.7 del contrato de

¹²⁷ CSS CONSTRUCTORES SA Escrito de fecha 9 de octubre de 2018, presentado el 10 del mismo mes y año.

concesión No. 0377 de 2002 en cuanto a la definición del alcance básico y ejecución de un alcance condicionado del proyecto de concesión Briceño Tunja Sogamoso”.

Para decidir sobre esta pretensión, el Tribunal tuvo en cuenta que el 19 de septiembre de 2005 las partes no suscribieron documento alguno, de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al proceso.

En la presentación de su alegato de conclusión, durante la audiencia que se llevó a cabo para tal fin, la apoderada de **CSS** manifestó que la fecha correcta era el 15 de septiembre de 2005, sin embargo se verificó con la prueba documental aportada al proceso, que en esta fecha se firmó fue el acuerdo para el aplazamiento de la firma del documento final de ajuste de cláusulas al contrato de concesión 0377 de 2002, y que ninguna referencia se hace en este acuerdo a la modificación que pretende se declare el Concesionario. Y si, como lo precisó la apoderada de la Convocante en la audiencia de alegatos de conclusión, en realidad se refería al documento del 15 de septiembre de 2005, resulta que éste no modificó el pacto contenido en la cláusula 21.7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, en cuanto a la definición del alcance básico y ejecución de un alcance condicionado del proyecto de concesión Briceño Tunja Sogamoso, aunque en el documento del 29 de julio de 2.005, ya había sido reemplazado el alcance básico y condicional del contrato original por un alcance definitivo.

Como sustento de lo anterior, el Tribunal examinó el Acuerdo del 15 de septiembre de 2005, que en la parte de las consideraciones, dice en el punto 5 con relación al alcance del contrato: *“Que el 29 de julio de 2005 las partes suscribieron el “Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2.002”, en el cual se establecieron algunos acuerdos asociados a la modificación del alcance del contrato de concesión”*; y revisado el mencionado Acuerdo del 29 de julio de 2005, en éste lo que se hizo fue redefinir el alcance físico del proyecto reemplazando íntegramente el alcance básico y condicionado pactado en el contrato original, por uno definitivo, y expresamente en el punto NOVENO se estableció que: *“ Las partes se comprometen a evaluar las obligaciones previstas en las cláusulas 58.5, 59.5, 60.4, 21.7 y 25.4 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2.002”*, lo cual no quiere decir que se haya modificado la cláusula 21.7.

Téngase en cuenta que al redefinir el alcance del proyecto, por uno definitivo, pero al no cambiar o suprimir del contrato todas las referencias al “concepto de alcance básico y condicionado”, ello implica que en los apartes del contrato en los que se haya utilizado inicialmente esas definiciones, deben ser sustituidas o entendidas con la nueva de alcance definitivo.

Por todas las anteriores razones, el Tribunal no encuentra procedente la pretensión **VIGESIMA PRIMERA**.

Valga también tener en cuenta el escrito presentado por Ministerio Público¹²⁸, quien al respecto manifestó:

“En relación con la pretensión VIGESIMA PRIMERA. Se debe tener en cuenta que ni en los hechos de la demanda, ni en la contestación se hace referencia a que las partes del presente trámite arbitral, hayan suscrito un documento el 19 de septiembre de 2005, con el que se hubiera modificado el pacto contenido en la cláusula 21.7 del contrato de concesión 0377 de 2002, en cuanto a la definición del alcance básico y ejecución de un alcance condicionado del proyecto de concesión Briceño Tunja Sogamoso.

Del mismo modo, no se advierte por parte de este Agente del Ministerio Público, que se hubiere portado documento alguno de fecha 19 de septiembre de 2005 suscrito entre las partes, que modifique la cláusula 21.7 del contrato de concesión.

Así, la pretensión señalada no se fundamenta en ningún hecho objeto de debate en el presente proceso, que deba ser sometido al estudio de los señores Árbitros.

*Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en virtud del **principio de justicia rogada** aplicable en el trámite arbitral, es deber del demandante determinar con precisión las pretensiones de la demanda como los hechos en que se funda, y será imperioso para los señores Árbitros ceñir el petitorio de la demanda, estándoles prohibido decidir extra o ultra petita por lo que cualquier situación no pedida por la convocante no podrá ser objeto de reconocimiento por parte de lo H. Árbitros.”*

3. FONDEOS A LA “CUENTA DE PREDIOS” DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 0377 DE 2002, DURANTE LA ETAPA DE PRE CONSTRUCCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO:

Con relación al presupuesto de predios y lo estipulado al respecto por la cláusula 21.7.2 en el contrato de concesión 0377 de 2.002, considera el Tribunal oportuno manifestar que está constatado con el Informe de interventoría BTS de 14 de febrero de 2017, correspondiente al mes de enero de 2017, que la suma que se debía aportar en la etapa de operación y mantenimiento, al reemplazarse el

¹²⁸ Procurador 139 Judicial Administrativo Bogotá. Escrito Concepto – Tribunal de arbitramento de CSS CONSTRUCTORES S.A. contra LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Fecha de radicación: 5 de octubre de 2018.

alcance básico y el condicionado por uno definitivo, se pagó en cuatro fechas diferentes desde el año 2.007 hasta el año 2010 durante la “etapa de construcción”, hasta alcanzar el presupuesto de predios, según se desprende de la siguiente tabla que se extracta del mencionado informe de interventoría:

Tabla Fondeo Centro de Costo Predios

Fase	Compromiso	monto \$/dic 2000	Fecha	Fuente	Pago \$ Corrientes	Pago \$Dic/2000
Preconstrucción	Aporte Gobierno	10.120.000.000	2003		11.978.985.115	10.062.022.863
	Aportes Equity y peajes	35.880.000.000	2003	Equity	34.576.419.778	28.479.833.405
			2003	Peaje	8.890.000.000	7.322.496.678
Construcción	Aportes Concesionario y peajes	45.500.000.000	2007	Peaje	5.195.623.546	3.504.643.130
			2008	Peaje	13.419.942.758	8.459.343.289
			2009	Peaje	45.848.296.588	27.918.201.815
			2010	Peaje	10.110.356.509	6.063.439.052
GRAN TOTAL						91.809.980.232

Anexo Predios

Quedando de esta forma probado que se anticipó el fondeo previsto para la etapa de operación y mantenimiento a la etapa de construcción, tal como lo manifiesta CSS en el hecho 4.2.3.4 de la reforma integral de la demanda, sobre el cual la ANI se pronuncia manifestando que es cierto, por tanto, el Tribunal encuentra que prospera la pretensión VIGESIMA SEGUNDA conforme quedará en la parte resolutive.

4.- EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO Y PAGO DE LOS “FONDEOS ADICIONALES” A LA CUENTA DE PREDIOS Y CUENTA DE PREDIOS ADICIONAL.

Teniendo clara la existencia de la Cuenta de Predios y Cuenta de Predios Adicional, entra el Tribunal a analizar la diferencia que se ha suscitado entre las partes con relación a la exigibilidad de la obligación de pago de los “fondeos adicionales”, efectuados por el Concesionario a la Cuenta Predios y Cuenta Predios Adicional, ésta última para los trayectos 8,9,10, y 17 (así denominada por CSS) o subcuenta predial adicional (así llamada por la ANI), que en adelante se referirá como Cuenta de Predios Adicional:

4.1.- LA OBLIGACION DE REEMBOLSO DE LOS FONDEOS ADICIONALES.

El Tribunal pasará a revisar si el reconocimiento y el reembolso por la ANI al CONCESIONARIO de los llamados “fondeos adicionales” o recursos propios del Concesionario, estaba sujeto a alguna condición y para tal efecto se extractará el inciso 3, de la cláusula 27.3 del contrato de concesión:

*“Cuando el saldo de la **Cuenta de Predios** sea insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, el **CONCESIONARIO**, con sus recursos propios complementará los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos. En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el **INVÍAS** al **CONCESIONARIO...**”.*

De acuerdo con el aparte transcrito, se establece con claridad que el presupuesto de hecho que genera la obligación de CSS de complementar con sus recursos propios los montos requeridos para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, **es que el saldo de la Cuenta de predios sea insuficiente.**

En la contestación a los hechos de la reforma de la demanda, la ANI reconoce que son ciertos los hechos expuestos por CSS con relación a que el saldo de la “Cuenta de Predios” fue insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generaron en relación con el proceso de adquisición de predios, y al hecho de que el CONCESIONARIO, con sus recursos propios, complementó los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos (Hechos 4.2.3.3, 4.2.3.8, 4.2.3.11 Contestación de la demanda por parte de la ANI).

Ahora, de las pruebas que obran en el expediente, quedó demostrado el mes y año en que se agotaron los recursos, tanto de la “cuenta de predios” como de la “cuenta predios adicional”, así como la fecha y monto de los fondeos adicionales realizados por el Concesionario a cada una de estas cuentas, así:

- Comunicación de fecha 4 de diciembre de 2017 expedida por la FIDUCIARIA BBVA ASSET MANAGEMENT SOCIEDAD FIDUCIARIA, como respuesta al Oficio No. 1, para lo cual se transcribe solo la parte pertinente, así:

“2. Remita con destino a este proceso certificación de la fecha exacta en la que se agotaron los \$91.950.000.000,00 de la subcuenta predial que permitirá determinar desde cuando comenzó a fondearse recursos adicionales.”

*“**Respuesta:** Tal como consta en el resumen de fondeos iniciales anexo en los informe (sic) de gestión mensual y Rendición de Cuentas presentados de manera periódica, se informa que los \$91.950.000.000,00, se agotaron en Marzo de 2010, de ahí en adelante se comenzó a realizar fondeos adicionales de predios iniciales”.*

“3. Remita con destino a este proceso certificación de la fecha exacta en la que se agotaron los \$30.000.000.000,00, de la subcuenta predial adicional (Trayectos 8,9,10 y 17)”.

*“**Respuesta:** Tal como consta en el resumen de fondeos adicionales anexo en los informes de gestión mensual y Rendición de Cuentas presentados de manera periódica, se informa que los \$30.000.000.000,00, recibidos en agosto de 2006, para los trayectos 8,9,10 y 17, se agotaron los recursos en septiembre de 2010, de ahí en adelante se comenzó a realizar fondeos adicionales”.*

- Dictamen pericial: En cuanto a las fechas y monto de los fondeos adicionales quedaron corroborados por el perito con la respuesta a la siguiente pregunta, la cual se transcribe a continuación:

“Pregunta 13

Determine, a partir de la información disponible en la fiduciaria, los fondeos adicionales que ha realizado el Concesionario en la cuenta Predios y en la cuenta Predios Contrato Adicional, por encima del valor correspondiente al Presupuesto de Predios, incluyendo la determinación de las fechas y montos en que cada uno de los fondeos adicionales ha tenido lugar.

Con fin de dar respuesta a la presente Pregunta, el perito se remitió a la información disponible en el expediente del proceso arbitral y específicamente al anexo N°4 “Histórico de Fondeos” del informe de gestión y rendición de cuentas del fideicomiso BTS elaborado por la Fiduciaria BBVA. En dicho Anexo la fiduciaria realiza un análisis de los fondeos adicionales que realiza el Concesionario para la cuenta predios y predios adicional hasta el 29 de diciembre de 2016. Así mismo, en el informe la fiducia identifica que a partir del 14 de abril de 2010 se inicia los fondeos con recursos propios del Concesionario a la cuenta predios y el 16 de septiembre de 2010 se inicia los fondeos con recursos propios del Concesionario a la cuenta predios adicional.

La información proporcionada por Fiduciaria BBVA expresa los dineros trasladados de recursos propios del Concesionario a las cuentas en moneda corriente de la fecha en la que

se hizo la transacción. Por tanto, es necesario en primer lugar expresar las cuantías de dinero de la cuenta de predios en moneda constante de diciembre del 2000 para llevar a cabo una comparación de los fondeos adicionales con aquellos inicialmente planteados para esta cuenta (\$91.950.000.000 pesos de diciembre de 2000). Adicionalmente es necesario expresar también las cuantías de dinero de la cuenta de predios adicionales en moneda constante de diciembre de 2005 para llevar a cabo una comparación de los fondeos adicionales con aquellos inicialmente planteados para esta cuenta (\$30.000.000.000 pesos diciembre de 2005). Con base en estas comparaciones se puede establecer a cuanto ascendieron los fondeos adicionales de Concesionario para cada una de las cuentas con base a sus presupuestos iniciales.

Para llevar a cabo el proceso descrito anteriormente, el perito se basó en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con base 100 del 2008 reportado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). A continuación se presenta los resultados obtenidos por el perito en el proceso de comparación de las cuentas de predios y predios adicionales sintetizando los resultados en las Tablas 22 y 23.

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
14-abr-10	\$ 675.853.440,24	104,29	\$ 401.727.440,41
29-abr-10	\$ 1.500.000.000,00	104,29	\$ 891.600.345,19
11-may-10	\$ 1.500.000.000,00	104,4	\$ 890.660.919,54
31-may-10	\$ 1.500.000.000,00	104,4	\$ 890.660.919,54
17-jun-10	\$ 1.500.000.000,00	104,52	\$ 889.638.346,73
28-jul-10	\$ 400.000.000,00	104,47	\$ 237.350.435,53
19-ago-10	\$ 500.000.000,00	104,59	\$ 296.347.643,18
31-ago-10	\$ 500.000.000,00	104,59	\$ 296.347.643,18
09-sep-10	\$ 1.000.000.000,00	104,45	\$ 593.489.707,99
16-sep-10	\$ 400.000.000,00	104,45	\$ 237.395.883,20

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
22-sep-10	\$ 400.000.000,00	104,45	\$ 237.395.883,20
01-oct-10	\$ 500.000.000,00	104,36	\$ 297.000.766,58
15-oct-10	\$ 400.000.000,00	104,36	\$ 237.600.613,26
22-oct-10	\$ 600.000.000,00	104,36	\$ 356.400.919,89
10-nov-10	\$ 300.000.000,00	104,56	\$ 177.859.602,14
07-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 58.903.458,76
10-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 58.903.458,76
16-dic-10	\$ 600.000.000,00	105,24	\$ 353.420.752,57
27-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 58.903.458,76
21-ene-11	\$ 300.000.000,00	106,19	\$ 175.129.484,89
14-feb-11	\$ 200.000.000,00	106,83	\$ 116.053.543,01
17-feb-11	\$ 700.000.000,00	106,83	\$ 406.187.400,54
23-feb-11	\$ 300.000.000,00	106,83	\$ 174.080.314,52
28-feb-11	\$ 50.000.000,00	106,83	\$ 29.013.385,75
04-mar-11	\$ 250.000.000,00	107,12	\$ 144.674.197,16
11-mar-11	\$ 150.000.000,00	107,12	\$ 86.804.518,30
17-mar-11	\$ 500.000.000,00	107,12	\$ 289.348.394,32
25-mar-11	\$ 350.000.000,00	107,12	\$ 202.543.876,03
11-abr-11	\$ 300.000.000,00	107,25	\$ 173.398.601,40
12-abr-11	\$ 500.000.000,00	107,25	\$ 288.997.669,00

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
13-abr-11	\$ 200.000.000,00	107,25	\$ 115.599.067,60
18-abr-11	\$ 200.000.000,00	107,25	\$ 115.599.067,60
20-abr-11	\$ 150.000.000,00	107,25	\$ 86.699.300,70
28-abr-11	\$ 180.000.000,00	107,25	\$ 104.039.160,84
12-may-11	\$ 200.000.000,00	107,55	\$ 115.276.615,53
17-may-11	\$ 200.000.000,00	107,55	\$ 115.276.615,53
24-may-11	\$ 250.000.000,00	107,55	\$ 144.095.769,41
30-may-11	\$ 250.000.000,00	107,55	\$ 144.095.769,41
13-jun-11	\$ 180.000.000,00	107,9	\$ 103.412.418,91
17-jun-11	\$ 100.000.000,00	107,9	\$ 57.451.343,84
30-jun-11	\$ 200.000.000,00	107,9	\$ 114.902.687,67
11-jul-11	\$ 100.000.000,00	108,05	\$ 57.371.587,23
22-jul-11	\$ 200.000.000,00	108,05	\$ 114.743.174,46
27-jul-11	\$ 100.000.000,00	108,05	\$ 57.371.587,23
05-ago-11	\$ 100.000.000,00	108,01	\$ 57.392.834,00
11-ago-11	\$ 100.000.000,00	108,01	\$ 57.392.834,00
19-ago-11	\$ 150.000.000,00	108,01	\$ 86.089.251,00
30-ago-11	\$ 600.000.000,00	108,01	\$ 344.357.003,98
15-sep-11	\$ 200.000.000,00	108,35	\$ 114.425.473,00
30-sep-11	\$ 200.000.000,00	108,35	\$ 114.425.473,00

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
04-oct-11	\$ 300.000.000,00	108,55	\$ 171.321.971,44
11-oct-11	\$ 100.000.000,00	108,55	\$ 57.107.323,81
19-oct-11	\$ 100.000.000,00	108,55	\$ 57.107.323,81
20-oct-11	\$ 200.000.000,00	108,55	\$ 114.214.647,63
26-oct-11	\$ 250.000.000,00	108,55	\$ 142.768.309,53
04-nov-11	\$ 200.000.000,00	108,7	\$ 114.057.037,72
09-nov-11	\$ 100.000.000,00	108,7	\$ 57.028.518,86
25-nov-11	\$ 100.000.000,00	108,7	\$ 57.028.518,86
29-nov-11	\$ 100.000.000,00	108,7	\$ 57.028.518,86
14-dic-11	\$ 100.000.000,00	109,16	\$ 56.788.200,81
21-dic-11	\$ 600.000.000,00	109,16	\$ 340.729.204,84
25-ene-12	\$ 100.000.000,00	109,96	\$ 56.375.045,47
31-ene-12	\$ 350.000.000,00	109,96	\$ 197.312.659,15
01-feb-12	\$ 50.000.000,00	110,63	\$ 28.016.812,80
10-feb-12	\$ 100.000.000,00	110,63	\$ 56.033.625,60
23-feb-12	\$ 200.000.000,00	110,63	\$ 112.067.251,20
28-feb-12	\$ 130.000.000,00	110,63	\$ 72.843.713,28
08-mar-12	\$ 150.000.000,00	110,76	\$ 83.951.787,65
16-mar-12	\$ 180.000.000,00	110,76	\$ 100.742.145,18
22-mar-12	\$ 200.000.000,00	110,76	\$ 111.935.716,87

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
28-mar-12	\$ 250.000.000,00	110,76	\$ 139.919.646,08
03-abr-12	\$ 50.000.000,00	110,92	\$ 27.943.562,93
18-abr-12	\$ 200.000.000,00	110,92	\$ 111.774.251,71
27-abr-12	\$ 100.000.000,00	110,92	\$ 55.887.125,86
09-may-12	\$ 280.000.000,00	111,25	\$ 156.019.775,28
17-may-12	\$ 100.000.000,00	111,25	\$ 55.721.348,31
11-jun-12	\$ 70.000.000,00	111,35	\$ 38.969.914,68
21-jun-12	\$ 30.000.000,00	111,35	\$ 16.701.392,01
22-jun-12	\$ 280.000.000,00	111,35	\$ 155.879.658,73
09-jul-12	\$ 273.000.000,00	111,32	\$ 152.023.625,58
13-jul-12	\$ 226.000.000,00	111,32	\$ 125.851.060,01
23-jul-12	\$ 100.000.000,00	111,32	\$ 55.686.309,74
26-jul-12	\$ 200.000.000,00	111,32	\$ 111.372.619,48
30-jul-12	\$ 50.000.000,00	111,32	\$ 27.843.154,87
13-ago-12	\$ 50.000.000,00	111,37	\$ 27.830.654,57
28-ago-12	\$ 100.000.000,00	111,37	\$ 55.661.309,15
31-ago-12	\$ 200.000.000,00	111,37	\$ 111.322.618,30
04-sep-12	\$ 1.060.000.000,00	111,69	\$ 588.319.455,64
12-sep-12	\$ 200.000.000,00	111,69	\$ 111.003.670,87
21-sep-12	\$ 30.000.000,00	111,69	\$ 16.650.550,63

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
27-sep-12	\$ 15.000.000,00	111,69	\$ 8.325.275,32
09-oct-12	\$ 100.000.000,00	111,87	\$ 55.412.532,40
18-oct-12	\$ 300.000.000,00	111,87	\$ 166.237.597,21
31-oct-12	\$ 50.000.000,00	111,87	\$ 27.706.266,20
09-nov-12	\$ 200.000.000,00	111,72	\$ 110.973.863,23
16-nov-12	\$ 200.000.000,00	111,72	\$ 110.973.863,23
22-nov-12	\$ 255.000.000,00	111,72	\$ 141.491.675,62
29-nov-12	\$ 50.000.000,00	111,72	\$ 27.743.465,81
11-dic-12	\$ 50.000.000,00	111,82	\$ 27.718.654,98
14-dic-12	\$ 50.000.000,00	111,82	\$ 27.718.654,98
14-dic-12	\$ 50.000.000,00	111,82	\$ 27.718.654,98
27-dic-12	\$ 240.000.000,00	111,82	\$ 133.049.543,91
30-ene-13	\$ 80.000.000,00	112,15	\$ 44.219.349,09
14-feb-13	\$ 35.000.000,00	112,65	\$ 19.260.097,65
22-feb-13	\$ 135.000.000,00	112,65	\$ 74.288.948,07
05-mar-13	\$ 98.000.000,00	112,88	\$ 53.818.391,21
21-mar-13	\$ 50.000.000,00	112,88	\$ 27.458.362,86
27-mar-13	\$ 130.000.000,00	112,88	\$ 71.391.743,44
17-abr-13	\$ 100.000.000,00	113,16	\$ 54.780.841,29
30-abr-13	\$ 25.000.000,00	113,16	\$ 13.695.210,32

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
14-may-13	\$ 235.000.000,00	113,48	\$ 128.371.959,82
15-may-13	\$ 60.000.000,00	113,48	\$ 32.775.819,53
21-may-13	\$ 60.000.000,00	113,48	\$ 32.775.819,53
04-jun-13	\$ 250.000.000,00	113,75	\$ 136.241.758,24
28-jun-13	\$ 145.000.000,00	113,75	\$ 79.020.219,78
19-jul-13	\$ 150.000.000,00	113,8	\$ 81.709.138,84
26-jul-13	\$ 50.000.000,00	113,8	\$ 27.236.379,61
08-ago-13	\$ 740.000.000,00	113,89	\$ 402.779.875,32
28-ago-13	\$ 50.000.000,00	113,89	\$ 27.214.856,44
16-sep-13	\$ 20.000.000,00	114,23	\$ 10.853.541,10
18-sep-13	\$ 580.000.000,00	114,23	\$ 314.752.691,94
10-oct-13	\$ 100.000.000,00	113,93	\$ 54.410.603,00
17-oct-13	\$ 50.000.000,00	113,93	\$ 27.205.301,50
30-oct-13	\$ 160.000.000,00	113,93	\$ 87.056.964,80
22-nov-13	\$ 400.000.000,00	113,68	\$ 218.121.041,52
29-nov-13	\$ 110.000.000,00	113,68	\$ 59.983.286,42
16-dic-13	\$ 120.000.000,00	113,98	\$ 65.264.081,42
23-dic-13	\$ 350.000.000,00	113,98	\$ 190.353.570,80
29-ene-14	\$ 240.000.000,00	114,54	\$ 129.889.994,76
14-feb-14	\$ 93.000.000,00	115,26	\$ 50.017.959,40

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
25-feb-14	\$ 830.000.000,00	115,26	\$ 446.396.841,92
04-mar-14	\$ 106.000.000,00	115,71	\$ 56.788.004,49
18-mar-14	\$ 280.000.000,00	115,71	\$ 150.006.049,61
31-mar-14	\$ 122.000.000,00	115,71	\$ 65.359.778,76
23-abr-14	\$ 145.000.000,00	116,24	\$ 77.327.512,04
05-jun-14	\$ 800.000.000,00	116,91	\$ 424.189.547,52
23-ago-14	\$ 10.000.000,00	117,33	\$ 5.283.388,73
17-sep-14	\$ 110.000.000,00	117,49	\$ 58.038.130,90
29-sep-14	\$ 80.000.000,00	117,49	\$ 42.209.549,75
17-oct-14	\$ 1.540.000.000,00	117,68	\$ 811.221.957,85
22-oct-14	\$ 60.000.000,00	117,68	\$ 31.606.050,31
30-oct-14	\$ 30.000.000,00	117,68	\$ 15.803.025,15
12-nov-14	\$ 45.000.000,00	117,84	\$ 23.672.352,34
27-nov-14	\$ 150.000.000,00	117,84	\$ 78.907.841,14
16-dic-14	\$ 340.000.000,00	118,15	\$ 178.388.489,21
23-dic-14	\$ 50.000.000,00	118,15	\$ 26.233.601,35
10-feb-15	\$ 2.608.762.040,00	120,28	\$ 1.344.505.810,27
04-mar-15	\$ 550.000.000,00	120,98	\$ 281.819.308,98
13-mar-15	\$ 109.000.000,00	120,98	\$ 55.851.463,05
04-dic-15	\$ 116.500.000,00	126,15	\$ 57.247.998,41

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
16-dic-15	\$ 950.000.000,00	126,15	\$ 466.829.171,62
26-dic-15	\$ 124.000.000,00	126,15	\$ 60.933.491,87
03-feb-16	\$ 100.000.000,00	129,41	\$ 47.902.016,85
29-feb-16	\$ 103.000.000,00	129,41	\$ 49.339.077,35
29-mar-16	\$ 320.000.000,00	130,63	\$ 151.854.857,23
24-abr-16	\$ 100.000.000,00	131,28	\$ 47.219.683,12
28-abr-16	\$ 180.000.000,00	131,28	\$ 84.995.429,62
29-abr-16	\$ 50.000.000,00	131,28	\$ 23.609.841,56
31-may-16	\$ 20.000.000,00	131,95	\$ 9.395.983,33
31-may-16	\$ 48.000.000,00	131,95	\$ 22.550.359,98
13-jul-16	\$ 210.000.000,00	133,27	\$ 97.680.648,31
25-jul-16	\$ 361.000.000,00	133,27	\$ 167.917.685,90
19-ago-16	\$ 136.500.000,00	132,85	\$ 63.693.150,17
30-ago-16	\$ 40.000.000,00	132,85	\$ 18.664.659,39
15-sep-16	\$ 33.000.000,00	132,78	\$ 15.406.461,82
20-sep-16	\$ 33.000.000,00	132,78	\$ 15.406.461,82
30-sep-16	\$ 56.000.000,00	132,78	\$ 26.144.298,84
21-oct-16	\$ 120.000.000,00	132,7	\$ 56.057.272,04
31-oct-16	\$ 37.000.000,00	132,7	\$ 17.284.325,55
30-nov-16	\$ 26.000.000,00	132,85	\$ 12.132.028,60

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
02-dic-16	\$ 103.000.000,00	133,4	\$ 47.863.343,33
28-dic-16	\$ 65.000.000,00	133,4	\$ 30.205.022,49
29-dic-16	\$ 50.000.000,00	133,4	\$ 23.234.632,68
Total	\$ 45.018.615.480,24		\$ 25.121.891.116,88

“Tabla 1. Fondeo adicional aportado por el Concesionario para la cuenta de predios. Fuente: elaboración propia del perito”

(...) “puede verse que, en suma simple, los fondeos adicionales realizados por el Concesionario a la cuenta de predios ascienden a \$45.018.615.480,24 pesos colombianos. Dichos desembolsos expresados en pesos colombianos de diciembre de 2000 utilizando el IPC representan \$25.121.891.116,88 pesos. Esta cifra se puede comparar directamente con los \$91.950.000.000 pesos a diciembre de 2000”

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
16-sep-10	\$ 227.914.806,88	104,45	\$ 183.510.150,87
22-sep-10	\$ 400.000.000,00	104,45	\$ 322.067.975,11
01-oct-10	\$ 200.000.000,00	104,36	\$ 161.172.863,17
22-oct-10	\$ 200.000.000,00	104,36	\$ 161.172.863,17
28-oct-10	\$ 200.000.000,00	104,36	\$ 161.172.863,17
10-nov-10	\$ 100.000.000,00	104,56	\$ 80.432.287,68
24-nov-10	\$ 200.000.000,00	104,56	\$ 160.864.575,36
02-dic-10	\$ 200.000.000,00	105,24	\$ 159.825.161,54

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
07-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 79.912.580,77
10-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 79.912.580,77
16-dic-10	\$ 500.000.000,00	105,24	\$ 399.562.903,84
27-dic-10	\$ 100.000.000,00	105,24	\$ 79.912.580,77
21-ene-11	\$ 200.000.000,00	106,19	\$ 158.395.329,13
03-feb-11	\$ 100.000.000,00	106,83	\$ 78.723.205,09
14-feb-11	\$ 100.000.000,00	106,83	\$ 78.723.205,09
17-feb-11	\$ 150.000.000,00	106,83	\$ 118.084.807,64
23-feb-11	\$ 100.000.000,00	106,83	\$ 78.723.205,09
11-mar-11	\$ 50.000.000,00	107,12	\$ 39.255.041,08
17-mar-11	\$ 100.000.000,00	107,12	\$ 78.510.082,15
25-mar-11	\$ 250.000.000,00	107,12	\$ 196.275.205,38
31-mar-11	\$ 50.000.000,00	107,12	\$ 39.255.041,08
11-abr-11	\$ 150.000.000,00	107,25	\$ 117.622.377,62
12-abr-11	\$ 100.000.000,00	107,25	\$ 78.414.918,41
18-abr-11	\$ 100.000.000,00	107,25	\$ 78.414.918,41
28-abr-11	\$ 30.000.000,00	107,25	\$ 23.524.475,52
12-may-11	\$ 80.000.000,00	107,55	\$ 62.556.950,26
24-may-11	\$ 150.000.000,00	107,55	\$ 117.294.281,73

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
30-may-11	\$ 150.000.000,00	107,55	\$ 117.294.281,73
02-jun-11	\$ 200.000.000,00	107,9	\$ 155.885.078,78
30-jun-11	\$ 50.000.000,00	107,9	\$ 38.971.269,69
27-jul-11	\$ 150.000.000,00	108,05	\$ 116.751.503,93
19-ago-11	\$ 50.000.000,00	108,01	\$ 38.931.580,41
23-ago-11	\$ 200.000.000,00	108,01	\$ 155.726.321,64
30-ago-11	\$ 300.000.000,00	108,01	\$ 233.589.482,46
09-sep-11	\$ 70.000.000,00	108,35	\$ 54.333.179,51
15-sep-11	\$ 70.000.000,00	108,35	\$ 54.333.179,51
30-sep-11	\$ 50.000.000,00	108,35	\$ 38.809.413,94
11-oct-11	\$ 50.000.000,00	108,55	\$ 38.737.908,80
21-oct-11	\$ 200.000.000,00	108,55	\$ 154.951.635,19
04-nov-11	\$ 50.000.000,00	108,7	\$ 38.684.452,62
29-nov-11	\$ 100.000.000,00	108,7	\$ 77.368.905,24
14-dic-11	\$ 50.000.000,00	109,16	\$ 38.521.436,42
20-dic-11	\$ 100.000.000,00	109,16	\$ 77.042.872,85
15-mar-12	\$ 20.000.000,00	110,76	\$ 15.185.987,72
28-mar-12	\$ 20.000.000,00	110,76	\$ 15.185.987,72
30-abr-12	\$ 70.000.000,00	110,92	\$ 53.074.287,77

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
30-may-12	\$ 20.000.000,00	111,25	\$ 15.119.101,12
09-jul-12	\$ 18.000.000,00	111,32	\$ 13.598.634,57
23-jul-12	\$ 30.000.000,00	111,32	\$ 22.664.390,95
26-jul-12	\$ 50.000.000,00	111,32	\$ 37.773.984,91
18-oct-12	\$ 60.000.000,00	111,87	\$ 45.105.926,52
22-oct-12	\$ 50.000.000,00	111,87	\$ 37.588.272,10
31-oct-12	\$ 70.000.000,00	111,87	\$ 52.623.580,94
07-nov-12	\$ 50.000.000,00	111,72	\$ 37.638.739,71
14-dic-12	\$ 15.000.000,00	111,82	\$ 11.281.523,88
19-dic-12	\$ 30.000.000,00	111,82	\$ 22.563.047,76
27-dic-12	\$ 5.000.000,00	111,82	\$ 3.760.507,96
18-ene-13	\$ 10.000.000,00	112,15	\$ 7.498.885,42
30-ene-13	\$ 65.000.000,00	112,15	\$ 48.742.755,24
01-feb-13	\$ 20.000.000,00	112,65	\$ 14.931.202,84
05-mar-13	\$ 5.500.000,00	112,88	\$ 4.097.714,39
07-mar-13	\$ 23.000.000,00	112,88	\$ 17.135.896,53
21-mar-13	\$ 10.000.000,00	112,88	\$ 7.450.389,79
10-abr-13	\$ 26.000.000,00	113,16	\$ 19.323.082,36
22-abr-13	\$ 10.000.000,00	113,16	\$ 7.431.954,75

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
14-may-13	\$ 20.000.000,00	113,48	\$ 14.821.995,07
04-jun-13	\$ 20.000.000,00	113,75	\$ 14.786.813,19
28-jun-13	\$ 125.000.000,00	113,75	\$ 92.417.582,42
19-jul-13	\$ 70.000.000,00	113,8	\$ 51.731.107,21
26-jul-13	\$ 50.000.000,00	113,8	\$ 36.950.790,86
08-ago-13	\$ 65.000.000,00	113,89	\$ 47.998.068,31
28-ago-13	\$ 20.000.000,00	113,89	\$ 14.768.636,40
18-sep-13	\$ 25.000.000,00	114,23	\$ 18.405.847,85
26-sep-13	\$ 75.000.000,00	114,23	\$ 55.217.543,55
17-oct-13	\$ 50.000.000,00	113,93	\$ 36.908.628,10
30-oct-13	\$ 60.000.000,00	113,93	\$ 44.290.353,73
31-oct-13	\$ 40.000.000,00	113,93	\$ 29.526.902,48
16-dic-13	\$ 30.000.000,00	113,98	\$ 22.135.462,36
19-dic-13	\$ 38.000.000,00	113,98	\$ 28.038.252,32
29-ene-14	\$ 35.000.000,00	114,54	\$ 25.698.445,96
14-feb-14	\$ 20.000.000,00	115,26	\$ 14.593.093,87
25-feb-14	\$ 11.000.000,00	115,26	\$ 8.026.201,63
18-mar-14	\$ 10.000.000,00	115,71	\$ 7.268.170,43
31-mar-14	\$ 45.000.000,00	115,71	\$ 32.706.766,92

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
11-abr-14	\$ 20.000.000,00	116,24	\$ 14.470.061,94
23-abr-14	\$ 77.000.000,00	116,24	\$ 55.709.738,47
30-may-14	\$ 137.000.000,00	116,81	\$ 98.636.246,90
20-jun-14	\$ 29.000.000,00	116,91	\$ 20.861.346,33
22-ago-14	\$ 132.000.000,00	117,33	\$ 94.615.187,93
30-sep-14	\$ 130.000.000,00	117,49	\$ 93.054.728,06
05-dic-14	\$ 56.000.000,00	118,15	\$ 39.861.193,40
23-dic-14	\$ 54.000.000,00	118,15	\$ 38.437.579,35
31-mar-15	\$ 10.000.000,00	120,98	\$ 6.951.562,24
04-mar-15	\$ 70.000.000,00	120,98	\$ 48.660.935,69
13-mar-15	\$ 37.000.000,00	120,98	\$ 25.720.780,29
11-feb-16	\$ 10.000.000,00	129,41	\$ 6.498.724,98
18-feb-16	\$ 22.000.000,00	129,41	\$ 14.297.194,96
31-may-16	\$ 13.000.000,00	131,95	\$ 8.285.714,29
31-may-16	\$ 800.000,00	131,95	\$ 509.890,11
17-jun-16	\$ 3.000.000,00	132,58	\$ 1.903.001,96
20-sep-16	\$ 16.500.000,00	132,78	\$ 10.450.745,59
21-oct-16	\$ 10.000.000,00	132,7	\$ 6.337.603,62
29-dic-16	\$ 5.500.000,00	133,4	\$ 3.467.391,30

Fecha Fondeo	Valor [COP corrientes]	IPC	Valor [Constantes Dic 2000]
Total	\$ 8.397.214.806,88		\$ 6.498.021.077,64

“Tabla 2. Fondeo adicional efectuado por el Concesionario a la cuenta predios adicional. Fuente: elaboración propia del perito”

(...) “puede verse que, en suma simple, los fondeos adicionales realizados por el Concesionario a la cuenta de predios adicional ascienden a \$8.397.214.806,88 pesos colombianos. Dichos desembolsos expresados en pesos colombianos de diciembre de 2005 con el IPC representan \$6.498.021.077,64 pesos. Es decir, de la cuenta predios adicional, bajo el informe de la Fiducia el Concesionario realizó fondeos de \$6.498.021.077,64 pesos, por encima de los \$30.000.000.00 pesos de diciembre de 2005 inicialmente presupuestados para dicha cuenta.”

Adicionalmente, tal como lo dice la apoderada del Concesionario en su alegato de conclusión, en la audiencia de fecha 26 de julio de 2018¹²⁹, al ser interrogado el perito por la apoderada de la ANI al respecto, éste confirmó nuevamente lo dicho por la Fiduciaria en los siguientes términos:

“DRA. RODRÍGUEZ: Ahora entrando en el tema de los fondeos de la cuenta predial yo quisiera preguntarle si en su trabajo usted tuvo la posibilidad de verificar, con fundamento en la información suministrada por la fiduciaria si la fecha de agotamiento de los dineros corresponde a la, de la cuenta predial, ¿corresponde a la que agregó el concesionario en la demanda?”

SR. VILLARREAL: Nosotros recibimos una fecha de agotamiento directamente certificada por la fiducia que es la que está en la presentación y nosotros también verificamos que todos los pagos que aparecen como fondeos adicionales que reportó con fecha uno a uno son posteriores a esa fecha, eso sí está verificado, ahora creo que también lo dijimos que la fecha que certifica la fiducia es un mes, no hay un día específico y evidentemente nosotros trabajamos con ellos y la gente de la fiducia dijo no, ese dato no lo tenemos exactamente el día que terminó no sabemos, pero sí en este mes y estaba la discusión de si se fueron los rendimientos o no los rendimientos, que ustedes conocen.”

¹²⁹ Acta del Tribunal de Arbitramento No. 30 del 26 de julio de 2018.

Con el Informe de interventoría BTS de 14 de febrero de 2017, correspondiente al mes de enero de 2017, queda claramente evidenciado que los fondeos adicionales realizados por el Concesionario eran a título de préstamo y el monto de los mismos. El interventor, expresamente dice: *“Luego de los aportes obligatorios, el concesionario debía continuar fondeando, cuando fuera necesario y en calidad de préstamos, los demás recursos necesarios para la adquisición de predios hasta la cuantía que fuera requerida”* y presenta los fondeos efectuados bajo esa condición, sin comentar según las propias palabras del interventor *“sobre su nivel de cumplimiento por no aplicar”*.

En este mismo informe el Interventor incluye una “Tabla fondeo de Costo Predios- Préstamos hasta el 29 de diciembre de 2016¹³⁰ y luego con relación al “Centro de costo Predios Trayectos 8, 9, 10 y 17”, se incluye una “Tabla fondeo de Costo Predios Adicional Trayectos 8,9,10 y 17”¹³¹ hasta el 29 de diciembre de 2016.

Igualmente, la interventoría, al referirse a la verificación del cumplimiento de las obligaciones de fondeo del Concesionario a las diferentes cuentas del fideicomiso, con base en un análisis comparativo confrontando las obligaciones establecidas al respecto en el contrato con la secuencia de fondeo realizada para cada una de las cuentas, presenta una tabla con el detalle de la obligación contractual que se confronta con la ejecución real del fondeo, y concluye:

“Con lo anterior se puede confirmar que el fondeo realizado corresponde razonablemente bien con lo requerido contractualmente y los errores de redondeo derivados de las variaciones de forma de presentación de certificados del IPC arrojan variaciones menores que no pueden ser calificadas como incumplimiento del contrato”¹³².

Con esta prueba el Tribunal verifica el cumplimiento de las obligaciones de fondeo hasta completar los COP\$91.500.000.0000 (presupuesto de predios) y su agotamiento en el año 2.010, que según las certificaciones de la Fiduciaria fue en el mes de marzo.

¹³⁰ Consorcio Interventoría BTS. Informe mensual No. 16 de enero de 2017. P. 598, enviado al INVIAS mediante comunicación IBTS-617-17. Fecha de radicación: 14 de febrero de 2017. Cuaderno de pruebas No. 6.

¹³¹ Consorcio Interventoría BTS. Informe mensual No. 16 de enero de 2017. P. 601, enviado al INVIAS mediante comunicación IBTS-617-17. Fecha de radicación: 14 de febrero de 2017. Cuaderno de pruebas No. 6.

¹³² Consorcio Interventoría BTS. Informe mensual No. 16 del enero de 2017. P. 597, enviado al INVIAS mediante comunicación IBTS-617-17. Fecha de radicación: 14 de febrero de 2017. Cuaderno de pruebas No. 6.

Adicionalmente **CSS** notificó a la **ANI** sobre los fondeos adicionales efectuados, según consta en las siguientes comunicaciones:

- Comunicación de CSS CONSTRUCTORES S.A. N° 0720 -35 del 24 de marzo de 2010 dirigida a la ANI
- Carta de CSS CONSTRUCTORES S.A. N°350-35 del 5 de abril de 2013
- Carta de CSS CONSTRUCTORES S.A. N°464-35 del 24 de abril de 2013
- Carta de CSS CONSTRUCTORES S.A. 500-35 del 2 de mayo de 2013

También el Concesionario remitió a la ANI el cálculo de la deuda actualizada a su cargo, junto con la certificación de cada nuevo fondeo adicional, así:

- Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2012, a través de la carta 1093-35 del 7 de septiembre de 2012. (Cuaderno de pruebas 1, folios 344 a 350).
- Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2012, a través de la carta 0021-35 del 17 de enero de 2013. (Cuaderno de pruebas 1, folios 283 a 289 Repetida folio 410 a 416).
- Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2013, a través de la carta 763-35 del 15 de julio de 2013, (Cuaderno de pruebas 1, folios 452 a 455).
- Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2013, a través de la carta 0009-35 del 10 de enero de 2014. (Cuaderno de Pruebas 1, folios 275 a 278).
- Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2014, a través de la carta 0017-35 del 12 de enero de 2015. (Cuaderno de pruebas 1, folios 279 a 282).
- Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2015, a través de la carta de fecha 30 de julio de 2015. (Cuaderno de pruebas 1, folios 367 a 370)
- Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2015, a través de la carta de fecha 1° de febrero de 2016. (Cuaderno de pruebas 1, folios 378 a 381)

Además, le recordó CSS a la ANI mediante diferentes comunicaciones la deuda pretendida, tal como lo pudo constatar el Tribunal, con las siguientes comunicaciones:

- Comunicación No.21503-S62003060 - Deudas y Compensaciones Pendientes de Pago al Concesionario - 30-07-2015¹³³
- Comunicación No.24995-S62003732 - Mesa de Negociación Documento Bases de Conversaciones - 07-09-2015¹³⁴
- Comunicación No.38762-S71000127 - Deudas y Compensaciones Pendientes de Pago al Concesionario - 01-02-2016¹³⁵

También se pudo verificar que CSS reiteró su posición, entre otras, sobre la compensación por los fondeos adicionales a las cuentas de PREDIOS y PREDIOS CONTRATO ADICIONAL, mediante la Comunicación 659-35 de fecha julio 23 de 2014.

CSS presentó en su alegato de conclusiones¹³⁶ un cuadro de resumen que consta en la reforma integral de la demanda de las notificaciones y comunicaciones remitidas a la ANI informándole la fecha de fondeo, su valor, el número de la carta y la fecha de envió, las cuales obran a folios.

Al responder la ANI al hecho 4.2.3.11 de la reforma integral de la demanda, dice que es cierto en lo que refiere a los fondeos, pero que su uso y destinación está pendiente del aval de la interventoría y del área predial, por cuanto, a esa fecha, el Concesionario no había entregado a la ANI ni a la Interventoría, la información actualizada de que trata la cláusula 21.2 numeral IV.

El valor de los fondeos adicionales tanto en la Cuenta de Predios como en la Cuenta de Predios Adicionales, está probado con la certificación de la Fiduciaria, el informe de interventoría BTS de 14 de febrero de 2017 y el dictamen pericial, ascendiendo a la suma de **CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$53.619.830.287)**, discriminados así:

<i>Resumen</i>	<i>Fecha Fondeo [COP Corrientes]</i>	<i>Intereses a 31 de Marzo de 2018</i>	<i>Capital + Intereses [COP 31/03/2018]</i>
----------------	--	--	---

¹³³ Folio 329 a 332 del Cuaderno de Pruebas No. 4

¹³⁴ Folio 333 a 339 del Cuaderno de Pruebas No. 4

¹³⁵ Folio 340 a 343 del Cuaderno de Pruebas No. 4

¹³⁶ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión. Fecha de radicación 1º octubre de 2018. P. 117 a 124.

Cuenta Predios	\$45.018.615.480	\$132.811.774.361	\$177.830.389.841
Cuenta Predios Adicionales	\$8.397.214.807	\$28.537.259.750	\$36.934.474.557
Total	\$53.415.830.287	\$161.349.034.111	\$214.764.864.398

Estando agotado el presupuesto de predios y demostrado que después, el Concesionario con sus recursos propios realizó los fondeos adicionales necesarios para cubrir los gastos y costos para la adquisición de predios, y siendo esta la única condición para su reconocimiento y reembolso por parte de la ANI, es claro que la obligación existe.

Por tanto, se declararán procedentes: i) la pretensión VIGÉSIMA QUINTA, con la precisión que son los fondeos adicionales requeridos hasta el 29 de diciembre de 2016 para la “Cuenta de predios” ; ii) la pretensión VIGÉSIMA SEXTA, precisando el Tribunal que los fondeos adicionales a la “Cuenta Predios Contrato Adicional” se efectuaron a partir del mes de septiembre de 2010 y a la “Cuenta Predios” a partir del mes de marzo de 2.010; iii) la pretensión VIGÉSIMA OCTAVA, precisando que los fondeos adicionales, corresponden a la suma de CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$53.415.830.287) y no a la suma pretendida, y con ocasión al Contrato de Concesión 0377 de 2.002 y no 2.009 como erróneamente lo indica CSS en su pretensión; lo anterior conforme al acervo probatorio que obra en el expediente y así lo acepta el Concesionario en sus alegatos de conclusión¹³⁷.

4.2. - EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION DE REEMBOLSO Y PAGO DE LOS FONDEOS ADICIONALES A CARGO DE LA ANI Y A FAVOR DEL CONCESIONARIO:

Ahora bien, cuestión diferente es cuándo se hace exigible esta obligación de reembolso y pago de los fondeos adicionales, a cargo de la ANI y a favor del Concesionario, a la luz de la cláusula 27.3 inciso

¹³⁷ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Fecha de radicación 1º octubre de 2018. P. 129 a 158.

3 del contrato de concesión, y dependiendo de su exigibilidad, podrá el Tribunal determinar si se causarían o no los intereses de plazo y consecuentemente los moratorios. Para ello el Tribunal entra a analizar la vigencia y aplicabilidad de la siguiente estipulación (inciso 3, cláusula 27.3. del contrato de concesión):

*“Cuando el saldo de la **Cuenta de Predios** sea insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, el **CONCESIONARIO**, con sus recursos propios complementará los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos. En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el **INVÍAS** al **CONCESIONARIO** en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio, mes a partir del cual el **INVÍAS** le reconocerá al **CONCESIONARIO** intereses sobre dichas sumas aportadas por el **CONCESIONARIO** en exceso del **Presupuesto de Predios** a una tasa mensual equivalente a la **DTF** efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%). Transcurrido el plazo de los dieciocho (18) meses sin que el **INVÍAS** haya pagado al **CONCESIONARIO** los recursos aportados por éste en exceso del **Presupuesto de Predios**, se generarán además intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 de este **Contrato**.” (Resaltado y subrayado fuera de texto).*

Establece la cláusula 49 del contrato de concesión:

“CLÁUSULA 49. INTERESES DE MORA

*Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este Contrato, para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre el **INVÍAS** y el **CONCESIONARIO**, se aplicará la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, o quien en el futuro la sustituya y/o asuma dicha función, más la mitad de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor a la máxima permitida por la ley colombiana. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado.”*

CSS fundamenta su pretensión Vigésima Novena¹³⁸ con relación a los intereses sobre los “fondeos adicionales” en los hechos 4.2.3.18 y 4.2.3.19, que se transcriben y a continuación de cada uno la respuesta de la ANI para resaltar la diferencia entre las partes con relación a la exigibilidad de la obligación y causación de los intereses:

¹³⁸ CSS CONSTRUCTORES S.A. - Reforma integral de la demanda. 10 de marzo de 2017: **“VIGÉSIMA NOVENA:** Que se declare que para la liquidación de los intereses para el pago al Concesionario **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de los fondeos adicionales que ha requerido la gestión predial del proyecto, deben aplicarse las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002”.

“4.2.3.18. Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la compensación, se aplican los parámetros establecidos en las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión, así:

- Durante los primeros dieciocho (18) meses, se aplica a cada fondeo una tasa mensual equivalente a la DTF efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%).*
- Transcurrido el plazo inicial de los dieciocho (18) meses y hasta el momento del pago de la deuda, se aplican para cada fondeo intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 del Contrato.”*

Responde la ANI que: *“Es parcialmente cierto, en cuanto al tema de intereses la cláusula 27.3 es clara desde el momento en que empiezan a incurrirse en costos financieros, esto es, desde el momento en que se adquiera el ultimo predio del proyecto”.*

Manifiesta CSS en el hecho 4.2.3.19 como fundamento de sus pretensiones¹³⁹: *“4.2.3.19. El valor de la deuda, aplicando la metodología señalada, con corte al 28 de febrero de 2017, asciende a la suma de COL\$ 108.653'696.468, oo según se refleja en el juramento estimatorio de esta demanda.”*

Responde la ANI que: *“No es un hecho, es un cálculo subjetivo del Concesionario, que se está haciendo sin tomar en cuenta la cláusula 27.3, es clara desde el momento en que empiezan a incurrirse en costos financieros”.*

En la reforma integral de la demanda, al referirse al JURAMENTO ESTIMATORIO en el numeral 8.1 afirma CSS, que:

“...Respecto de la compensación por los fondeos adicionales efectuados a la cuenta Predios y a la cuenta Predios Adicional:

“Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la compensación, se aplican los parámetros establecidos en las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión, así:

- Durante los primeros dieciocho (18) meses, se aplica a cada fondeo una tasa mensual equivalente a la DTF efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%).*
- **Transcurrido el plazo inicial de los dieciocho (18) meses y hasta la fecha de liquidación de la deuda, se aplican para cada fondeo intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 del Contrato.”***

¹³⁹ CSS CONSTRUCTORES S.A. - Reforma integral de la demanda. 10 de marzo de 2017. P. 50

Luego propone la ANI en su escrito de contestación, como excepción de mérito, respecto de “LA COMPENSACIÓN AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL”, que “**EL CONCESIONARIO AÚN NO HA ADQUIRIDO LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS PARA EL PROYECTO POR LO CUAL NO HAY LUGAR A RECONOCERLE LA INDEXACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN).**” (Resaltado fuera de texto)

La ANI propone también como excepción de mérito en su contestación a la reforma integral de la demanda, y lo destaca en sus alegatos de conclusión, el hecho que:

“En la actualidad el Concesionario no ha adquirido *el último predio requerido en el Alcance Básico y en el Alcance Condicionado del Proyecto*, por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo de la cláusula 21.7.2. del Contrato, *no hay lugar a la indexación a la que se refiere dicho parágrafo hasta tanto se verifique la adquisición del último predio en los términos del Contrato de Concesión.*”

Al descorrer el traslado de las excepciones¹⁴⁰, el Concesionario manifestó:

*“No es del caso repetir lo expuesto en los hechos de la demanda sobre este tema, que son muy claros por lo demás, pero para mayor ilustración del tribunal es importante que tengan en cuenta lo que hoy estipula la ANI, como entidad concedente, en los contratos de concesión llamados de cuarta generación o 4G, en los cuales impuso contractualmente unos límites a los fondeos de las cuentas predios, y en general de las demás cuentas del contrato, con el fin de delimitar la responsabilidad de la entidad y del concesionario, evitando así que ocurran este tipo de controversias que, como en este caso particular, no ocurre por hechos imputables al concesionario sino a la entidad contratante, **la que los debe asumir en su totalidad y no cuando se compre el “último predio” como es su interpretación, lo cual ya se hizo por el concesionario dentro de lo que se denominó el alcance básico del contrato, sino cuando se agotaron los recursos inicialmente fondeados para tal fin.***

A título de ejemplo ponemos de presente la regulación actual en los contratos de concesión de 4G, contratados por la ANI, donde el esquema frente a estos de segunda generación cambio en el sentido de imponer límites a los fondeos que deben hacer las partes en relación con la gestión predial:”

De lo que colige el Tribunal que CSS argumenta que, en gracia de discusión, si fuera desde la fecha de adquisición del último predio, este hecho ya ocurrió dentro del “Alcance Básico” del Contrato. Se

¹⁴⁰ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito que descorre el traslado de las excepciones formuladas por la ANI. 24 de abril de 2017. P. 12.

precisa, por parte del Tribunal, que este contrato pertenece a los de Tercera Generación y no a los de segunda como lo manifestó CSS en el aparte que se viene de transcribir.

Adicionalmente, **CSS** en su alegato de conclusión¹⁴¹ dice, entre otras consideraciones, de las cuales se extracta solo la parte pertinente en análisis:

“Al respecto, el Concesionario ha sido reiterativo en poner de presente el yerro interpretativo en el que ha incurrido sistemáticamente la Convocada, teniendo en cuenta que:

- (i) Las modificaciones de las que fue objeto el alcance físico del Contrato conllevaron la variación de adquisición y gestión predial a cargo del Concesionario, tal y como se explicó de manera precedente.*
- (ii) La definición de “Cuenta Especial de Predios del Fideicomiso” o “Cuenta de Predios”, señala expresamente que es aquella en la cual el Concesionario depositará una suma correspondiente a 91.950 millones correspondiente al presupuesto de predios, teniendo en cuenta el alcance inicial del Contrato de Concesión, no los modificatorios posteriores*
- (iii) Que producto de la necesidad de construir el proyecto concesionado en doble calzada, fue necesaria la adquisición de una cantidad considerable de predios adicionales que superaron en más de 50.000 millones el fondeo inicialmente previsto.*
- (iv) Que en los documentos modificatorios las Partes no incluyeron ninguna variación a la cláusula 27.3 del Contrato de Concesión, bajo el entendido que la expresión “a partir del final del mes en el que adquirió el último predio”, hacía referencia a los predios comprendidos dentro de alcance inicial del Contrato de Concesión, lo cual no podría ser de otra manera toda vez que fue bajo esas condiciones que se licitó y se suscribió el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002...”*

Y luego al concluir su alegato de conclusión, con relación a este punto en particular afirma:

*“Siendo así, las Partes establecieron la forma en que se activarían los fondeos relacionados con la adquisición predial, y **aunque no hayan modificado expresamente el numeral 3º de la cláusula 27 del Contrato 0377 de 2002**, claramente debe entenderse que la previsión en cuanto a que al haber sido insuficientes los gastos y costos generados para la adquisición predial básica o inicial, y en el marco de ese alcance físico del contrato, la afirmación final de ese mismo numeral en cuanto a que “En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el **INVÍAS al CONCESIONARIO** en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, **a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio**”, debe entenderse*

¹⁴¹ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión presentado el 1º octubre de 2018. P. 133.

desde el último predio adquirido para el agotamiento del fondeo inicial, esto es, por la suma de \$91.950.000.000, ya precisado antes su efecto contractual.” (negrilla fuera de texto).

Se pregunta el Tribunal ¿por qué no modificaron las partes expresamente el “numeral 3º” (inciso tercero) de la cláusula 27 en mención?

Incluso manifiesta la apoderada del Concesionario en otro aparte anterior en su alegato de conclusión, lo siguiente:

“Deberá en este punto tener en cuenta el Tribunal, como más adelante se precisa, que la ANI no desconoce la EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN. Lo que cuestiona la entidad contratante es la oportunidad de su exigibilidad, acudiendo, a modo de fundamento de su afirmación, a una previsión contractual inaplicable (Cláusula 27.3.) y en cualquier caso ineficaz, toda vez que la misma fue concebida para el alcance originario del contrato en una ejecución circunscrita de igual manera al plazo inicialmente pactado. Y ello es así, puesto que, como más adelante se precisa, de darse aplicación a esta estipulación, el perjuicio financiero del Concesionario sería inmenso, como en efecto lo es en la actualidad, toda vez que el retorno de la inversión adicional a la que se vería obligado, perdería todo su valor frente a las ampliaciones de plazos ocurridas –que como bien conoce el Tribunal- fueron importantes, y que no sería compensable con la fórmula pactada para un plazo inicial de cuatro (4) años y seis (6) meses para la finalización de la etapa de construcción.”

Se revisaron por parte del Tribunal, las preguntas y respuestas dentro del proceso de selección 2002-03-18 - Licitación Pública¹⁴² que concluyó con la adjudicación y firma del contrato de concesión, en donde el Concesionario CONSORCIO SOLARTE SOLARTE, quien luego cedió su posición contractual al CONCESIONARIO CSS CONSTRUCTORES S.A. preguntó expresamente con relación a la estipulación “a partir del final del mes en que adquirió el último predio”, lo siguiente:

*“Instituto Nacional de Vías. Subdirección de Concesiones. Preguntas y respuestas No.4
Página 163 Pregunta 5.20 Pregunta Consorcio Solarte Solarte*

*“Subdirección de Concesiones
Preguntas y Respuestas No. 4*

En la cláusula 27.3 se establece que el Concesionario fondeará el excedente del costo real de los predios con respecto al Presupuesto de Predios y que el INV le compensará esta cantidad en un término de 18 meses contados a partir de la adquisición del último predio. Solicitamos aclarar a cuál corresponde el último predio al que se hace referencia, ya que éste podría entenderse como el último predio del alcance condicionado, el último predio del alcance

¹⁴² CD-ROOM aportado por la ANI con la contestación a la reforma de la demanda. Licitación Pública No. 2002-03-18 realizada por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. Folio 163.

básico o el último predio adquirido de un grupo de predios que hayan sido objeto en conjunto de una negociación. Ante la ambigüedad de esta definición, y considerando las implicaciones que, en el peor de los casos, podría derivarse del reconocimiento al Concesionario sólo año después de haber aportado los recursos y sin reconocimiento de intereses, se sugiere modificar los términos de la compensación a, por ejemplo, 18 meses contados a partir de liquidaciones semestrales del monto adicional aportado.

Respuesta:

El último predio se refiere al último predio adquirido en cada uno de los alcances. En este sentido su sugerencia no se acepta.”

Con relación a las preguntas y respuestas, consideramos del caso mencionar la siguiente jurisprudencia¹⁴³ sobre la fuerza vinculante que tienen las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones:

“Ahora bien, recuerda la Sala que para el demandante las anteriores precisiones realizadas en la audiencia de aclaraciones, en realidad no constituían una verdadera alteración al pliego de condiciones con la virtualidad para producir efectos, en cuanto las mismas no se encontraron recogidas en un adendo como lo exigía la norma de contratación y, en esa medida, no podían ser tenidas en cuenta y, menos aún, oponerse como causal de rechazo de las propuestas.”

“Al respecto la Sala estima la necesidad de reiterar las consideraciones que en pasada oportunidad expuso esta Subsección en relación con la fuerza vinculante de que están revestidas las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones, con independencia de que las mismas se encuentren o no vertidas en un documento identificado con el rótulo de adendo.”

“5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

“(…).

Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia - radicación número: 25000-23-26-000-2001-00707-02(33319). Bogotá, D.C., 25 de junio de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

“A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos¹⁵¹, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.”

“Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un “Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla.”¹⁶¹ De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.”

“Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.”

“En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.” ¹⁷¹”

*“Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, resulta propio en esta oportunidad advertir que **la fuerza vinculante de las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones cobija no sólo a la Administración por ser ella, que en su calidad de configuradora de los pliegos de condiciones y directora del procedimiento contractual, debe cumplir la carga de claridad de las reglas del procedimiento de selección, sino también a los oferentes quienes, a su turno, deben cumplir con varias cargas que les impone el orden legal por el hecho de aspirar a convertirse en colaboradores de la Administración,** camino que deben recorrer con arreglo a las disposiciones que el ordenamiento jurídico contempla sobre la materia y con sujeción a los lineamientos que para ese fin haya previsto válidamente el pliego de condiciones. **Dentro de esas cargas precisamente se encuentra la de acatar las aclaraciones que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones haya precisado, de manera oportuna y con la publicidad requerida, la entidad estatal contratante, a riesgo que de no observarlas se obtenga un resultado desfavorable en el procedimiento licitatorio.**”*

“En consideración a lo expuesto, para la Sala, los argumentos del demandante en cuanto sostiene que la causal de rechazo de las ofertas, referente al hecho de presentar personal cuya dedicación superara los topes mínimos exigidos en los pliegos de condiciones a consecuencia de repetir los mismos profesionales de obra en las tres licitaciones, no tenía fuerza vinculante y por tanto no podría producir efectos por no estar recogida en un adendo, no resultan de recibo por cuanto en criterio de esta instancia, indistintamente de que ésta última hubiese estado o no contenida en un adendo, tal circunstancia, por las razones expuestas, en modo alguno le restaba vigor a los efectos que estaba llamada a surtir.”

“En el orden de ideas expuesto, emerge con claridad que la causal de rechazo de las ofertas, incorporada en el numeral 2.2. del capítulo II del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 012 y la aclaración que de la misma se realizó en la respectiva audiencia, se orientaba a descalificar o a excluir de evaluación a las propuestas que hubieran superado el tope mínimo de dedicación de los profesionales de obra ofrecidos, circunstancia que en sentir de la entidad se configuraba por el hecho de proponer el mismo personal de obra en las tres licitaciones que de manera simultánea adelantaba el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte.” (resaltado y subrayado fuera de texto).

Nótese que el Concesionario desde que formuló la correspondiente pregunta dentro del proceso licitatorio, era consciente de que se entendía como el último predio del alcance condicionado, el último predio del alcance básico o el último predio adquirido de un grupo de predios que hayan sido objeto en conjunto de una negociación. Al punto que explica que: **“considerando las implicaciones que, en el peor de los casos, podrían derivarse del reconocimiento al Concesionario solo años después de haber aportado los recursos y sin reconocimiento de intereses, se sugiere modificar los términos de la**

compensación, a por ejemplo, 18 meses contados a partir de liquidaciones semestrales del monto adicional aportado.” (Subrayado fuera de texto).

Es decir, presentó su propuesta asumiendo que, en caso de realizarse fondeos adicionales, solo se le reconocerían años después de haber aportado los recursos y sin reconocimiento de intereses, hasta que se hubiera adquirido el último predio.

Ahora, si bien es cierto que para ese momento solo se referían a un alcance básico y condicionado, y que luego mediante el modificadorio No. 11 del 29 de julio de 2005, éste fue reemplazado por un alcance definitivo, considera pertinente el Tribunal recordar que, como ya se analizó, al revisar las cláusulas pertinentes del contrato de concesión, sus otrosíes y modificadorios con relación a los fondeos adicionales y a la gestión predial, no hay evidencia de modificación alguna de la mencionada cláusula 27.3 del contrato de concesión, y que por el contrario, expresamente¹⁴⁴ las partes aceptaron acogerse a las cláusulas del contrato original.

Entrará entonces a analizar el Tribunal cuándo surge la obligación a cargo de la ANI del reconocimiento y pago de los “fondeos adicionales” efectuados por el Concesionario y si solo surgiría una vez se adquiriera el último predio.

Al respecto, el Concesionario para fundamentar que no es aplicable la parte de la cláusula 27.3., inciso 3º, referente a la adquisición del último predio, manifiesta en su escrito de alegatos lo siguiente, para destacar que la cláusula fue prevista bajo el alcance contractual original de la concesión¹⁴⁵:

*“De esta manera, se reincorporaron al Contrato no solamente las obligaciones de construcción que habían sido incluidas, sino que, de igual manera aquellas actividades asociadas, como es el caso de la gestión predial, **sin que se hubiera previsto la remuneración adicional a este efecto, toda vez que la misma había sido excluida en su momento del alcance contractual, como ha quedado demostrado. Siendo ésta, como en efecto lo es, una***

¹⁴⁴ i) Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del Modificadorio No. 11 del 29 de julio de 2005, suscrito entre: **“PARÁGRAFO PRIMERO: El alcance aquí previsto reemplaza íntegramente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el contrato original. (...) Se entiende que las demás obligaciones contractuales quedan vigentes.”** (Resaltado y subrayado fuera de texto); ii) Cláusula PRIMERA del Acuerdo suscrito el 29 de septiembre de 2005 y; iii) Cláusula QUINTA del Modificadorio del 27 de enero de 2006: **“QUINTA. - GESTIÓN PREDIAL. (...) lo anterior en los mismos términos en que esta delegación se encuentra pactada en el contrato de concesión 0377/2002 y sus anexos y modificaciones”.** (Resaltado fuera de texto)

¹⁴⁵ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión presentado el 1º octubre de 2018. P. 13.

actividad que había sido excluida del contrato, y por lo mismo la retribución por su ejecución así como el modo y tiempo en que debía serle reconocida al concesionario, su reincorporación al contrato escapa de la aplicación de las estipulaciones previstas inicialmente (Cláusula 27.3), que quedaron en efecto al producirse la modificación excluyente.” (se resalta)

Al respecto surge la pregunta de ¿por qué el CONCESIONARIO CSS no tuvo en cuenta la respuesta dada a su pregunta formulada en la licitación, previendo la modificación y reemplazo del alcance básico y condicional por uno definitivo que luego fue ampliado? y ¿por qué no propuso a la Entidad modificar esta cláusula 27.3, inciso 3º, con relación al término de 18 meses desde la adquisición del último predio, en vez de aceptar que las estipulaciones contractuales originales continuarían vigentes?

Según la respuesta del INVIAS en su momento, en dicho proceso licitatorio el último predio se refiere al último predio adquirido en cada uno de los alcances, y los alcances básico y condicionado fueron reemplazados en su totalidad por el definitivo y además las partes aclararon expresamente mediante un OTROSI posterior que las actividades correspondientes a los trayectos 8, 9, 10 y 17 entraron a hacer parte del alcance definitivo del proyecto Briceño-Tunja- Sogamoso y así también lo manifestó el Concesionario¹⁴⁶ al descender el traslado del escrito presentado por el Ministerio Público .

Adicionalmente en el documento “*Antecedentes fondeos adicionales cuenta Predios - Rev Mayo 2016*” aportado por el Concesionario con la reforma de la demanda, se lee en el folio 000509 último párrafo, que era claro para CSS que “... *el alcance físico fue modificado por las partes, sustituyendo el alcance básico y el alcance condicionado por un alcance definitivo consolidado, ...*” y en el folio 000512 del mismo documento, hace referencia el Concesionario “*al alcance incorporado a través del documento modificador suscrito el 27 de enero de 2006*” al referirse a las actividades de construcción de los trayectos 8,9,10 y 17.

Manifiesta también el CONCESIONARIO CSS¹⁴⁷: “*Para la cuenta Predios Adicional, inicialmente no se hicieron nuevos fondeos – **ni ello se encontraba previsto en los documentos contractuales** -, al menos no mientras no se agotaron los \$30.000 millones que fueron fondeados por la entidad*

¹⁴⁶ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Pronunciamiento sobre causal de nulidad invocada por el Ministerio Público. Radicado el 10 de octubre de 2018.

¹⁴⁷ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión de fecha 1º octubre de 2018. P. 116.

concedente, con cargo a los recursos del Convenio INCO-INVIAS ya referido...” (resaltado y subrayado fuera de texto).

Es decir, en la mente de los contratantes no estaban previstos todavía los fondeos adicionales a cargo del Concesionario que solo se dieron posteriormente en el año 2010, en abril para la Cuenta Predios y en septiembre para la Cuenta Predios Adicional; por tanto su intención no era dejar sin efecto en ese momento esa parte del inciso tercero de la cláusula 27.3, cuando se referían a la adquisición del último predio, como consecuencia de la modificación del alcance del contrato. Tan es así que CSS reconoce no haber modificado expresamente el mencionado inciso, al manifestar en los alegatos de conclusión¹⁴⁸ expresamente:

*“Siendo así, las Partes establecieron la forma en que se activarían los fondeos relacionados con la adquisición predial, **y aunque no hayan modificado expresamente el numeral 3º de la cláusula 27 del Contrato 0377 de 2002**, claramente debe entenderse que la previsión en cuanto a que al haber sido insuficientes los gastos y costos generados para la adquisición predial básica o inicial, y en el marco de ese alcance físico del contrato, la afirmación final de ese mismo numeral en cuanto a que “En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el INVÍAS al CONCESIONARIO en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio”, debe entenderse desde el último predio adquirido para el agotamiento del fondeo inicial, esto es, por la suma de \$91.950.000.000, ya precisado antes su efecto contractual” (Resaltado fuera de texto).*

Y téngase en cuenta que fue acordado en este modificatorio del 27 de enero de 2.006, en la cláusula cuarta, que el plazo de ejecución para las actividades de construcción sería de máximo de cinco (5) años, **sujeto a la disponibilidad predial** y a la obtención de las autorizaciones ambientales requeridas. Es decir, el contrato se podía prorrogar por las anteriores razones y así lo aceptó CSS, sin haber modificado la cláusula en mención, en lo referente a la adquisición del último predio. Y tan es así, que luego se prorrogó el contrato 6 meses más con base, entre otras, por no haber completado la adquisición de predios.

En virtud del contrato de concesión 0377 de 2.002 (cláusula 2)¹⁴⁹, el Concesionario tenía que realizar por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos del proyecto, y ya desde el contrato adicional No. 1 de fecha 7 de agosto de 2.003 se previó que el

¹⁴⁸ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión de fecha 1º octubre de 2018. P. 138.

¹⁴⁹ Contrato de Concesión No. 0377 del 15 de julio de 2002, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – y el CONSORCIO SOLARTE SOLARTE. P. 34. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 162 - 187.

Concesionario realizaría los Estudios y Diseños de la Segunda Calzada para los Trayectos de Vía del proyecto, que no tenían este alcance en el proyecto original, y luego se redefinió el alcance físico del proyecto como ya se ha examinado; lo anterior para resaltar que la gestión predial era susceptible de cambios desde que se firmó el contrato de concesión, pues no había todavía estudios y diseños definitivos y, a pesar de lo anterior, aceptó el Concesionario la estipulación en comento con relación a la adquisición del último predio; aceptación que se dio desde que presentó el Concesionario su propuesta para licitar, con relación a la adquisición del último predio, como punto de partida para reconocer el capital y los intereses, entre otros. Es decir, era una gestión dinámica y sujeta a cambios y a pesar de ello asumió el riesgo, como se verá al revisar más adelante la matriz de riesgos.

Dice el mismo Concesionario, **al descorrer el traslado del escrito presentado por el Ministerio Público:**

“En últimas, en un contrato de obra pública en infraestructura de transporte vial, por el sistema de concesión, el alcance físico inicial no tipifica o constituye, en forma excluyente, el objeto de la contratación –como sí sucede en un contrato de obra pública por cualquier otro sistema–, sino que éste se define por el proyecto que integra el sistema vial contratado.”¹⁵⁰

Por tanto, para el Tribunal, era un hecho previsible que su alcance se podía cambiar y no por ello se modificarían automáticamente las cláusulas 27.3 y 27.1, sin que se hubiera acordado expresamente y con las formalidades que requieren los contratos estatales, por ello están vigentes y rigen la relación entre las partes.

Al respecto la justicia arbitral ha dicho en un fallo reciente¹⁵¹: (Laudo. Concesión Autopista Bogotá Girardot SA vs Instituto Nacional de Concesiones (Hoy ANI):

“Lo dicho hasta aquí no puede interpretarse como que el riesgo predial haya sido ilimitado. Sencillamente era indeterminado pero determinable. La determinación se produjo con la elaboración de los diseños definitivos para la rehabilitación y construcción de la vía en los términos previstos en el Contrato. Esta característica de que el riesgo predial sea indeterminado pero determinable explica que la elaboración de los diseños fuera

¹⁵⁰ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Pronunciamiento sobre causal de nulidad invocada por el Ministerio Público. Radicado el 10 de octubre de 2018.

¹⁵¹ Tribunal de Arbitramento, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 13 de enero de 2006. Laudo. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo, German Gómez Burgos.

responsabilidad exclusiva del Concesionario, así como el cálculo de todos los costos y gastos del Proyecto. Por lo demás, nuestro ordenamiento jurídico permite que el objeto de la obligación sea indeterminado pero determinable; el artículo 1.518 del Código Civil, aplicable al presente caso por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, preceptúa en su inciso 2°: "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

En relación con la modificación de los contratos de concesión la Corte Constitucional en su sentencia C-300 de 2012¹⁵² manifestó:

"Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico".

"Además debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo".

"Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal – constitucionalmente consagrados".

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la modificación del alcance del proyecto con independencia de su magnitud, no implica que se deban entender modificadas las demás cláusulas

¹⁵² Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 300 del 25 de abril de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

contractuales sobre las cuales las partes no hicieron manifestación alguna, a pesar de los diversos cambios que se hicieron al alcance del proyecto.

Complementando lo anterior, tanto el contrato estatal como sus modificaciones deben cumplir con los requisitos de ley, al ser este un contrato solemne y cumplir con sus formalidades propias. Resulta útil para el análisis del Tribunal tener en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado al estudiar la *Actio in rem verso* en sentencia del 19 de noviembre de 2012¹⁵³, en donde señaló, entre otros asuntos los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal y la buena fe contractual, según se pasa a transcribir a continuación:

*“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁴ (citada en Sentencia del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012) a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831¹⁵⁵ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

“Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

“No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia con número de radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322. Citada en Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia con número de radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵⁵ Artículo 831 del Código de Comercio: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro. Citado en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia con número de radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

“Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

“En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

“Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

“Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte¹⁵⁶ (NEME VILLARREAL citado en sentencia del Consejo de Estado del 19 noviembre de 2012), y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución

¹⁵⁶ En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73. Citado en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia con número de radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

del acuerdo contractual”,¹⁵⁷ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

“Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo 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 consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho” constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”¹⁵⁸

“Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. Citado en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia con número de radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵⁸ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

“12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales”.

(...)

“Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa”.

Con base en todas las anteriores consideraciones, concluye entonces el Tribunal que la cláusula 27.3 del contrato de concesión 0377 de 2.002 está vigente, y por tanto debe aplicarse. No se ha probado que la intención de las partes hubiera sido suprimir el inciso 3º ni modificar la citada cláusula y, adicionalmente, las preguntas y respuestas formuladas y dadas durante el proceso licitatorio fijan el alcance de dicha estipulación (inciso 3º). Además, el Concesionario en su pretensión **VIGÉSIMA CUARTA** expresamente dice: *Que se declare que a la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 relacionada con la definición de “Alcance Definitivo” del proyecto, así como las actividades relacionadas con la construcción de los trayectos, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso) de la Concesión Briceño-Tunja-Sogamoso, le es aplicable lo previsto en la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.*

Por tanto, tampoco es de recibo decir que la cláusula aplica, excepto en la parte en que se refiere a la adquisición del último predio¹⁵⁹.

De todo lo anterior, concluye el Tribunal que prospera la PRETENSION VIGÉSIMA CUARTA, advirtiendo que la obligación de reembolso de los “fondeos adicionales” y el reconocimiento de los intereses pactados, solo será exigible a partir del final del mes en el que se adquiere el último predio del alcance definitivo.

Con relación a la siguiente excepción de mérito propuesta por la **ANI**: *“LA COMPENSACIÓN AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL”, que “EL CONCESIONARIO AÚN NO HA*

¹⁵⁹ Cláusula 27.3. del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002: “Cuando el saldo de la **Cuenta de Predios** sea insuficiente para cubrir los gastos y costos que se generen en relación con el proceso de adquisición de predios, el **CONCESIONARIO**, con sus recursos propios complementará los montos requeridos para cubrir dichos gastos y costos. En este caso, estos recursos deberán ser reconocidos y reembolsados por el **INVÍAS** al **CONCESIONARIO** en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, **a partir del final del mes en el que se adquirió el último predio**, mes a partir del cual el **INVÍAS** le reconocerá al **CONCESIONARIO** intereses sobre dichas sumas aportadas por el **CONCESIONARIO** en exceso del **Presupuesto de Predios** a una tasa mensual equivalente a la **DTF** efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%). Transcurrido el plazo de los dieciocho (18) meses sin que el **INVÍAS** haya pagado al **CONCESIONARIO** los recursos aportados por éste en exceso del **Presupuesto de Predios**, se generarán además intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 de este **Contrato**”.

ADQUIRIDO LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS PARA EL PROYECTO POR LO CUAL NO HAY LUGAR A RECONOCERLE LA INDEXACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN).”. No está llamada a prosperar tal como se formuló, pues la obligación de reembolso sí existe, aunque no es exigible a la fecha; y con relación a si el hecho de no haber adquirido todos los predios para el proyecto, era condición para el reconocimiento de la “compensación”, más adelante se analizará, luego de revisar lo que preveía la MATRIZ DE RIESGOS, con relación a la materia predial y las obligaciones que cada una adquirió al respecto.

En cuanto a la aplicación de las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión No.0377 de 2002 para la liquidación de los intereses, es claro que los intereses de plazo y de mora a aplicar son los previstos en el inciso tercero de la cláusula 27.3 y por remisión expresa de éste, los de mora deben liquidarse conforme lo establece el artículo 49¹⁶⁰ del contrato de concesión 0377 de 2.002.

Por tanto, el Tribunal declarará procedente la pretensión VIGESIMA NOVENA.

5. RIESGOS EN MATERIA PREDIAL

En el anexo 6 del informe de auditoría de febrero de 2017, está la matriz de riesgos, cuya última fecha de seguimiento es 22 de noviembre de 2016, que establece en cuanto a la adquisición de predios lo siguiente:

“TIPO DE RIESGO

DEMORAS EN LA DISPONIBILIDAD DE PREDIOS DERIVADOS DE LAS ACTIVIDADES DE GESTIÓN PREDIAL

1. *EFEECTO: mayor plazo*
2. *ASIGNACION: privado- Público.*
3. *ROBABILIDAD-FRECUENCIA: M*
4. *IMPACTO-COSTO: M*
5. *OBSERVACION, PROBABILIDAD E IMPACTO: **“EL CONCESIONARIO es el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de***

¹⁶⁰ Cláusula 49 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002: “... el INVÍAS le reconocerá al CONCESIONARIO intereses sobre dichas sumas aportadas por el CONCESIONARIO en exceso del Presupuesto de Predios a una tasa mensual equivalente a la DTF efectiva anual más cinco puntos porcentuales (5%). Transcurrido el plazo de los dieciocho (18) meses sin que el INVÍAS haya pagado al CONCESIONARIO los recursos aportados por éste en exceso del Presupuesto de Predios, se generarán además intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 49 de este Contrato.”

todas las obras, sin embargo cuando se agote la etapa de enajenación voluntaria por razones no imputables al Concesionario y no sea posible culminar el proceso de adquisición, será responsabilidad de la ANI dar inicio y llevar hasta la culminación el proceso de expropiación.” (negrilla y resaltado fuera de texto).

6. CLAUSULA CONTRACTUAL:

- Contrato 0377 de 2002 NOVIEMBRE DE 2012 EN LA CLAUSULA 21 ADQUISICION DE PREDIOS
- Otrosí de modificación al contrato 0377 de 2002 con relación al esquema de adquisición de predios en desarrollo del proyecto vial del 03 de abril de 2008, en la cláusula segunda.”

“SOBRECOSTOS POR ADQUISICIÓN INCLUYENDO EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIONES SOCIO-ECONÓMICAS

1. EFECTO: mayores costos.
2. ASIGNACION: privado.
3. PROBABILIDAD-FRECUENCIA: M
4. IMPACTO-COSTO: A
5. OBSERVACION, PROBABILIDAD E IMPACTO: Será responsabilidad de la ANI dar inicio y llevar hasta la culminación el proceso de expropiación.
6. CLAUSULA CONTRACTUAL:
 - Contrato 0377 de 2002 NOVIEMBRE DE 2012 EN LA CLAUSULA 21 ADQUISICION DE PREDIOS
 - Otrosí de modificación al contrato 0377 de 2002 con relación al esquema de adquisición de predios en desarrollo del proyecto vial del 03 de abril de 2008, en la cláusula segunda.
 - Otrosí No. 16 del 31 de diciembre de 2014.”

Al respecto, el Tribunal considera pertinente poner de presente el siguiente pronunciamiento arbitral¹⁶¹:

“(…)

A este respecto, decisiones arbitrales han señalado:

“No debe perderse de vista, sin embargo, que todo contrato conlleva una distribución de riesgos entre las partes, las cuales suelen preverlos de conformidad con lo que es usual y ordinario y según su particular experiencia en el negocio de que se trate. Estos riesgos los

¹⁶¹ Tribunal de Arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá. Octubre 21 de 2004. Árbitros: Jorge Suescún Melo, María Cristina Morales de Barrios, Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Laudo. Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP, Octubre 21 de 2004

asumen los contratantes dentro del ámbito de libre estipulación que les ofrece el postulado de la autonomía de la voluntad. Por tanto, esos riesgos calculados, o que al menos han debido serlo, entran a formar parte de la ecuación financiera del contrato, esto es, de la ponderación que se hace, al momento de formarse el negocio jurídico, entre derechos, obligaciones y riesgos de cada uno de los contratantes. Esto significa que el contratista siempre tendrá a su cargo esos riesgos asumidos, de manera que el principio que aquí analizamos, de preservación del equilibrio financiero del contrato, no puede revelarlo o exonerarlo de las consecuencias derivadas de la cristalización de esos riesgos aceptados, pues de otra manera la ecuación se rompería en detrimento de la entidad pública. Por ende, el principio aludido no ha de interpretarse en el sentido de que el contratista no asume riesgo por la variación de las circunstancias imperantes al momento de la celebración del contrato.”

Este mismo rumbo de reflexión ha sido seguido en jurisprudencia muy reciente del Consejo de Estado, en la que se explicó:

“La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, mucho de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron.

En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de entender los riesgos que asumió.

Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública”, pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con limitaciones indicadas, por la entidad.

De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, solo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió.

En esta misma jurisprudencia se manifiesta que “... el contratista asumió riesgos adicionales a los que normalmente asume quien celebra el contrato de obra pública, lo cual significa que debe soportar los efectos nocivos derivados de hechos relacionados con los mismos, que hayan ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y no estén cobijados por la teoría de la imprevisión (...).

“... las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podrían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma o cubra los sobrecostos que hayan podido generar”.

*La anterior sentencia del Consejo de Estado tiene una especial relevancia, dado que, por una parte, establece que para el restablecimiento de la ecuación primigenia del contrato, **no es del caso ignorar los riesgos válidamente asumidos por las partes, toda vez que estos intervienen en la formación de dicha ecuación. Por tanto, cada contratante debe seguir soportando las secuelas adversas de las contingencias que libre y espontáneamente tomó a su cargo. De otra parte, la providencia en comento ensanchó el margen de maniobra de las partes para la distribución y asunción de riesgos, por cuanto admite que se pacte la asignación al contratista de contingencias que van más allá de las usuales, es decir, que, a diferencia de jurisprudencias precedentes, se permite la asunción de “riesgos adicionales a los denominados riesgos normales”, a condición de que el contratista convenga autónomamente en aceptarlos.***

Si lo anterior es lícito y vinculante para el beneficiario del principio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, esto es, para el contratista privado que asume riesgos mayores a los usuales, con mayor razón será obligatorio para la entidad pública que diseña y ofrece un esquema determinado de distribución de riesgos, reservándose algunos para sí, de manera que si las contingencias asociadas con ellos llegaren a acaecer, la entidad pública no puede pretender evadir las consecuencias de lo pactado, es decir, no le es permitido trasladarse, en todo ni en parte, a su co-contratante las consecuencias económicas de las vicisitudes por las que se obligó a responder.” (subrayado y resaltado fuera de texto)

El documento CONPES 3107 DE 2001 establece con relación al riesgo de adquisición de predios:

“Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que esta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de predios.”

La justicia arbitral con relación a la adquisición de predios se ha pronunciado en el siguiente sentido¹⁶²:

“En este entendimiento, debe considerarse que la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de un proyecto de infraestructura comprende o refiere una serie de actividades u obligaciones que de manera concatenada se encaminan a garantizar la disponibilidad oportuna de dichos terrenos. Se trata, de una parte, de las distintas actividades que conciernen a la denominada gestión predial, en el marco de la cual se identifican los predios requeridos, se elaboran las fichas y planos prediales, se realizan los estudios de títulos y los avalúos correspondientes, se adelanta la negociación directa con los propietarios y se presentan las ofertas de compra o se tramitan los distintos procedimientos necesarios para concretar la expropiación por vía administrativa o judicial, entre otras actuaciones no menos importantes, hasta lograr la entrega material del inmueble y su adecuado registro a nombre de la unidad pública contratante (art. 31, Ley 105 de 1993).”

“Aunado a lo anterior, hay que entender también que uno de los aspectos definitivos de la adquisición predial es lo atinente al costo o importe de los terrenos, pues todo lo que tiene que ver con la valoración y el pago del precio constituye factor determinante para garantizar la puesta a disposición de los predios con destino a la obra concesionada.

Este panorama da cuenta del alcance y el objeto de la adquisición predial, y, además, deja en evidencia que en el delante de dicha labor pueden presentarse diversas vicisitudes o contingencias con la virtualidad de alterar el contenido de las prestaciones previstas por las partes en esta materia. Es aquí donde toma relevancia el riesgo de adquisición de predios, el cual está asociado precisamente a las situaciones sobrevinientes que devienen durante la ejecución del contrato en relación con la denominada gestión predial o con el costo de los terrenos, y que a la postre repercuten en el desarrollo de la obra a no disponerse oportunamente de los predios requeridos para la ejecución de las actividades constructivas.

¹⁶² Tribunal de Arbitramento, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 13 de enero de 2006. Laudo. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo, German Gómez Burgos. Demandante: Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. Demandado: Instituto Nacional de Concesiones INCO (Hoy ANI).

La doctrina se ha referido a este tipo de riesgo indicando que el mismo está ligado, de un lado, a "... los costes adicionales derivados de la puesta a disposición de los terrenos necesarios para la ejecución de la obra concedida" y, de otra parte, a "... la generación de imprevistos en la gestión, adquisición o expropiación de los predios". Estas acotaciones explican de manera diáfana los motivos que puedan dar lugar a la concreción del riesgo de adquisición de predios, identificando con precisión que este riesgo se materializa por el incremento del costo o valor de los terrenos en consideración al estimado inicialmente o por las vicisitudes que puedan acaecer durante el desarrollo de las distintas actividades que conciernen a la denominada gestión predial.

(...)

A la par de lo anterior, debe hacerse mención de la denominada mayor afectación predial, circunstancia que atañe a la mayor área requerida para la ejecución del respectivo proyecto, en relación con la estimación predial que se tenía presupuestada al inicio de la concesión. **Claramente, esta situación genera un impacto en el desarrollo del contrato, como quiera que supone la necesidad de proveer recursos adicionales que permitan cubrir estos nuevos requerimientos de orden predial, de ahí que deba valorarse como parte del riesgo correspondiente al incremento en el costo o en el valor de los predios.**

En este orden de ideas, **puede concluirse que el denominado riesgo de adquisición de predios se concreta o tiene lugar en dos supuestos en específico, los cuales enmarcan, a su vez, las distintas vicisitudes que pueden presentarse a este respecto: primero, por el costo adicional o el incremento en el valor de los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto, incluyendo los eventos en que se presenta una mayor afectación predial –según quedó visto- y, segundo, por el acaecimiento de contingencias que alteren los procedimientos, tramites o actividades que atañen a la gestión predial.**

(...)

Entendiendo esta metodología, vale la pena hacer referencia inicialmente al documento CONPES 3017 de 2001, en el que se dice en relación con el riesgo predial:

"Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de los predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que esta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de predios." (se subraya) (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De esta forma, es claro que la asignación del riesgo por demoras en la disponibilidad predial derivados de las actividades de gestión predial se le asignó tanto al Concesionario como a la Entidad Estatal, siendo el efecto un mayor plazo y que el Concesionario es el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras. Sin embargo, cuando se agote la etapa de la enajenación voluntaria por razones no imputables al concesionario y no sea posible culminar el proceso de adquisición, será responsabilidad de la ANI dar inicio y llevar a su culminación en el proceso de expropiación de acuerdo a la cláusula 21 del contrato de concesión 0377 de 2002 y su otrosí modificatorio del 3 de abril de 2008. Y, conforme a la jurisprudencia transcrita, cada parte debe soportar las secuelas adversas de las contingencias que aceptó.

6. OBLIGACIONES DE LAS PARTES RELACIONADAS CON LA ADQUISICION DE PREDIOS DENTRO DE LA GESTION PREDIAL

De acuerdo con las cláusulas del contrato, sus otrosíes y documentos modificatorios, entiende el Tribunal que la gestión predial es el conjunto de obligaciones y deberes que adquirieron las partes relacionadas principalmente con la **adquisición** de predios para el proyecto de concesión.

6.1. Obligaciones del Concesionario en materia predial según el contrato de concesión 0377 de 2002:

En relación con las obligaciones generales del Concesionario en materia predial, la cláusula 21.3. del Contrato de Concesión señala las siguientes obligaciones para el Concesionario: i) establecer en el “Contrato de Fiducia” que la “Cuenta de Predios” **debía girar los valores correspondientes a los pagos derivados de la gestión predial a los beneficiarios señalados por la Entidad a través de su Representante Legal, el Subdirector de Medio Ambiente de la entidad o el funcionario de legado por la misma Entidad**¹⁶³ (cláusula 21.3.1.)¹⁶⁴; es importante resaltar que en el Contrato de

¹⁶³ Esta obligación se reitera en la cláusula 21.4.1., ii) a) del Contrato, que establece para la Entidad la obligación de autorizar al Concesionario para que ordene los respectivos pagos a la Fiducia; y en la cláusula 21.4.2. que señala que en la etapa de operación, para los alcances condicionados, se aplicaría el mismo procedimiento arriba señalado.

¹⁶⁴ Cláusula 21.3.1. del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002: (...) “Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 21.6 de este Contrato todos los pagos relacionados con la adquisición de predios para el Proyecto se harán con cargo a la Cuenta de Predios del Fideicomiso, **el Concesionario se obliga a establecer en el Contrato de Fiducia respectivo que dicha Cuenta de Predios deberá girar los valores correspondientes para realizar dichos pagos a los beneficiarios señalados por el INVIAS, a**

Fiducia esta obligación no se estableció en los mismos términos definidos en la mencionada cláusula 21.3.1. A este respecto, en relación con las órdenes de pago, en el Contrato de Fiducia, cláusula 8, numeral 1, obligaciones de la fiduciaria, se dispone:

"Efectuar, con cargo a los recursos existentes en el patrimonio autónomo y hasta concurrencia de los mismos, los pagos correspondientes al objeto del presente contrato y al del CONTRATO DE CONCESIÓN. Las órdenes de pago se diligenciarán de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto acuerden LA FIDUCIARIA y el FIDEICOMITENTE. Las órdenes de pago, incluidas las de los contratos de servicio y demás contratos, serán expresadas en valores brutos y se pagarán por LA FIDUCIARIA, de acuerdo con la Ley, de realizar las retenciones y descuentos de ley a que haya lugar, así como de efectuar las consignaciones y declaraciones correspondientes. El ordenador del gasto será el representante legal del CONSORCIO ..., o el tercero que éste designe, quienes deberán tener su firma registrada en la FIDUCIARIA. La orden de pago deberá contener nombre y apellidos completos del (los) beneficiario(s) del pago o razón social, documento de identificación, la suma a pagar y la fecha en que deberá realizarse el pago. Los pagos se realizarán de acuerdo con las instrucciones impartidas por el FIDEICOMITENTE, siempre que existan fondos suficientes en el Fideicomiso o la cuenta respectiva. La orden de pago deberá entregarse a LA FIDUCIARIA a más tardar a las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del día en que deba realizarse el pago, con el fin de que ésta pueda atender oportunamente la orden impartida por el ordenador del gasto en los términos y condiciones estipulados en la presente cláusula". (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, el fideicomitente y la fiducia debían acordar un procedimiento para el diligenciamiento de las órdenes de pago. (...) *"Los pagos se realizarán de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Fideicomitente, siempre que existan los fondos suficientes en el Fideicomiso o la cuenta respectiva"*. (...). Esta situación, si bien genera una contradicción entre el Contrato de Concesión y el de Fiducia, por disposición de Cláusula 27¹⁶⁵ del contrato de concesión, que establece que el contrato de fiducia es accesorio al contrato de concesión y no puede contradecir

través de su representante legal, del Subdirector de Medio Ambiente del INVIAS o del funcionario que INVIAS designe por escrito, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la orden que en este sentido le dé el CONCESIONARIO a la Fiduciaria, previa orden del INVIAS. Lo anterior no incluye los pagos relacionados con la gestión social del Proyecto relacionada con la adquisición de los predios. Estos pagos deberán hacerse con cargo a la Cuenta de Gestión Social, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 24 de este contrato".

¹⁶⁵ Inciso segundo de la Cláusula 27 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 establece: (...) "El Contrato de Fiducia mediante el cual se constituye el Fideicomiso será accesorio al Contrato y no podrá contradecir los Pliegos ni el Contrato, ni sus respectivos anexos. En el evento que exista contradicción entre el Contrato de Fiducia y el presente Contrato o los documentos integrantes del mismo, prevalecerá este contrato sobre aquel. Cualquier modificación que se acuerde al Contrato de Fiducia, deberá ser informada por escrito en el término de tres (3) días hábiles por el CONCESIONARIO al INVIAS. El CONCESIONARIO será responsable por la modificación de las condiciones mínimas exigidas para el Contrato de Fiducia en este Contrato y la ley".

los pliegos ni el contrato y en caso de contradicción prevalece éste, la orden de pago la debía dar el concesionario previa orden del INVIAS, luego de la cesión, la ANI.

Pero al parecer las partes hicieron caso omiso, pues no aparece probado que el Concesionario haya solicitado el aval de pago a la ANI, en el sentido de **gírar los valores correspondientes a los pagos derivados de la gestión predial a los beneficiarios señalados por la Entidad a través de su Representante Legal, el Subdirector de Medio Ambiente de la entidad o el funcionario delegado por la misma Entidad.** pues de haber sido así no se hubiera generado esta controversia; la entidad Contratante hubiera tenido pleno control de la gestión predial y el Concesionario se hubiera visto obligado a entregar toda la información, de tal forma que no hubiera cuestionamiento alguno posterior al pago sobre el cumplimiento total de sus obligaciones, lo que efectivamente no sucedió como se entrará a examinar. “Aparentemente” dice el Tribunal, pues a folios no obran todas las modificaciones al contrato de fiducia, por tanto, de los documentos aportados no aparece que se haya incluido tal estipulación y de acuerdo a lo que deduce el Tribunal, todos los pagos a los beneficiarios ya se hicieron, sin que conste que la Entidad haya señalado los beneficiarios previamente a su pago y les hubiera dado a todos su aval.

Continuando con las obligaciones del Concesionario, a su cargo también tenía: recibir los predios de los Propietarios en el estado en que se encuentren salvo invasiones o afectaciones sobre su disponibilidad, y en la medida en que los fuera recibiendo cercar los predios, reponer los accesos a los mismos y las mejoras para el uso y explotación de los predios aledaños (cláusula 21.3.2. del contrato de concesión); asumir la responsabilidad por el cuidado y vigilancia de los predios recibidos, evitando invasiones, ocupaciones u otro tipo de afectaciones y/o tramitar ante las autoridades competentes el desalojo y restitución de los bienes e informar a la Entidad contratante sobre dichas afectaciones, ocupaciones o invasiones y las medidas tomadas para contrarrestarlas (cláusula 21.3.3. del contrato de concesión); en el evento de no lograrse la negociación voluntaria directa – previo cumplimiento de los gestiones legales y contractuales a su cargo -, notificar a la Entidad sobre el fracaso de las negociaciones y de la necesidad de acudir a los procesos de expropiación por vía administrativa o judicial de acuerdo con las normas vigentes. Esta notificación debía realizarse en los términos de la cláusula 21.6.2. (Cláusula 21.3.4. del contrato de concesión).

Finalmente, en cuanto al manejo de los recursos del contrato y en particular el manejo y fondeo de las “Cuentas de Predios” el contrato de concesión dispone: i) el manejo de los recursos del Proyecto se

hará a través de un Fideicomiso, para lo cual el Concesionario debía celebrar el respectivo “Contrato de Fiducia”. En términos generales, dicho Contrato de Fiducia se entiende accesorio al contrato de concesión y en consecuencia no podía, ni puede, contradecir el contrato de concesión o sus anexos y en caso de existir contradicción prevalecerá el contrato de concesión. De esta obligación se derivan unas obligaciones específicas para las partes en cuanto a la elaboración y gestión de dicho “Contrato de Fiducia” contenidas en la cláusula 27 del contrato de concesión; ii) derivado de lo anterior el “Contrato de Fiducia”, por disposición expresa del contrato de concesión, debía contener unas cláusulas o estipulaciones mínimas señaladas en la aludida cláusula 27; iii) en relación con la “Cuenta de Predios”, la cláusula 27.3. establece las condiciones generales para su manejo y fondeo. (Cláusulas 21.7. y 27.3.)

6.2. Obligaciones de la Entidad en materia predial según el contrato de concesión 0377 de 2002:

6.2.1. Las obligaciones especiales del INVIAS luego de la cesión la ANI, en materia predial están contempladas en la cláusula 21.4., que en términos generales le asignó a la Entidad las siguientes obligaciones especiales en materia predial: i) fondear la Cuenta de Predios en la proporción que le correspondía; ii) elaborar (contratar la elaboración) los “Avalúos Comerciales” prediales de los predios requeridos para la realización de las obras, de acuerdo con las particularidades y tiempos de cada etapa del proyecto. Mediante Otrosí No. 3 del 9 de julio de 2004 esta obligación fue trasladada al Concesionario, quien en adelante quedo a cargo de la elaboración y obtención de los avalúos comerciales requeridos; iii) entregar al Concesionario los “Avalúos Comerciales” debidamente revisados y aprobados; iv) suscribir las escrituras de compraventa de los predios y/o los contratos a que haya lugar con los Propietarios y autorizar al Concesionario para hacer los pagos con cargo a la “Cuenta de Predios”; v) iniciar y adelantar el proceso de expropiación por vía administrativa o judicial, de acuerdo con los procedimientos legales vigentes y; vi) colaborar con el Concesionario en la ejecución del “Plan de Gestión Social (PGS)”

6.2.2. En cuanto a las obligaciones generales en material predial el INVIAS tenía a su cargo: i) entregar al Concesionario antes del vencimiento del plazo previsto para cumplir con sus obligaciones en material predial, una certificación en la que conste: los predios respecto de los cuales la Entidad haya suscrito escrituras de compraventa de predios y/o de los predios respecto de los cuales se haya iniciado proceso de expropiación (cláusulas 21.5.1., 21.6.1. y 21.2.1.); ii) coordinar con los Propietarios

la entrega de los predios para lo cual debía notificarles la fecha de la entrega del predio, de acuerdo con el procedimiento contractual previsto (cláusula 21.5.2.)

6.3. Modificaciones a las obligaciones de las partes en material predial:

Según se desprende de los documentos modificatorios al Contrato original, las obligaciones de la gestión predial fueron reasignadas y modificadas durante la ejecución del proyecto en varias ocasiones, principalmente, según se indica en las consideraciones de los respectivos documentos modificatorios, con el objeto de hacer más ágil y eficiente esta gestión o bien para ajustarla a modificaciones relacionadas con el alcance del proyecto mismo. Al respecto, para una mayor claridad, a continuación, se resumen las principales modificaciones relacionadas con la gestión predial:

6.3.1. Otrosí No. 3 del 9 de julio de 2004: Según se indicó líneas arriba, mediante este Otrosí No. 3 las partes acordaron que la obligación de contratar y elaborar los avalúos de los Predios a adquirir sería asumida por Concesionario, quien en adelante quedó a cargo de esta gestión.

6.3.2. Documento final de ajuste de cláusulas del contrato de concesión del 29 de septiembre de 2005: Teniendo en cuenta que las partes adoptaron el “Alcance Definitivo” que reemplazó en su totalidad el “Alcance básico” y el “Alcance Condicionado”, el Concesionario se comprometió a partir de la fecha de firma del documento modificatorio, a adelantar toda la gestión predial correspondiente “en los términos previstos contractualmente”, para todos los Trayectos correspondientes al mencionado “Alcance Definitivo”. (Parágrafo tercero, cláusula segunda del documento modificatorio del 29 de septiembre de 2005).

6.3.3. Documento modificatorio del contrato del 27 de enero de 2006: en la cláusula quinta¹⁶⁶ de este documento se delegó al Concesionario la gestión predial necesaria para el desarrollo de las obras objeto de dicha modificación (trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón- Tunja y la Ye – Tibasosa – Sogamoso), en los mismos términos en que se encuentra pactada en el contrato de concesión.

6.3.4. Otrosí modificatorio al contrato de concesión 0377 de 2002 con relación al esquema de adquisición de predios en desarrollo del proyecto vial BRICEÑO TUNJA SOGAMOSO del 3 de

¹⁶⁶ “**QUINTA. - GESTIÓN PREDIAL.** El INCO delega al CONCESIONARIO la gestión predial necesaria para dar lugar a la obtención de los predios requeridos para el desarrollo de las obras contempladas en la cláusula primera de este documento, lo anterior en los mismos términos en que esta delegación se encuentra pactada en el contrato de concesión 0377/2002 y sus anexos y modificaciones.”

abril de 2008¹⁶⁷: Este documento es mencionado en el escrito presentado por **CSS** el 24 de abril de 2017 que descubre las excepciones presentadas por la ANI¹⁶⁸ y también por el informe del interventor IBTS-1044-18 del 26 de febrero de 2018, documento éste último aportado por la ANI mediante documento del 28 de febrero de 2018. Según se detallará a continuación, por medio de este OTROSI las partes acordaron modificar el esquema de obligaciones del procedimiento de adquisición de predios y teniendo en cuenta la controversia suscitada con relación al cumplimiento de la ANI y del Concesionario de las obligaciones a su cargo respecto de la gestión predial, se ha considerado de importancia este **OTROSI del 3 de abril de 2008**, por lo que a continuación se transcriben las principales consideraciones que llevaron a su firma y perfeccionamiento, para entender la motivación que llevo a las partes a esta modificación y las obligaciones que cada una adquirió con relación a esta gestión predial:

"I. CONSIDERACIONES.

"5.- Que ante la necesidad de dar un adecuado avance a la ejecución del contrato, mediante otrosi No. 3 del 9 de julio de 2004 al contrato de concesión No. 0377 de 2002, el INCO y el CONCESIONARIO acordaron que "... el Concesionario asuma las actividades consistentes en la elaboración y la obtención de los avalúos comerciales de que trata el literal a) del numeral 21.4.1. (i) de la cláusula 21 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, las cuales estarán sujetas al cronograma de priorización de obras y al Plan Maestro de Inversiones que será convenido entre las partes según lo previsto en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato adicional No. 1 del 7 de agosto de 2003-,

*6.- Que a pesar de la modificación establecida en el otrosi No. 3 de 9 de julio de 2004. y no obstante los esfuerzos para agilizar la adquisición predial, la actual distribución de obligaciones establecida en la cláusula 21 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, dificulta de forma considerable el procedimiento para ambas partes, al generar una evidente duplicidad de funciones que hace cada vez más engorrosa la culminación de cada trámite si se tiene en cuenta; de una parte, la cantidad de predios en proceso de adquisición en relación con la cantidad de documentos que deben tramitarse individualmente para cada predio; y de otra, que cada proyecto de documento es objeto de revisión legal y técnica por el CONCESIONARIO previo a su remisión a INCO y al llegar a la entidad debe ser revisado nuevamente para su aprobación y suscripción por parte del funcionario delegado para el efecto, y en este sentido **el esquema de asunción conjunta de responsabilidades de ejecución predial impide lograr la agilidad necesaria para la adquisición de los predios requeridos, lo que genera consecuencias negativas tanto para la eficiente adquisición***

¹⁶⁷ Otrosí modificatorio al contrato de concesión 0377 de 2002 del 3 de abril de 2008 suscrito entre el INVIAS y el Concesionario. Tomado de la página del Secop I: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-156465>

¹⁶⁸ CSS CONSTRUCTORES S.A. Escrito que descubre las excepciones presentadas por la ANI, 24 de abril de 2017. P. 15 y 16

de predios por parte del CONCESIONARIO como para el ejercicio del debido control y vigilancia de la gestión por parte del INCO.

7.- Que para precaver eventuales riesgos de parálisis en la ejecución de las obras por causa de la adquisición predial, las partes consideran necesario hacer las modificaciones a que haya lugar dentro del esquema de obligaciones y procedimientos establecidos en la cláusula 21 del contrato, **que permita simplificar los trámites administrativos en materia de adquisición predial, garantizando a su vez el control y vigilancia por parte de la entidad**, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa, la adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por concesión.

(...)

10.- Que el artículo 34 de la ley 105 de 1993 establece ·En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. **Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.**

11.- Que **por las anteriores razones las partes acuerdan suscribir el presente Otrosí al contrato de concesión No. 0377 suscrito entre las partes el 15 de julio de 2002, el cual se rige por las siguientes Cláusulas:**

(...)

II. CLAUSULAS.

PRIMERA: OBJETO. - Las partes acuerdan modificar el esquema de obligaciones y el procedimiento de adquisición de predios establecido en la cláusula 21 del contrato de concesión No. 0377 de 2002 para el proyecto Briceño - Tunja - Sogamoso, con el ánimo de agilizar su ejecución y establecer, a su vez, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial, en armonía con el

Ordenamiento jurídico que regula la función administrativa, la adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por concesión.

SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. - El CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el alcance definitivo del Proyecto, y en desarrollo de dicha responsabilidad y en adición a las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 21 del contrato de concesión, deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación:

2.1 Teniendo en cuenta que el CONCESIONARIO tiene a su cargo la elaboración y obtención de las fichas prediales y estudios de títulos en los términos definidos contractualmente, será responsabilidad del CONCESIONARIO verificar que la información contenida en las fichas prediales corresponda a la realidad actualizada de cada inmueble, para lo cual adelantará la

verificación, actualización y validación de la información técnica, física, socio-económica y jurídica de todas y cada una de las fichas prediales de los predios requeridos para la ejecución del proyecto. En desarrollo del cumplimiento a esta obligación el CONCESIONARIO verificará que la identificación catastral del inmueble corresponda con el folio de matrícula inmobiliaria sobre el cual se adelanta la adquisición, a partir de lo cual establecerá el área a adquirir confrontando en todo caso la información técnica (áreas levantadas en terreno, información catastral, urbanismo, etc) con la obtenida en el estudio de títulos (folio de matrícula, escritura pública, etc.), **de tal forma que exista correlación en los documentos presentados (planos y fichas prediales y estudios de títulos)**. De no haber correlación, el CONCESIONARIO determinará, a partir de criterios adecuados y con base en la documentación disponible, la identificación del inmueble, sustentando dicha determinación a través de la elaboración de un informe técnico que será anexado a la carpeta contentiva de cada predio. Cuando se trate de un requerimiento total, en caso de diferencia de áreas entre el levantamiento predial, la información catastral y los títulos del inmueble que no sea posible conciliar, preferirá en un principio la menor área establecida, sin perjuicio de la posibilidad que se le otorgue al propietario de aclarar las áreas previo a la suscripción de la correspondiente escritura pública de transferencia del inmueble al INCO. Asimismo, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 9° de la ley 9' de 1989, el estudio de títulos abarcará, como mínimo un lapso de 20 años, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa, la adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por concesión.

En todo caso, **el CONCESIONARIO será el único responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir**; en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto.... Las áreas requeridas para diseños elaborados por el Concesionario, (b) aquellas áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de Planeación competentes, (e) aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que constará en las Actas correspondientes de los citados Comités.

2.2 Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos, y los documentos catastrales correspondientes, cuyo contenido de información debe ser coherente con las regulaciones y especificaciones contenidas en los Planes de Ordenamiento Territorial y los diseños definitivos con los cuales el CONCESIONARIO ejecuta las obras, éste deberá contratar la elaboración y obtener los Avalúos Comerciales prediales, de acuerdo con establecido en el Decreto 1420 de 1998 y la resolución reglamentaria 0762 de 1998 expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC),

y de ser necesario, adelantar las acciones de revisión e impugnación dentro de los términos establecidos en las normas señaladas o aquellas que las modifiquen, según el caso.

2.3 Asumirá el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el CONCESIONARIO deberá desarrollar con el propósito de asegurar, conforme el alcance de su competencia, la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el cronograma de priorización de obras. En desarrollo de esta obligación asumirá: (a) la suscripción y expedición de ofertas de compra y su correspondiente notificación, (b) el reconocimiento de factores socioeconómicos y aplicación de los mismos según lo previsto en el Manual de Gestión Socioambiental y Predial en los Proyectos Viales de Colombia del INVIAS del año 2000 y/o en la norma que a partir de la fecha de suscripción de este documento lo aclare, complemente o modifique - para lo cual no será necesario que el reconocimiento de estos factores sea incluido en el Avalúo Comercial-, (c) la suscripción de promesas de compraventa, (d) el recibo de predios, (e) la suscripción de edictos. (1) la suscripción de escrituras públicas, (9) la suscripción de todos los demás documentos necesarios para desarrollar, en los términos contractualmente acordados, la gestión predial durante el procedimiento de enajenación voluntaria.

En todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del INCO.

*Para tales efectos, el CONCESIONARIO deberá seguir los procedimientos establecidos en el artículo 61 la Ley 388 de 1997, la Ley 9 de 1989 y las demás normas aplicables o que las sustituyan o modifiquen, en consonancia con las actividades y programas contemplados en el POS -de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 24- especialmente en lo relacionado con los derechos reales susceptibles de adquisición. La forma de notificación inscripción de la oferta de compra, respecto a los tiempos para llegar a un acuerdo con enajenación con los titulares de los derechos susceptibles de adquisición, y en general con todos los términos y condiciones establecidos tanto en la ley 98 de 1989 como en la ley 388 de 1997, **asumiendo bajo su cuenta y riesgo las responsabilidades que con fundamento en el artículo 34 de la ley 105 de 1993 se le delegan para el efecto. En el evento en que el CONCESIONARIO decida pagar a los Propietarios una suma superior a la determinada por el Avalúo Comercial, con excepción de la debida aplicación de los factores socioeconómicos, lo hará bajo su propio costo y riesgo, y no tendrá derecho a reclamar compensación alguna al INCO.***

El CONCESIONARIO se asegurará, entre otros aspectos que los plazos pactados previamente con los propietarios en los contratos de promesa de compraventa y las escrituras de venta, permitan contar con la disponibilidad física de los predios para el momento en que el proyecto lo requiera. La entrega de los predios se efectuará mediante acta directamente suscrita por los enajenantes y el CONCESIONARIO, de la cual se enviará una copia al INCO.

2.4 El CONCESIONARIO deberá informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación para lo cual, reportará construcciones y mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio, (g)

número de escritura, y (h) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación deberán adjuntar los expedientes que contienen cada negociación, debidamente foliados y organizados individualmente de acuerdo con las directrices establecidas por la Oficina de Archivo y Correspondencia del INCO, **cada cual con un Informe final del título, en el que deje constancia de que el predio entregado al INCO, se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente la disponibilidad del inmueble.**

2.5 Si por razones ajenas a su voluntad el CONCESIONARIO, después de realizar todas las actividades de los numerales anteriores, no logra obtener los predios requeridos para la realización de las obras, informará por escrito al INCO de este hecho, para iniciar el proceso de expropiación por vía judicial y/o administrativa en los términos de la ley 9a de 1989, ley 388 de 1997 y C.P.C. o las normas que las sustituyan o modifiquen. Para tal efecto el CONCESIONARIO acompañará dicha comunicación de un informe justificado, en el que se consignen las razones por las cuales la adquisición de los predios relacionados debe ser hecha a través del mecanismo de la- expropiación, así como del correspondiente expediente que debe contener los antecedentes del procedimiento de enajenación voluntaria. Si el INCO, directamente, o por conducto de la INTERVENTORIA, acepta las razones señaladas por el CONCESIONARIO, a las cuales no se podrá oponer si el CONCESIONARIO demuestra que ha cumplido con las obligaciones mencionadas anteriormente, deberá adelantar el proceso de expropiación correspondiente.

Será responsabilidad del CONCESIONARIO velar por el cumplimiento cabal de los términos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para el agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria, ante la eventual necesidad de acudir a la vía de la expropiación para la culminación de procedimiento de adquisición predial.

2.6 Sin perjuicio de las obligaciones que en la materia corresponden al INCO, el CONCESIONARIO apoyará a la entidad en todas las actividades necesarias para que los procesos de expropiación se adelanten con la mayor celeridad, y en este sentido prestará el apoyo necesario en defensa de los intereses de la entidad. Los costos derivados de esta labor de apoyo serán sufragados con cargo a los recursos de la cuenta Predios del Fideicomiso.

2.7 Con periodicidad mensual, enviará un informe donde se consolide la información sobre predios requeridos, recibidos, en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente, mantendrá disponible para el INCO y/o la INTERVENTORIA toda la información necesaria para el ejercicio de la función de vigilancia y control de la gestión predial. Para estos efectos recibirá y mantendrá actualizada la base de datos que sea adoptada por INCO para hacer el seguimiento de gestión predial en concordancia con ésta, **mantendrá actualizado y disponible un plano de avance de la gestión predial, los cuales**

constituirán instrumentos adecuados de seguimiento a la gestión que efectuará INCO directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA

2.8 Asistirá a los comités que para el control y seguimiento de la gestión predial convoque el INCO directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, los cuales se establecerán en intervalos máximos de un mes, previo recibo de la información señalada anteriormente.

2.9 Dará respuesta en forma clara, veraz, precisa y dentro de los términos de ley, a las solicitudes que sobre el proceso de adquisición predial a su cargo realicen los propietarios y cualquier ciudadano en particular, remitiendo copia de la misma al INCO.

2.10 En general, es responsabilidad del CONCESIONARIO el cumplimiento de todas las obligaciones que en materia de adquisición predial le han sido impuestas a través de la cláusula 21 del contrato del contrato de concesión No. 0377 de 2002, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente OTROSI.

PARAGRAFO PRIMERO: **Los mayores costos prediales, en lo que a la gestión que adelanta el CONCESIONARIO hace referencia, generados en errores en la identificación del beneficiario de los pagos, de las áreas requeridas o cualquier pago realizado en exceso o sin consideración del riesgo que se generen por gravámenes o limitaciones que sean atribuibles únicamente al CONCESIONARIO, serán de su cargo y, en consecuencia, éste deberá reembolsar, si es del caso, a la Cuenta de Predios los recursos pagados por error o en exceso. Asimismo, los sobrecostos en la gestión que adelanta el CONCESIONARIO, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información para el reconocimiento de factores sociales, fichas prediales, avalúos comerciales, promesas de compraventa y escrituras públicas, serán asumidos por el CONCESIONARIO.** Para determinar la responsabilidad del CONCESIONARIO en estos casos, cuando existan controversias, se aplicarán los procedimientos definidos contractualmente.

PARAGRAFO SEGUNDO (...)

TERCERA: OBLIGACIONES DEL INCO. - Sin perjuicio de las responsabilidades del CONCESIONARIO en materia de gestión predial, será responsabilidad del INCO el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

3.1 El INCO brindará su apoyo para facilitar las estrategias y condiciones que correspondan, cuando se considere necesario para lograr la agilización del proceso de adquisición de predios.

3.2 Cuando agotada la etapa de enajenación voluntaria por razones no imputables al CONCESIONARIO, no sea posible culminar el proceso de adquisición, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el numeral 5 de la cláusula segunda del presente otrosí, será responsabilidad del INCO dar inicio y llevar hasta su culminación, el proceso de expropiación por vía administrativa o por vía judicial de acuerdo con lo establecido en la Ley 388 de 1997

y Ley 9 de 1989. En las reuniones de seguimiento predial, el Concesionario podrá realizar seguimientos a estos procesos.

3.3 A más tardar cada mes convocará, directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, los comités de gestión predial, en los que se verificará el avance de la gestión y se adelantará el estudio de casos específicos en los que el CONCESIONARIO requiera el apoyo del INCO.

3.4 Adicionalmente ejercerá el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el CONCESIONARIO mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que haya lugar para establecer la concordancia de las fichas prediales, fichas sociales, avalúos y en general de los productos reportados para pago a la cuenta de predios.

3.5 Sin perjuicio de las obligaciones que en la materia corresponden al CONCESIONARIO, previamente al recibo de los expedientes culminados, el INCO cotejará que cada carpeta contenga los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los procedimientos legales, y asimismo, ~ que el bien recibido se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y --c.; limitaciones que puedan afectar jurídicamente su disponibilidad.

3.6 En general, es responsabilidad del INCO el cumplimiento de las obligaciones que en materia de adquisición predial establece la cláusula 21 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente otrosí.

(...)

QUINTA: INDEMNIDAD. - El INCO y el CONCESIONARIO, de común acuerdo, reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Documento no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. En consecuencia, renuncian a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con estas modificaciones.” (negrilla y subrayado fuera de texto).

7. “ADQUISICION DE PREDIOS” EN EL CONTRATO DE CONCESION

De las obligaciones relacionadas con la gestión predial, asignadas a las partes en el contrato de concesión, sus otrosíes y modificatorios, se desprende que su objetivo principal es la “**adquisición**” de los predios requeridos para la ejecución de las actividades del proyecto; al respecto habrá de tenerse en cuenta que **por tratarse de un proyecto de utilidad pública y por ser una Entidad pública la titular de los predios adquiridos, la forma de adquirir el dominio de estos predios será la enajenación voluntaria y/o la expropiación administrativa**, de acuerdo con las normas que regulan la materia. Así, el Concesionario tiene la carga principal de la gestión y ejecución de las

actividades hasta la adquisición de los predios y la Entidad, directamente o a través de la Interventoría, está llamada a ejercer funciones de control y vigilancia sobre dicha gestión.

Ahora bien, la “adquisición” tiene gran relevancia para la controversia planteada porque es la acción que define la condición a la cual está sujeta la exigibilidad de la obligación a cargo de la entidad estatal, en este caso la ANI, de reembolsar los fondeos adicionales hechos por el Concesionario y a partir de ese momento se hace exigible la obligación de reembolso y se causan los intereses estipulados. Así las cosas, el Tribunal pasará a examinar qué se entiende por “adquisición” para efectos de determinar su significado y alcance en el marco del contrato de concesión, sus otrosíes y modificatorios y la ley. Iniciando por una revisión de las cláusulas del contrato y continuando con el análisis de la legislación sobre la materia.

La “adquisición de predios” como tal, no está definida en el contrato de concesión ni en sus modificatorios ni otrosíes, pero es el objetivo principal de la gestión predial, como por ejemplo se evidencia en el mencionado Otrosí del 3 de Abril de 2008, que en su cláusula primera señala que el Concesionario: (...) **“será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el alcance definitivo del Proyecto, y en desarrollo de dicha responsabilidad y en adición a las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 21 del contrato de concesión, deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación:”** (...) (Se resalta).

En el Contrato de concesión en su Cláusula Primera se estipuló que para la adecuada interpretación del contrato, se tendrían en cuenta las definiciones allí atribuidas y a los “términos” no definidos, se les debe conferir el lenguaje técnico respectivo o su sentido natural y obvio de conformidad con su uso general:

“Para la adecuada interpretación de este Contrato, los términos que aparezcan en mayúsculas iniciales y negrillas tendrán el significado que se les atribuye a continuación, en plural o singular, salvo que en otras partes del Contrato se les atribuya expresamente un significado distinto. Los términos que no sean expresamente definidos, deberán interpretarse, de acuerdo con el sentido que les confiera el lenguaje técnico respectivo o en su defecto según lo previsto

en el artículo 29¹⁶⁹ del Código Civil de acuerdo con su significado y sentido naturales y obvios de conformidad con su uso general.”

Para el caso concreto ni el término “adquirir” o “adquisición” ni su alcance, están definidos en el contrato, sus otrosíes o documentos modificatorios. En términos generales, “adquirir”¹⁷⁰ el dominio (propiedad) sobre un bien no es un concepto oscuro o indefinido en la ley, sino que por el contrario, la adquisición de dominio está contemplada en el ordenamiento constitucional y legal en Colombia; es así que el Código Civil establece las normas relativas a la tradición de bienes inmuebles, según se transcribe a continuación:

*“Artículo 740: **“La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.***

*Artículo 745: **Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. (...)***

*Artículo 756: **“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos”.***

“De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca”.

*Artículo 759: **“Los títulos traslativos de dominio que deben registrarse, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el título Del registro de instrumentos públicos”.***

En concordancia con las normas transcritas, la ley 1579 de 2012, por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones, dispone:

¹⁶⁹ Artículo 29 del Código Civil: *“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.*

¹⁷⁰ **Adquirir:** 1. tr. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria; 2. tr. comprar (ll obtener por un precio); 3. tr. Coger, lograr o conseguir; 4. tr. Der. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción. *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=0pezGAd>

Artículo 1°. Naturaleza del registro. El registro de la propiedad inmueble es un servicio público prestado por el Estado por funcionarios denominados Registradores de Instrumentos Públicos, en la forma aquí establecida y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

Artículo 2°. Objetivos. El registro de la propiedad inmueble tiene como objetivos básicos los siguientes:

a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil;

b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;

c) Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.

Por su parte el Código de Comercio señala:

Artículo 922.-La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa. (Nota: Este inciso 1° fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 57 del 6 de agosto de 1985. Exp. 1295. Sala Plena.).

Parágrafo. -De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades.

Por tratarse de un contrato estatal de concesión y un proyecto de infraestructura vial, deberán tenerse en cuenta también, las normas especiales que regulan la materia en lo que a la adquisición de inmuebles en proyectos de infraestructura se refiere. En términos generales y según se detallará a continuación, la Nación puede adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en la ley, dentro de las que se incluye la ejecución de proyectos de infraestructura vial. Al respecto el artículo 11 - modificado por la Ley 388 de 1997, artículo 59-, señala:

“Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas

industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades”. (Se resalta).

En cuanto a la utilidad pública o interés social para la adquisición y/o expropiación de los inmuebles, el artículo 9 de la Ley 9 de 1989, dispone que:

“El presente Capítulo tiene como objetivo establecer instrumentos para la adquisición y expropiación de inmuebles en desarrollo de los propósitos enunciados en el siguiente artículo de la presente ley”.

“Será susceptible de adquisición o expropiación tanto el pleno derecho de dominio y sus elementos constitutivos como los demás derechos reales”.

El artículo 10 declara de utilidad pública o interés social la **adquisición de inmuebles** destinados entre otros asuntos, a la ejecución de proyectos de infraestructura vial:

“Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:”

(...)

“e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo;” (resaltado y subrayado fuera de texto).

El artículo 19 de la ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, definió como motivo de utilidad pública e interés social, la ejecución o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte:

“Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política”. (resaltado y subrayado fuera de texto)

Y al referirse a la forma de adquirir el bien cuando hay un acuerdo entre las partes, el artículo 14 de la mencionada Ley 9, establece:

“Si hubiere acuerdo respecto del precio y de las demás condiciones de la oferta con el propietario, se celebrará un contrato de promesa de compraventa, o de compraventa, según el caso. A la promesa de compraventa y a la escritura de compraventa se acompañarán un folio de matrícula inmobiliaria actualizado.”

*“Inciso 2º¹⁷¹. **Otorgada la escritura pública de compraventa, ésta se inscribirá con prelación sobre cualquier otra inscripción solicitada, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, previa cancelación de la inscripción a la cual se refiere el artículo 13 de la presente Ley.**” (Resaltado fuera de texto)*

*“Inciso 3º¹⁷². **Realizada la entrega real y material del inmueble a la entidad adquirente, el pago del precio se efectuará en los términos previstos en el contrato. El cumplimiento de la obligación de transferir el dominio se acreditará mediante copia de la escritura pública de compraventa debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria en el cual conste que se ha perfeccionado la enajenación del inmueble, libre de todo gravamen o condición, sin perjuicio de que la entidad adquirente se subroge en la hipoteca existente.**” (Resaltado y subrayado fuera de texto).*

En este punto es pertinente señalar también la ley 105 de 1993, que en su artículo 34 señala:

*“Adquisiciones de Predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. **Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.**” (...) ¹⁷³(resaltado y subrayado fuera de texto).*

Reglamentado por el Decreto 602 de 2017, Artículo 19:

“Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el

¹⁷¹ Inciso modificado por la Ley 3 de 1991, artículo 34

¹⁷² Inciso modificado por la Ley 3 de 1991, artículo 34

¹⁷³ El Artículo 12 de la Ley 1682 de 2013: *“En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:” (...) “Saneamiento automático. Es un efecto legal que opera por ministerio de la ley exclusivamente a favor del Estado, cuando este adelanta procesos de adquisición de bienes inmuebles, por los motivos de utilidad pública consagrados en la ley para proyectos de infraestructura de transporte. En virtud de tal efecto legal, el Estado adquiere el pleno dominio de la propiedad del inmueble quedando resueltas a su favor todas las disputas o litigios relativos a la propiedad”.*

“Lo anterior, sin perjuicio de los conflictos que puedan existir entre terceros sobre el inmueble, los cuales se resolverán a través de las diferentes formas de resolución de conflictos, sin que puedan ser oponibles al Estado”.

desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política". (resaltado y subrayado fuera de texto).

En cuanto a los procesos de enajenación voluntaria y expropiación, el artículo 13 de la ley 9 de 1989 establece que:

"Corresponderá al representante legal de la entidad adquirente, previa las autorizaciones estatutarias o legales respectivas expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa. El oficio contendrá la oferta de compra, la transcripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble, y el precio base de la negociación. Al oficio se anexará la certificación de que trata el artículo anterior. Este oficio no será susceptible de recurso o acción contencioso administrativa".

Téngase en cuenta que en las concesiones de tercera generación como la presente, ya se delegaba esta gestión predial en concordancia con lo dispuesto en el CONPES 3107 de abril 3 de 2.001:

"Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que esta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de predios."

De acuerdo con el ya mencionado artículo 34 de la ley 105 de 1993 y las cláusulas del contrato, sus otrosíes y demás documentos modificatorios, se observa que la mencionada gestión predial estaba a cargo del Concesionario; si bien al principio la Entidad tenía a su cargo la contratación de la elaboración de los avalúos y la coordinación del recibo de los predios, con el Otrosí del **3 de abril de 2008** las partes acordaron que el Concesionario: asumiría el proceso de enajenación voluntaria, incluyendo la suscripción de escrituras y *"todos los demás documentos necesarios para desarrollar, en los términos contractualmente acordados, la gestión predial durante el procedimiento de enajenación voluntaria"* (Cláusula primera del otrosí del 3 de abril de 2008).

Ha resaltado el Tribunal las normas en donde queda claramente establecido que es una cuestión **de utilidad pública o interés social** la adquisición de inmuebles para destinarlos, entre otros, a la

“Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo; ”.

Adicionalmente, la ley es clara que en caso de delegación de la gestión predial al Concesionario, las obligaciones que adquiere son de resultado y no de medio, es decir los inmuebles deben adquirirse a nombre de la entidad pública y debe acreditarse con el certificado de libertad en donde debe figurar como titular del dominio, libre de todo gravamen o condición, sin perjuicio de que la entidad adquirente se subroga en la hipoteca existente.

Corroborando lo dicho, las obligaciones que quedaron a cargo del Concesionario, en la misma cláusula primera del Otrosí del 3 de abril de 2008, que estableció:

(...)

“En todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del INCO.”

“Para tales efectos, el CONCESIONARIO deberá seguir los procedimientos establecidos en el artículo 61 de la Ley 388 de 1997, la Ley 9 de 1989 y las demás normas aplicables o que las sustituyan o modifiquen, en consonancia con las actividades y programas contemplados en el POS -de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 24- especialmente en lo relacionado con los derechos reales susceptibles de adquisición. La forma de notificación inscripción de la oferta de compra, respecto a los tiempos para llegar a un acuerdo con enajenación con los titulares de los derechos susceptibles de adquisición, y en general con todos los términos y condiciones establecidos tanto en la ley 98 de 1989 como en la ley 388 de 1997, asumiendo bajo su cuenta y riesgo las responsabilidades que con fundamento en el artículo 34 de la ley 105 de 1993 se le delegan para el efecto”.

(...)

“2.5 Si por razones ajenas a su voluntad el CONCESIONARIO, después de realizar todas las actividades de los numerales anteriores, no logra obtener los predios requeridos para la realización de las obras, informará por escrito al INCO de este hecho, para iniciar el proceso de expropiación por vía judicial y/o administrativa en los términos de la ley 9a de 1989, ley 388 de 1997 y C.P.C. o las normas que las sustituyan o modifiquen. Para tal efecto el CONCESIONARIO acompañará dicha comunicación de un informe justificado, en el que se consignen las razones por las cuales la adquisición de los predios relacionados debe ser hecha a través del mecanismo de la- expropiación, así como del correspondiente expediente que debe contener los antecedentes del procedimiento de enajenación voluntaria. Si el INCO, directamente, o por conducto de la INTERVENTORIA, acepta las razones señaladas por el CONCESIONARIO, a las cuales no se podrá oponer si el CONCESIONARIO demuestra que

ha cumplido con las obligaciones mencionadas anteriormente, deberá adelantar el proceso de expropiación correspondiente.”

“Será responsabilidad del CONCESIONARIO velar por el cumplimiento cabal de los términos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para el agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria, ante la eventual necesidad de acudir a la vía de la expropiación para la culminación de procedimiento de adquisición predial.”

“2.6 Sin perjuicio de las obligaciones que en la materia corresponden al INCO, el CONCESIONARIO apoyará a la entidad en todas las actividades necesarias para que los procesos de expropiación se adelanten con la mayor celeridad, y en este sentido prestará el apoyo necesario en defensa de los intereses de la entidad. Los costos derivados de esta labor de apoyo serán sufragados con cargo a los recursos de la cuenta Predios del Fideicomiso.”

Así las cosas, en lo que se refiere a la adquisición de los bienes inmuebles las leyes especiales aplicables entre otros proyectos a los de infraestructura, no modifican las normas que para la adquisición de bienes inmuebles señalan claramente cómo se adquiere el derecho real de dominio, esto es que la tradición se perfecciona únicamente con la escritura pública de compraventa debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

Valga la pena hacer mención en este punto a un pronunciamiento reciente de un Tribunal arbitral¹⁷⁴ al referirse a la expresión “adquirido” en materia predial, en los siguientes términos: *“De conformidad con el artículo 756 del Código Civil “ la tradición de dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos” **por lo que es claro, que en estricto derecho un predio es adquirido cuando quiera que el mismo ha sido transferido por la inscripción del título respectivo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos**”*.(Resaltado fuera de texto).

Con el acervo probatorio no puede el Tribunal determinar cuándo se adquirió el último predio del alcance definitivo, ni obra certificado de libertad alguno que se haya aportado por las partes, ni se hace mención alguna al último predio adquirido, ni prueba de la entrega de la totalidad de los expedientes de todos los predios. Tampoco puede determinar que se hayan adquirido todos los predios, ni el por qué aún no se ha hecho, ni las causas, ni a qué parte se imputan estas. Por ejemplo,

¹⁷⁴ Tribunal de Arbitramento, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 13 de enero de 2006. Laudo. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Gabriel Jaime Arango Restrepo, German Gómez Burgos. Demandante: Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. Demandado: Instituto Nacional de Concesiones INCO (Hoy ANI).

revisando la Comunicación 695-35 de fecha junio 4 de 2012 ¹⁷⁵aportada con la reforma de la demanda, se adjuntó el informe donde se consolida la información sobre predios requeridos, recibidos en proceso de adquisición y con negociación terminada con corte a mayo de 2012, en donde se constata que nada de lo anterior se puede determinar con exactitud.

Ahora bien, con relación a la siguiente excepción de mérito propuesta por la ANI:

“LA ANI NO CUENTA CON LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA RECONOCER EL CAPITAL DE LOS PREDIOS ADQUIRIDOS HASTA LA FECHA (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO) EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 21.2.1 NUMERAL IV.

Dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario se encuentra la contenida en el numeral (iv) de la Cláusula 21.2.1:

“Informar al INVIAS, mediante comunicación escrita, sobre los predios con respecto a los cuales el CONCESIONARIO haya cumplido con las anteriores obligaciones para lo cual, el CONCESIONARIO hará una descripción de dichos predios indicando lo siguiente: (a) nombre del Propietario; (b) localización e identificación del predio; (c) Avalúo Comercial del predio; (d) valor acordado a pagar; y (f) los predios sobre los cuales no se logró acuerdo en el precio de compra y por consiguiente, sobre los cuales se deberá continuar el proceso de expropiación. A esta comunicación, el CONCESIONARIO deberá adjuntar (i) las escrituras de compraventa de los predios que se describen en la misma junto con los respectivos certificados de libertad expedido por la correspondiente oficina de instrumentos públicos y/o los correspondientes contratos a que haya lugar para que el INVIAS proceda a su suscripción; o (ii) si fuese necesario, la documentación necesaria para que el INVIAS pueda iniciar oficialmente el proceso de expropiación dentro de los plazos y de acuerdo con lo establecido por la ley.

A la fecha el Concesionario no ha hecho entrega ni a la ANI ni a la Interventoría, de la información actualizada a la que se refiere la cláusula anteriormente citada, sin esta

¹⁷⁵ Folio 53 del Cuaderno de Pruebas No. 3

información para la ANI es imposible proceder a efectuar pago alguno al Concesionario, ya que es la forma de verificar que los fondeos se invirtieron en la gestión predial.

Adicionalmente, para el reconocimiento del capital de los predios adquiridos por el Concesionario, se requiere que se ponga a disposición de la ANI toda la información necesaria para ello, teniendo en cuenta, por ejemplo:

- *Se requiere la certificación expedida por la fiduciaria en la cual se indique cuando se agotaron los recursos dispuestos en el contrato y sus adicionales en la Subcuenta predial.*
- *De la revisión de los expedientes prediales algunos no tienen la tradición inscrita en el certificado de tradición y libertad para poder identificar que la ANI es la propietaria de las franjas y/o inmuebles requeridos.*
- *Algunas carpetas no tienen las certificaciones de pagos de la Fiduciaria, sin que se pueda establecer si efectivamente los recursos fueron cancelados.*
- *Cuales predios se alcanzaron a pagar con los recursos del contrato y sus adicionales, cuales con los recursos provenientes de fondeos adicionales.*

El Concesionario no ha suministrado en debida forma la información necesaria, para que la Agencia pueda reconocer el capital de los predios adquiridos por el Concesionario.”

Valga decir en este punto, que la ANI no tuvo en cuenta lo dispuesto por el Otrosí del 3 de abril de 2.008, sobre las obligaciones del Concesionario con relación a la gestión predial, y así lo manifiesta el Concesionario al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por la ANI.

La ANI a través de la carta con radicación de salida No. 2013-308-005604-de fecha 18 de abril de 2013¹⁷⁶ en la cual daba respuesta a uno de los tantos requerimientos de pago del Concesionario, mencionaba expresamente que solicitaría la revisión y concepto de la Interventoría, respecto al capital,

¹⁷⁶ Folio 359 a 360 del Cuaderno de Pruebas No. 3

y en cuanto a los intereses, estos serían reconocidos una vez se cumpla con los requisitos establecidos en la cláusula 27.3, para referirse a que solo se causaban a partir del “final del mes en el que se adquirió el último predio”, a la cual dio respuesta el Concesionario mediante la carta 500-35 del 2 de mayo de 2013, en donde reitera su posición y su inconformidad con la posición de la ANI, con la demora para responder luego de “dos años” en ese sentido, y solicitando el reconocimiento no solo del capital sino de los intereses, afirmando que el hecho generador es el fondeo efectivo de recursos adicionales, haciendo referencia a las últimas liquidaciones presentadas, y al monto adeudado por dichos fondeos a la cuenta de predios y cuenta de predios adicional.

La posición de la ANI con relación al capital e intereses es ratificada mediante la comunicación con radicado de salida número 2014-500-012042-1 de fecha 25 de junio de 2014, aportada por **CSS** con la reforma de la demanda¹⁷⁷

Si bien es cierto que en el inciso tercero de la cláusula 27.3 se hace referencia a “la adquisición del último predio”, teniendo en cuenta todas las disposiciones legales antes mencionadas y lo estipulado en el otrosí del 3 de abril de 2008, en cuanto los bienes inmuebles deben figurar a nombre de la entidad pública, considera el Tribunal que tratándose de una obligación de resultado, está a cargo del Concesionario, probar que todos los inmuebles necesarios para el proyecto se adquirieron para la Entidad y cuál fue el último adquirido, entendiéndose en estricto derecho que se debe haber perfeccionado la compraventa con la inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos respectiva, más aún cuando la adquisición es una cuestión de utilidad pública o interés social.

Adicionalmente, no basta con alegarse que uno es el último predio del último trayecto terminado, sino que debe acreditar la adquisición de todos los predios del corredor vial, que conforman el alcance definitivo del proyecto Briceño- Tunja -Sogamoso o que se acredite por el Concesionario, que por causas ajenas a su voluntad no se ha iniciado o concluido el proceso de expropiación correspondiente o a que título se obtuvo la tenencia y/o posesión de los mismos.

¹⁷⁷ Folios 36 a 37 del Cuaderno de Pruebas No. 2

En un laudo reciente de fecha 3 de mayo de 2018¹⁷⁸ la justicia arbitral se pronunció sobre una controversia relacionada con la gestión predial, que considera el Tribunal pertinente mencionar, pues no reconoce las pretensiones pecuniarias sobre los inmuebles que no estén registrados en cabeza de la ANI, para lo cual extractamos los siguientes apartes:

“Se destaca que en las pruebas obrantes en el expediente, que tal y como lo reconoció la ANI en sus actuaciones procesales antes citadas, tanto el Interventor como la ANI aceptaron la posibilidad de reconocer los valores por Costo Predial de predios sobre los cuales, para la fecha en la cual se produjo tal aceptación, permanecía vigente y se reconocía la existencia de tal limitación – servidumbre- respecto de dichos predios”.

(...)

*“Lo anterior, unido al hecho de que las servidumbres no afectaron físicamente el terreno para el desarrollo del proyecto y que las obras sobre dichos predios fueron incluso realizadas, permiten concluir que respecto de los 11 predios en cuestión la presencia de una servidumbre no tuvo como efecto la paralización de la obra, por lo que de ese solo hecho no se podría derivar la omisión del cumplimiento de las obligaciones de pago a favor del Concesionario, mientras que la presencia de las servidumbres que hubiere podido ser objetada en el eventual – pero no realizado – acompañamiento de la ANI al Concesionario en la Gestión predial, terminó tampoco siendo óbice para los pagos, seguramente, en tanto que dichos predios se incorporaron a la obra de manera efectiva **y en todo caso se registraron en cabeza de la ANI.***

(...)

“Recuerda la ANI que sobre los predios que no se encuentren todavía a su nombre como propietario de los mismos no puede hacer pagos o reembolsos al Concesionario, puesto que el numeral 2.6. de la cláusula segunda del OTROSÍ MODIFICATORIO DEL ESQUEMA DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS estableció como obligación del Concesionario la de “informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información (...)

“En resumidas cuentas, la posición legal de la ANI es afirmar que no niega el pago o el reembolso sino que estos deben efectuarse cuando se haya cumplido a satisfacción la obligación contenida en el numeral 2.6. de la cláusula segunda que se acaba de citar.

Para el Tribunal es claro que le asiste razón a la ANI para rehusar el pago o reembolso solicitado por el Concesionario mientras este no cumpla a satisfacción con la obligación del

¹⁷⁸ Tribunal de Arbitramento, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 3 de mayo de 2018. Laudo. Árbitros: Antonio Aljure Salame (Pdte.), Juan Carlos Henao Pérez, Samuel Chalela Ortiz. Demandante: COVIANDES S.A.S Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-. P. 187, 188.

numeral 2.6. Precisa el Tribunal, entonces, que no se trata de un incumplimiento de obligación sino de la oportunidad de un pago o reembolso que aún no ha acaecido. En otras palabras, habrá que esperar el cumplimiento de la obligación, que está en proceso, para que la ANI haga los pagos o reembolsos que a ella correspondan”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, dentro de los documentos aportados como prueba al proceso, se llama la atención sobre la comunicación IBTS-1044-18 del **26 de febrero de 2018**, mediante el cual el Consorcio Interventoría BTS presentó un informe con los resultados de la revisión de los expedientes prediales por concepto de adquisición de franjas de terreno, mejoras y pagos a reconocimientos sociales, efectuado tanto por el área técnica – predial como la socio – predial.

Se evidencia en el informe de la Interventoría BTS de 2018 acabado de mencionar, entre otras:

1.- Que de los 3.322 predios reportados por CSS en su sábana predial, 2278 expedientes prediales se encuentran a nombre de la ANI”. Luego dice en el informe *“el producto del análisis de la recopilación, verificación, depuración y clasificación de la información antes referida es el siguiente”*

- *En el punto 1 y 2 clasifica los **PREDIOS REGISTRADOS A NOMBRE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y analiza los **2.117 expedientes prediales que se encontraban en instalaciones de la ANI y a los 161 expedientes prediales ubicados en instalaciones de CSS. De lo que entiende el Tribunal que 2278 predios están registrados a nombre de la ANI. De la revisión de estos 2278 expedientes, la Interventoría encontró que algunos de los inmuebles: no están en la tira predial, el valor desembolsado no coincide con el avalúo comercial, pagos registrados en la base de datos pero sin soporte físico en la fiduciaria, pagos pendientes según el avalúo comercial, desembolsos realizados a un propietario y/o beneficiario con un único soporte a varios predios, desembolso realizados por compra de mejoras dentro y fuera de la tira predial, desembolsos realizados por concepto de procesos de expropiación dentro y fuera de la tira predial algunos sin soporte físico en la fiduciaria solo con registro en la base de datos, no hay valores de desembolsos reportados en la base de datos y así podríamos continuar con otras observaciones que muestran que la información no está completa, pero los inmuebles están registrados a nombre de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI.***
- *En el punto 3 presenta los “expedientes prediales sin negociación terminada, revisados en el archivo de la ANI”, para concluir que hay **98 expedientes sin negociación terminada, entre los cuales encontró que algunos de los inmuebles, fueron remitidos a la interventoría para aval de pago, 38 fueron desafectados por cambio en trazado 10F y hay 10 sobre los que no se tiene información sobre por qué no se terminó la negociación, 19 desembolsos a propietarios y/o beneficiarios, 13 por enajenación voluntaria (con soportes de pago en la***

fiduciaria) y 6 por expropiación (algunos con desembolsos registrados en la base de datos pero sin soporte físico) . De estos 13, 8 no encontrados dentro de la tira predial y 29 sin soportes físicos ni registro en la base de datos de la Fiduciaria.

- En el punto 4 se refiere a los “expedientes prediales en gestión, revisados en el archivo del Concesionario, y concluye que hay **225 predios en gestión y de estos inmuebles encuentra que, i)** 136 predios reportan desembolsos en base de datos y/o tienen soporte físico en la fiduciaria: 128 por enajenación voluntaria (algunos no están en la tira predial y algunos predios con desembolsos conjuntos que no se pueden discriminar y algunos está registrado el desembolso en base de datos pero sin soporte físico Pág 26 o 19 del informe de interventoría) y 8 por expropiación (hay algunos desembolsos sin soporte de pago solo registrados en la base de datos) y ii) 89 predios restantes no registraron desembolsos, ni soportes físicos en fiduciaria.
- En el punto 5 relacionan los “expedientes revisados en el Concesionario, sin documentos de oferta, de los cuales se resalta por parte del Tribunal que dice el informe que hay **39 expedientes sin documentación del proceso de adquisición.**
- En el punto 6 hacen referencia a los “ expedientes que no se conoce su ubicación física”, llamando la atención del Tribunal que para **659 expedientes prediales la interventoría no conoce la ubicación física** según su manifestación porque “ durante las revisiones efectuadas en las sedes del Concesionario a los expedientes prediales estos no se han encontrado disponibles”, sin embargo, entiende el Tribunal de lo consignado en el informe, que de la información que tuvieron disponible en la Fiduciaria, pudieron concluir, entre otras, que **algunos de los inmuebles:** 179 predios no reportan desembolsos, algunos no están en la tira predial entregada por el Concesionario, 480 reportaron desembolsos: por enajenación voluntaria: Desembolsos realizados por 326 predios algunos no tienen soporte físico de pago solo están registrados en la base de datos y por expropiación: 154, de los cuales algunos no están en la tira predial y algunos no tienen soporte físico de pago solo están registrados en la base de datos.
- En el punto 7 menciona los “predios que no se encuentran en el inventario predial”, para decir que hay 38 predios sin reportar en la sabana predial con corte al 31 de enero de 2018 enviada por el Concesionario y que reportan desembolsos con los siguientes problemas adicionales que algunos con desembolsos no tienen soporte físico en la fiduciaria solo están reportados en la base de datos.
- Por último se menciona en el punto 8 por parte del área que hay “expedientes revisados en la interventoría por solicitud de CSS para aval de pago por concepto de adquisición predial (otrosi 13), son 73 predios en donde registran que, de los 9 predios que no registraron desembolsos algunos no están en la tira predial, de los 63 predios por enajenación voluntaria

que reportan reembolsos: algunos no tienen soporte físico solo están reportados en la base de datos y 2 predios que fueron revisados por la interventoría área social pero no técnico ni jurídica para aval de pago tenían los soportes físicos de pago.

Luego este informe da cuenta de un análisis del área socio predial de los 3322 predios que los clasifica con relación al estudio socio económico para determinar si aplicaron el pago de compensaciones sociales y se menciona que 1741 predios no aplicaron factores sociales y desarrolla un análisis encontrándose con diferentes situaciones, que no consideramos del caso detallar, para finalmente concluir con ocho escenarios para determinar el valor de la deuda predial, según palabras de la interventoría “de acuerdo a la gestión predial adelantada por el INCO (ahora ANI) y el Concesionario CSS CONSTRUCTORES S.A., durante los períodos 2003 a 2016” y de los 8 escenarios que presenta como conclusión de acuerdo a las apreciaciones que hacen en 6 de ellos no se han agotado los recursos del contrato inicial, solo en los escenarios 7 y 8.”

Para el Tribunal, luego de revisar todos los informes de la interventoría aportados por las partes y obrantes en el expediente, considera que lo más relevante es que con la información disponible, es evidente que ni para el momento en que se agotaron los recursos iniciales que dieron origen a los fondeos adicionales, ni a la fecha, se ha demostrado que se han adquirido la totalidad de los inmuebles, y por el contrario, del acervo probatorio se desprende que no todos los inmuebles requeridos para el proyecto están a nombre de la ANI.

Además es claro que también hay inmuebles sobre los cuales no hay información, y no puede determinar el Tribunal si el hecho de no haber concluido la gestión predial, es por causas imputables a CSS o a la ANI. Lo único evidente es que no está la información completa, y adicionalmente es más que evidente que las partes no terminaron de revisar la gestión predial; correspondía a la parte convocante probar si se adquirieron todos los inmuebles, cuál fue el último predio adquirido, y si no fue posible adquirirlos en su totalidad, si fue por causa imputable a una u otra parte; y la ANI trató a través del dictamen pericial, que el perito realizará una labor de verificación de la información suministrada por CSS para determinar si se había entregado conforme lo establecía el contrato de concesión, ante lo cual el perito se pronunció en el siguiente sentido en escrito dirigido a este Tribunal el 6 de junio de 2018, del cual se corrió traslado a las partes por auto 35 de fecha Junio 7 de 2.018:

“Aclaraciones y complementaciones respecto a la adquisición de predios

Por último, la ANI ha realizado 8 solicitudes mientras que CSS por su lado ha realizado 1 solicitud de aclaración y complementación concernientes a este tema. El perito manifiesta que

cuenta con las herramientas para dar respuesta a una de las solicitudes presentadas por la ANI. Para las demás solicitudes hechas por la entidad y la solicitud hecha por CSS, se manifiesta nuevamente que este trabajo corresponda más a la conformación de un inventario detallado de predios y de una gestión administrativa de la concesión respecto a las condiciones en las cuales dichos predios fueron adquiridos. Teniendo en cuenta que las respuestas a las preguntas formuladas al perito se dieron con base en la información reportada por la interventoría lo cual al parecer no ha sido suficiente para las partes, el perito ha contactado compañías especializadas en levantamiento de topografía de predios afectados por construcciones viales. Los contactos preliminares le permiten al perito informarle al honorable tribunal y a las partes que el inventario de predios podría tomar entre 6 y 8 meses y costar entre \$350.000.000 de pesos y \$900.000.000 de pesos dependiendo de si los análisis de los predios se verifican en terreno con topografía tradicional o con topografía georreferenciada de drones. Adicional a esto, el ejercicio a realizar requeriría ensamblar un equipo multidisciplinario que incluya personal con un conocimiento mínimo en gestión predial lo cual implica soporte jurídico, administrativo y técnico”.

CSS manifestó, entre otras, en el escrito presentado el 12 de junio de 2018, por medio del cual recorrió el traslado:

*“Lo que ahora pretende la ANI es que a través de un dictamen pericial le solvete sus deficiencias administrativas en cuanto a la información que debe tener en materia de gestión predial, cuando claramente el concesionario que apodero no solo ha entregado TODA la información que contractualmente le es requerida para esos efectos, sino que además, dicha gestión predial se encuentra plenamente soportada en la SUBCUENTA PREDIOS del Fideicomiso, del cual se han generado todos los pagos para ese fin, sin que en ningún momento, durante el tiempo de gestión predial del contrato de concesión N° 0377 de 2002, la ANI haya dicho absolutamente nada al respecto. Esa organización documental de la ANI no puede tramitarse en este Tribunal por las razones ya expuestas, pero además, lo que le corresponde es suscribir un contrato de prestación de servicios con quien ha “contactado” el señor perito y que él le haga el trabajo requerido. No debe pasarse por alto que este Concesionario que represento en este proceso ha entregado TODA la información, detallada, puntual, **sobre los más de 3.000 predios adquiridos para la ejecución de la obra y los cuales, por delegación de la ANI, se adquirieron y registraron a su nombre, como legal y contractualmente corresponde**”. (Resaltado y subrayado fuera de texto).*

Valga la pena resaltar, como ya se anotó, que no está probado que se hayan adquirido y registrado a nombre de la ANI **TODOS LOS PREDIOS, NI EL ULTIMO PREDIO DEL ALCANCE DEFINITIVO DEL PROYECTO BRICEÑO-TUNJA- SOGAMOSO**. Aquí reconoce la apoderada de la ANI que

corresponde al Concesionario, por disposición legal y contractual, adquirir y registrar a nombre de la ANI todos los inmuebles.

La ANI se pronunció mediante escrito presentado el 13 de junio de 2018, en los siguientes términos, entre otros:

“Frente a las aclaraciones y complementaciones respecto a la adquisición de predios, el perito manifiesta que cuenta con las herramientas para dar respuesta a una de las solicitudes presentadas por la ANI, para las demás solicitudes hechas por la entidad y la solicitud hecha por CSS, se manifiesta nuevamente que este trabajo corresponda más a la conformación de un inventario detallado de predios y de una gestión administrativa de la concesión respecto a las condiciones en las cuales dichos predios fueron adquiridos.

*Con esa respuesta por parte del perito sobre el tema predial se deja en evidencia que él no tenía al momento de su posesión como perito la formación técnica, requerida para la práctica del dictamen, ya que el Tribunal le puso de presente los cuestionarios antes de posesionarse. Para las preguntas inicialmente formuladas por la ANI, no se requiere hacer investigación arqueológica ni se debe contratar topografía, el perito puede revisar los fondeos Vs los egresos de las cuentas donde se realizaron pagos prediales. En la solicitud de aclaraciones y complementaciones que presentó la ANI al dictamen pericial, se le indica qué información puede usar y cómo confrontarla, para dar respuesta a las preguntas, adicionalmente la entidad ha estado presta a atender cualquier aclaración. **Si definitivamente no puede dar respuesta a nuestras preguntas, no consideramos necesario que se incurra en los gastos ni en el tiempo que menciona en su escrito para dar respuesta, por cuanto como ya explicamos, puede hacerlo con la información que obra en el expediente y adicionalmente, mi poderdante no podría sufragar los gastos que menciona.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Considera importante el Tribunal manifestar que el perito con relación al tema predial se basó principalmente en el informe de interventoría documento IBTS-1044-18 del 26 de febrero de 2018 aportado por la ANI y como dice la apoderada de CSS¹⁷⁹ “corresponde a un informe parcial que no es completo ni definitivo”.

Concluye entonces el Tribunal que con el acervo probatorio, incluyendo todas las comunicaciones enviadas por CSS a la ANI y el informe de avance predial aportado como prueba documental en el escrito por medio del cual el Concesionario recorrió las excepciones presentadas por la ANI, no está

¹⁷⁹ CSS CONSTRUCTORES S.A. Solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial, presentado el 29 de junio de 2018.

probado cuál es el último predio adquirido del alcance definitivo; y en gracia de discusión tampoco se puede determinar cuál es la adquisición del último predio del alcance básico;

Sobre este último punto, el Tribunal reitera que no considera válido que el último predio adquirido de conformidad con el alcance básico, sea la referencia para tener como exigible la obligación de la ANI, porque el alcance básico fue reemplazado en su totalidad por el alcance definitivo. No es suficiente con determinar que la carretera esté construida casi en un cien por ciento. Se debe dar la condición establecida y vigente en el contrato, como es la prueba de haber adquirido **el último predio para construir la vía**, para que se proceda al reconocimiento y pago de los fondeos adicionales. Ahora bien, el hecho de que el Concesionario informara los fondeos adicionales y cobrara los intereses de plazo y de mora, no significaba que por ello se modificarán los términos del contrato de concesión acordados. Además, la ANI sí dejó sentada su posición frente a la obligación de reembolso y la causación de los intereses, así como de la forma en que debía remitirse la información con relación a la gestión predial, así no fuera con la misma periodicidad del Concesionario.

En este punto del análisis que hace el Tribunal, con relación a la excepción de mérito propuesta por la ANI, en el sentido de que la información no está completa, que se analiza en este acápite, se desprende del acervo probatorio que la interventoría no ha concluido la revisión de la información suministrada por las partes y que, al parecer, el Concesionario tampoco ha terminado de enviar toda la información o por lo menos no hay certeza sobre el estado de algunos predios, según los informes de la Interventoría, por lo que es imposible para el Tribunal declarar que se ha cumplido con la condición establecida en la cláusula 27.3 Inciso tercero del contrato de Concesión 0377 de 2002, en el sentido que se ha adquirido el último predio, como ya quedó anotado, y mucho menos verificar si se cumplió con todas las condiciones establecidas en el contrato, sus modificatorios y otrosíes, para determinar si se han adquirido todos los inmuebles, menos aun cuando CSS tuvo como fundamento para su pretensión, que la obligación de reconocimiento y pago de los fondeos adicionales era simplemente demostrar su desembolso y que se hacía exigible a partir del mes siguiente al mismo, por lo que a partir de ese momento se hacían también exigibles los intereses de plazo y de mora. CSS fundamentó sus pretensiones en el hecho de que solo se necesitaba acreditar el desembolso y ello no corresponde con las estipulaciones contractuales.

Téngase en cuenta, que CSS afirma en la pregunta 2 de su escrito de preguntas y aclaraciones al dictamen al referirse al informe de interventoría, con base en el cual el perito elaboró su dictamen, a saber el informe IBTS-1044-18 del 26 de febrero de 2018 *“que no es un informe con un alcance total (sus resultados son parciales) y no considera la labor de seguimiento y control que sobre la aplicación de los recursos ha adelantado desde el año 2002 tanto la Fiduciaria como la interventoría de turno, que han validado en todo momento los informes de fiducia”*, siendo relevante para este Tribunal el hecho que no tiene un alcance total, reiterándose que con el acervo probatorio obrante en el expediente, se concluye que no se ha terminado de revisar la totalidad de la información por parte de la ANI, y no se tiene toda la información según lo manifiesta la interventoría.

Además, es relevante mencionar que la interventoría dejó la siguiente constancia en la comunicación IBTS-936-17 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2017, radicada con destino a este Tribunal el 24 del mismo mes y año: *“Por último, consideramos importante informar que mediante las comunicaciones IBTS-893-17 e IBTS-894-17, se ha solicitado tanto a la Fiduciaria como al Concesionario, el acceso a información faltante, sobre lo cual a la fecha no hemos tenido respuesta”* .

Es obligación del Concesionario terminar de entregar toda la información y ubicar todos los expedientes; y es obligación de la ANI, terminar de revisar la información entregada y requerir al CONCESIONARIO, si de acuerdo al contrato y a la ley lo debe hacer, para que se honren los compromisos adquiridos por ambas partes. Pero no le corresponde al Tribunal, ni al perito, realizar esa labor inconclusa de las partes con relación a la gestión predial, para determinar si ya se adquirió el último predio y los demás predios, conforme se determinó en el contrato de concesión y en especial en el otrosí del 3 de abril de 2.008, lo que, se reitera, no aparece probado con las pruebas obrantes a folios y cuya carga probatoria correspondía a la Convocante, si pretendía la prosperidad de su pretensión.

Lo anterior no implica un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, pues no está probado y sí hay evidencia que CSS ha venido aportando información mensual con el avance de la gestión predial, aunque aparentemente y de acuerdo al informe de interventoría no está completa ni ha finalizado la entrega, y se reitera la ANI nunca le ha impuesto multa, ni sanción alguna por este hecho.

El Tribunal no quiere dejar pasar por alto, el actuar de la entidad estatal, la ANI, y su posición con relación a la presente controversia.

Por parte de la ANI, se observa por parte del Tribunal que no ha terminado de revisar ni pronunciarse sobre la información que en forma periódica y constante en el tiempo (teniendo en cuenta la relación de comunicaciones remitidas por el Concesionario a la ANI sobre los fondeos realizados)¹⁸⁰, ha presentado el Concesionario sobre el avance de la gestión predial, destacándose lo siguiente:

- 1.- Que no se han respondido todas las comunicaciones enviadas por el Concesionario sobre el avance de la gestión predial, sino que de vez en cuando, de manera general y en muchos casos meses después, le recordaba que no estaba presentando la información en la forma que lo requería el contrato (Comunicación: RAD DE SALIDA No. 2013-308-005604-1 (folio 359 del cuaderno de pruebas 3) y RAD DE SALIDA No. 2014-500-012042. folio 494 a 502 del cuaderno de pruebas 1).
- 2.- La ANI no ha sido diligente en responder todos los requerimientos para el pago del capital y los intereses que el Concesionario se empeñó en cobrar mes a mes; sin embargo, cuando respondía dejaba sentada su posición.
- 3.- Al Concesionario, como lo afirma su apoderada, nunca se le ha impuesto multa o sanción alguna, ni se le ha adelantado procedimiento alguno para su imposición por incumplimiento de sus obligaciones en materia predial.

Sin embargo, el actuar de la ANI en materia predial y concretamente con relación a la obligación de pago de los fondeos adicionales, no conllevan a un incumplimiento de la cláusula 27.3 del contrato de concesión, porque la obligación acabada de citar no es aún exigible por las razones expuestas a lo largo de estas consideraciones. Por tanto, el Tribunal considera que no es procedente la pretensión VIGESIMA formulada por el Concesionario en la reforma integral de la demanda.

Así las cosas, teniendo en cuenta que ni la ANI, ni el Concesionario han terminado de cumplir con sus obligaciones en materia de gestión predial, tal como se ha venido considerando conforme al acervo probatorio obrante a folios, el Tribunal no puede determinar que el Concesionario haya incumplido las

¹⁸⁰ CSS CONSTRUCTORES S.A. – Escrito de alegatos de conclusión presentado el 1º de octubre de 2018. P. 116 a 120.

obligaciones a su cargo, sino que el cumplimiento al parecer de ambas partes de las obligaciones a su cargo no ha terminado y por tanto, no se puede determinar un incumplimiento como tal de ninguna de las partes. Es evidente con el informe de interventoría IBTS-1044-18 del 26 de febrero de 2018 que no toda la información se ha presentado, lo cual no fue desvirtuado por el Concesionario, éste simplemente ha dejado constancia que su alcance es parcial, como en efecto lo es.

A este respecto con relación al incumplimiento de la **ANI** pretendido por el Concesionario en la cláusula Vigésima, con relación al reconocimiento de los fondeos adicionales a la Cuenta de Predios y Cuenta de Predios adicional, como ya quedo dicho por el Tribunal no se ha dado la condición para que la obligación a cargo de la entidad estatal se haga exigible, por tanto, la ANI no ha incumplido su obligación. Consecuentemente, no prosperan las pretensiones declarativas VIGESIMA, y consecuentemente tampoco la VIGESIMA SEPTIMA Y TRIGESIMA.

C.5. PARO CAMPESINO

La Convocante, en lo referente al acápite que se pasa a examinar, propuso las siguientes PRETENSIONES:

**“PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL
CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN DEBIDA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS
GENERADOS AL CONCESIONARIO COMO CONSECUENCIA DEL PARO CAMPESINO
PRESENTADO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2013.”**

DÉCIMO 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 el equilibrio económico del contrato de concesión 0377 de 2002, por la ocurrencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.*

DÉCIMO SEPTIMA: *Que se declare que la ocurrencia del “Paro Agrario”, que inicio el 19 de agosto de 2013, causó perjuicios a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.*

DÉCIMO OCTAVA: *Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI** debe restablecer el equilibrio económico del contrato a favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por la ocurrencia del “Paro Agrario” que inició el 19 de agosto de 2013.*

DÉCIMO NOVENA: *Que se declare que con corte al 28 de febrero de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a CSS CONSTRUCTORES S.A. la suma de **SETECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$ 712'610.766, 00)**, por concepto de los perjuicios y/o mayores costos en que incurrió el concesionario como consecuencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.”*

Pretende la convocante que se le pague la suma de \$712.610.766,00 proveniente del daño o pérdida que tuvo como consecuencia del “Paro Agrario” sucedido en Agosto de 2013. Como fundamento de su reclamación, aduce que los hechos del paro implicaron la imposibilidad de realizar trabajos en la vía, debido al cierre de la misma producto del paro, lo que además le ocasionó pérdidas derivadas del daño de materiales y equipos. Que en repetidas ocasiones ha requerido a la ANI para que cubra los valores reclamados, los cuales fueron verificados por la interventoría.

Por su parte, la convocada argumenta que no debe pagar suma alguna, pues “*Se están haciendo unos cálculos de una obligación cuya exigibilidad está pendiente de la firma de un acta, además se estiman unos intereses con una tasa subjetiva estimada por la parte demandante, tampoco se cuenta con un modelo financiero que permita verificar la cuantía del supuesto desequilibrio causado.*”

1. Pronunciamiento sobre las pretensiones atinentes al pago de una compensación por haber afectado el equilibrio del contrato, con ocasión de “los perjuicios y/o mayores costos en que incurrió el Concesionario” como consecuencia del paro campesino.

Sea lo primero recordar algunas definiciones contractuales sobre el tema y revisar las actuaciones de las partes como consecuencia del “Paro Agrario”, así:

La cláusula 50 del contrato 0377 DE 2.002, dispone que:

“CLÁUSULA 50. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

50.1. Las Partes quedarán excusadas de responsabilidad por cualquier demora en la ejecución de las obligaciones emanadas de este Contrato, cuando, con la debida comprobación, se concluya por acuerdo de las Partes o, a falta de ello, por los amigables componedores –si se trata de aspectos técnicos- o el Tribunal de Arbitramento a que se refiere la Cláusula 61 –en los demás casos-, que la demora es el resultado de hechos que pueden

ser definidos como Fuerza Mayor o Caso Fortuito, al tenor de lo dispuesto por el artículo primero de la 95 de 1890. La demora ocasionada por el incumplimiento de cualquier subcontratista, proveedor de bienes o servicios o de los Prestamistas, no se considerará evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, a menos que la existencia de dicho incumplimiento sea el resultado directo de un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

50.2. En el evento en que circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito impidan la ejecución del objeto contratado, se procederá como se indica en la Cláusula 9 de este Contrato.

50.3. **En caso de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, los gastos que demanden las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones de las obras o equipos, incluidos dentro del objeto de este Contrato, afectados por la Fuerza Mayor, correrán por cuenta del CONCESIONARIO.**

Sin embargo, el INVIAS reembolsará al CONCESIONARIO los costos y gastos en que éste haya incurrido para tales reparaciones, reconstrucciones o reposiciones, sin incluir el lucro cesante, sólo en el caso que; (i) **se trate de daños ocasionados por riesgos a cargo del INVIAS, en los términos de la Cláusula 28.3 de este Contrato;** y (ii) el CONCESIONARIO haya dado aviso inmediato al INVIAS y al Interventor sobre la ocurrencia de tales eventos. La evaluación de tales hechos, las causas que los motivaron y la diligencia con que el CONCESIONARIO actuó ante ellos, deberán constar en actas que se suscribirán entre el Interventor y el CONCESIONARIO. Revisadas por el INVIAS, dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes a la fecha en que cesen dichas causas.

El reembolso referido anteriormente se hará tan pronto le sea posible al INVIAS, previa aceptación de las cuentas debidamente documentadas por parte del CONCESIONARIO, (i) con cargo a la Cuenta de Excedentes hasta cubrir lo necesario, y/o (ii) en caso de ser insuficiente, se hará a más tardar dentro de los dieciocho (18) meses posteriores a la aceptación del INVIAS del acta establecida en esta Cláusula 50. Durante este plazo se generarán intereses sobre los valores adeudados a una tasa de DTF más cinco puntos porcentuales (5%).

Para estos efectos, se deberá suscribir un acta por parte del CONCESIONARIO y el Interventor, que deberá ser aprobada posteriormente por el INVIAS, con el fin de determinar si en efecto existió el hecho irresistible e imprevisible, y que el CONCESIONARIO haya actuado diligentemente.

En el caso que el INVIAS concluya que el evento no tuvo origen en una circunstancia de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, **o que los daños producidos han debido ser asegurados por el CONCESIONARIO, en los términos de la Cláusula 28,** cualquiera de las Partes podrá someter la diferencia a los mecanismos de solución de controversias a que se refiere la Cláusula 61 de este Contrato. En el caso que los amigables compondores o el Tribunal de Arbitramento determinen que no existió Fuerza Mayor o Caso Fortuito, o que los daños producidos han debido ser asegurados por el CONCESIONARIO, correrán por cuenta del

CONCESIONARIO todas las reparaciones, reconstrucciones e indemnizaciones a que haya lugar.” (resaltado fuera del texto).

Por otra parte, la cláusula 28 del mismo documento, dispone que:

“CLÁUSULA 28. RIESGOS ASEGURABLES

28.1. EL CONCESIONARIO será el responsable bajo su propio riesgo y costo, **de asegurar los daños causados por Fuerza Mayor o Caso Fortuito que puedan presentarse en las obras, bienes y equipos incluidos en el Proyecto**, para lo cual podrá celebrar los contratos de seguros que sean requeridos.

28.2. En el caso que el CONCESIONARIO no cumpla con el deber a que se refiere el numeral anterior, deberá asumir –a su costa- todos los gastos y expensas necesarios para reparar, reconstruir o reponer las obras, bienes o equipos afectados por los riesgos que ha debido asegurar. **Excepto en el caso de que se trate de los riesgos a que se refiere la Cláusula 28.3 siguiente, los cuales tendrá el tratamiento que en dicha Cláusula se prevé.**

28.3. Los costos y gastos sin incluir lucro cesante que demanden las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones de las obras, bienes o equipos, incluidos dentro del objeto de este Contrato, afectados por hechos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, que se puedan incluir dentro de la enumeración taxativa que adelante se señala, serán reembolsados por el INVIAS al CONCESIONARIO, en los términos de la Cláusula 50.3 de este Contrato. Dentro de los riesgos a cargo del INVIAS se incluyen, exclusivamente, los siguientes casos:

- a) Actos de sabotaje por terrorismo y actos guerrilleros
- b) Actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la ley;
- c) Guerra declarada o no declarada, guerra civil, golpe de Estado, conspiración **y huelgas nacionales o regionales**, en las cuales no participe directamente el CONCESIONARIO ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza;
- d) Hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos.

28.4. *Los riesgos propios del CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo establecido en este Contrato, deberán ser asegurados por el CONCESIONARIO.*” (resaltado fuera del texto).

Y la cláusula 9, preceptúa que:

“(…)

“9.1. *El plazo de duración de cada una de las etapas del Contrato, así como el término de ejecución del Contrato a que se refiere la Cláusula anterior, podrán suspenderse cuando ocurran circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito que impidan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Partes bajo este Contrato. Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 9.3. mientras subsistan las circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, y éstas impidan la ejecución total del objeto contratado, al plazo de cada una de las etapas y el término de ejecución del Contrato en general, se desplazará en un término igual a aquel en que subsista la Fuerza Mayor o Caso Fortuito.*

9.2. *Si los hechos constitutivos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito no impiden la ejecución de la totalidad del objeto contratado, sino sólo la de algunas de las obligaciones emanadas del mismo o respecto de determinado Trayecto, las Partes objetivamente determinarán si tales circunstancias hacen necesaria la suspensión del plazo de la etapa respectiva o simplemente la suspensión del plazo para el cumplimiento de la(s) respectiva(s) obligación(es), atendidas las condiciones fácticas correspondientes y el grado de importancia de las obligaciones afectadas. En caso de desacuerdo, se acudirá a los mecanismos de solución de controversias previstas en la Cláusula 61 de este Contrato.*

(…)

9.5. *La suspensión de la ejecución del Contrato, se hará constar en actas suscritas por las Partes en las cuales se indiquen los hechos que la motivan. Una vez cesen las causas de la suspensión, se dejará constancia de este hecho y de la reiniciación de los plazos contractuales en actas suscritas por las Partes. Para tal efecto, cualquiera de las Partes podrá dar aviso a la otra por escrito de la cesación de las causas de suspensión. Una vez transcurridos cinco (5) Días Hábiles después de notificado ese aviso sin que la parte notificada manifieste su desacuerdo, se reiniciará la ejecución del Contrato. En caso de desacuerdo se acudirá a los mecanismos de solución de controversias previstos en la Cláusula 61 de este Contrato.”*

La convocante aportó como pruebas, la comunicación 0946-35 del 23 de Agosto de 2013, (cuaderno de pruebas 4 Folios 353 a 354) mediante la cual pone en conocimiento de la ANI la situación del paro camionero y las afectaciones que ha tenido; posteriormente mediante comunicación 0976-35 del 30 de Agosto siguiente (cuaderno de pruebas 4 Folios 355 a 357), se insiste ante la ANI sobre la necesidad de tener asistencia de la policía para proteger los bienes de la concesionaria; mediante

comunicación 1023-35 de septiembre 12 del 2013 (cuaderno de pruebas 4 Folios 358 a 359), **CSS** presenta un informe detallado de los daños sufridos y la valoración de los mismos. Luego da alcance a esta última comunicación, mediante oficio 1069-35 del 23 de septiembre de 2013 (cuaderno de pruebas 4 Folios 404 a 416), adjuntando un informe de inspección con el *“levantamiento de algunos de los daños sufridos en el corredor concesionado, en el sector Cundinamarca, como consecuencia del paro nacional agrario”* según las propias palabras del concesionario, quien además señala que esas afectaciones adicionales están *“estimadas en cerca de \$23 millones de pesos”*, además del valor reportado en el oficio No. 1023-35.

Por otra parte, mediante comunicación INT-CSS/BTS-3384 del 4 de diciembre de 2013 (cuaderno de pruebas 4 Folios 417 a 424), la interventoría, revisado los reclamos, encuentra que ellos no tienen suficiente sustento en cuanto al valor y a la existencia de varios de los daños, que, según la revisión física hecha por ellos, no existen o las cantidades son menores a las reclamadas.

Por su parte, la convocante **CSS** responde la anterior comunicación, mediante carta 0512-35 del 30 de Mayo de 2014 (cuaderno de pruebas 4 Folios 425 a 426), en la que pone de presente que revisando nuevamente, encuentra que *“..Tal y como se desprende el informe anexo, para el caso del sector de Boyacá, se revalúa la valoración de los daños identificados, los cuales se estiman en \$389.528.859, cifra que se suma al valor reportado en el oficio 1069-35, donde, para Cundinamarca, las afectaciones se estimaban en cerca de \$23 millones de pesos”*. (resaltado fuera del texto).

Igualmente, la Convocante, mediante comunicación No. 0017-35 del 12-01-2015, relaciona algunas deudas u obligaciones que dice tener la **ANI** con **CSS**, y en lo pertinente al paro campesino puntualiza, respecto de *“... la deuda relacionada con los perjuicios cuantificados hasta el momento relacionados con los actos de vandalismo y demás acciones que afectaron la infraestructura del proyecto concesionado durante el Paro Campesino de Agosto y Septiembre de 2013.”*, que *“ Sobre estos últimos casos, y aun cuando en el cuadro anexo se proyecta el costo de la deuda, suponiendo su pago con cargo a recursos de Presupuesto de la Nación, manifestamos nuestra total disponibilidad para evaluar con la entidad las diferentes alternativas de compensación que pueden ser planteadas, con el propósito de que efectúe su pago total.”*

- **FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO.** -

En cuanto a la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, derivado del paro agrario, se tiene que:

El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito así: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o **que no es posible resistir**, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*” (resaltado fuera del texto).

Conforme a la norma antes mencionada, para que exista fuerza mayor o caso fortuito se requiere que el hecho no sea de ninguna manera previsible, por lo menos en condiciones de normalidad, que sea imposible de evitar, y además, que el deudor no sea causante del hecho, con lo cual existiría una eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación.

Es importante mencionar que, aunque la Corte Suprema de Justicia equipara ambas figuras, la doctrina ha hecho una sutil diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, tal y como lo expresa el profesor Fernando Hinestrosa, siendo que la fuerza mayor se entiende como *el acontecimiento del todo extraño a la actividad del deudor o demandado (p. ej., el terremoto)*, y el caso fortuito, *como aquel suceso que ocurre dentro del giro de actividades de aquel (p. ej., el estallido de la caldera del barco que conduce la mercancía).*¹⁸¹⁾

En desarrollo de este concepto, se ha establecido que los elementos que la configuran, son los siguientes:

a. El hecho debe ser irresistible:

El fenómeno constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor debe poner al demandado –a pesar de sus esfuerzos– en una situación de imposibilidad absoluta y permanente de cumplir (en materia contractual) o de evitar el daño (en materia extracontractual).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“(…) [el] hecho sólo puede ser calificado como irresistible, **si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores**, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales– del individuo llamado a afrontarlos, **más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas.** Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida*

¹⁸¹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 790

para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándose entonces el camino a cualquier otra.

La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice- la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto.¹⁸² (resaltado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, para que un evento pueda ser tenido como fuerza mayor o caso fortuito se requiere que sea absolutamente imposible evitar sus consecuencias, aun adelantando todas las actuaciones que un hombre diligente hubiera podido adelantar para evitar dicho hecho.

b. El hecho debe ser imprevisto:

En relación con el segundo elemento de la fuerza mayor o caso fortuito, es preciso indicar que debe ser un evento de un carácter tan remotamente probable y súbito, que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo.

En ese sentido, vale la pena citar la sentencia del 20 de noviembre de 1989 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó que el hecho **imprevisible** es aquel “*que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia*”.

En relación con la imprevisibilidad, Salina Ugarte señala que: “*imprevisto significa que las partes no lo han podido prever en el acto o el contrato, ni el deudor al presentarse; por cuanto en ciertas circunstancias que normalmente se pueden prever y el deudor debe tomar las precauciones necesarias para que si se presentan, no le impidan el cumplimiento*”.¹⁸³

¹⁸² Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil – Sentencia del 26 de julio de 2006, Expediente: 050013103011-1998 6569-02, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

¹⁸³ SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Ed. Thomson Reuters. 2011.

De igual forma, el mencionado autor citando a Lorenzo de la Maza, indica que *“sea imprevisto dentro de los cálculos ordinarios de un hombre normal, no era posible esperar su ocurrencia”*.

Llegados a este punto, tenemos que la *imprevisibilidad*, hace referencia a un hecho que no se podía establecer con anterioridad a su ocurrencia, en tanto la *irresistibilidad* hace referencia a una situación inevitable que no puede exigirse, de la persona que la sufre, un comportamiento para que no ocurra.

c. El hecho causante del daño, debe ser jurídicamente ajeno al deudor:

Dentro de este elemento, se debe tener claro que el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito debe, haberse producido sin contribución o culpa alguna del deudor.

Así las cosas, se requiere que el hecho sobreviniente sea **externo**. Por tal razón, el afectado no puede de manera alguna intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo.

Este requisito exige, por tanto, que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma.

Es importante destacar, que la exigencia de la demostración de la naturaleza imprevista e irresistible del fenómeno alegado como fuerza mayor o caso fortuito, implica la necesidad de la prueba de la debida diligencia del deudor que resulta incumplido.

Finalmente, es necesario precisar que se debe valorar cada caso concreto de forma independiente, para verificar si de los hechos se desprende la existencia de una situación imprevista, irresistible y externa, pues, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia: *“conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.”*¹⁸⁴

¹⁸⁴ Sentencia del 29 de abril de 2009 de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Así las cosas, resulta evidente que el paro agrario sucedido en agosto de 2013, no corresponde a un hecho ocasionado por el concesionario **CSS**, que los hechos sucedidos que llevaron a la imposibilidad de adelantar trabajos no podían haber sido previstos y que, además, por la fuerza de las circunstancias, era un hecho irresistible que no podía ser solucionado o manejado directamente por el concesionario **CSS**, de manera que el paro, puede ser considerado como una fuerza mayor o caso fortuito.

- **ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO. -**

En todo contrato, va implícito la existencia de riesgos que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, o de la pérdida del bien objeto de éste, según lo previsto en los artículos 1604 y siguientes del Código Civil. Pero en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden regular expresamente como asumirán tales riesgos, durante el desarrollo del contrato.

Respecto de los riesgos que asume un Concesionario, ha dicho el Consejo de Estado, sección tercera, en sentencia de fecha 23 de Noviembre de 2016, proceso **25000-23-26-000-2012-00233-01(2161)**, que:

“Sea lo primero señalar que aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “por su cuenta y riesgo”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato.

Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión.

A propósito de este aspecto, en pasada ocasión esta Subsección¹⁸⁵ se ocupó de examinar el contenido y alcance de una regla precontractual a través de la cual se pretendía que los proponentes ofrecieran los precios unitarios consignados en sus propuestas “considerando a todo factor”. En dicha oportunidad la Sala concluyó que la aludida previsión resultaba ineficaz, debido a que insertaba un sistema de distribución de riesgos que atentaba contra las reglas consagradas en el artículo 24 del Estatuto Contratación Estatal a las que se hizo mención, por las razones que, por guardar similitud con el caso que se resuelve, se reiteran:

“Ahora bien , si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables ex-ante- que procuren y garanticen su restablecimiento, garantías que por ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad “considerando todo factor” en el análisis de precios unitarios.

“Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento”.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe.

Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad

¹⁸⁵ Ver en ese mismo sentido la sentencia proferida por esta Subsección, el 27 de marzo de 2014, exp. 28.845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

excepcional de modificación unilateral “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el canon 1535 del Código Civil el cual consagra que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.

En relación con este tópico, conviene destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha analizado la distribución de los riesgos en el contrato de concesión en punto al alcance de la definición que sobre su tipología establece el artículo 32 de la Ley de 80 y en desarrollo de ese estudio ha considerado:

“Afirmar que en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario asume la ejecución del objeto contractual “por su cuenta y riesgo”, más que referirse a los ingresos que pueda recibir el contratista con la financiación de la obra, en principio significa que la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, constituyen el riesgo del negocio que debe ser asumido por éste¹⁸⁶, salvo en los casos en que la ejecución del contrato se altere por actos o acciones que hagan parte de la teoría de la imprevisión, del hecho de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (hecho del príncipe). Es decir, hechos que afecten el equilibrio económico del contrato.

“(…).

“Dentro de los riesgos no previsibles razonablemente y por tanto no trasladables al concesionario se encuentran ‘aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada’, que integran la noción de fuerza mayor o que hacen parte de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, según identificación que de los mismos hace el Documento CONPES 2775 de abril de 1995, que coincide con las definiciones del Código Civil”¹⁸⁷.

A lo expuesto cabe agregarse que a la luz de la reforma normativa introducida al Estatuto de Contratación Estatal por cuenta de la expedición de la Ley 1150¹⁸⁸ de 2007 que, aunque fue

¹⁸⁶ Cita de la sentencia en referencia “El artículo 33 de la Ley 105 de 1995, consagra las llamadas garantías de ingresos que operan en doble sentido, tanto en favor de la entidad concedente como en favor del concesionario. Para cumplir con esas garantías se diseñó un sistema de compensación en el siguiente orden: ampliación del plazo de la operación, aumento de las tarifas de peaje por encima del I.P.C., aportes del presupuesto nacional. Todos estos mecanismos tienen como finalidad mantener el equilibrio contractual”.

¹⁸⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre de 2006, Rad. 1792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

¹⁸⁸ **Artículo 4°.** De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

expedida con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección que tuvo como resultado la celebración del presente contrato conviene traerse a colocación por resultar de interés, se prevé que durante la etapa precontractual debe diseñarse la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato y, en mérito de ello, le asiste a la entidad el deber de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, deber que en todo corresponde ejercerse con estricta sujeción a los principios y reglas que le sirven de apoyo.

Regresando al examen de la cláusula en referencia, es preciso al mismo tiempo acotar que, según se desprende de su texto expreso, al concesionario se le trasladaron todos los riesgos inherentes a la ejecución del contrato, cuestión que de suyo lleva a concluir que su asunción se enmarcó dentro del supuesto de ocurrencia de alteraciones razonablemente previsibles y propias del álea normal del negocio suscrito que llegaren a producirse, acaecidas dentro del escenario de las condiciones inicialmente pactadas, hecho que no podría hacerse extensivo a los eventos en que se alteraran las condiciones iniciales por disposición del ente contratante.

Dentro de esos riesgos¹⁸⁹ inherentes a la ejecución del proyecto podría hallarse, por ejemplo, el riesgo constructivo, cuya noción hace referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En este punto no puede perderse de vista que la primera fase del proyecto se destinó a la etapa de diseño, suministro e instalación de los elementos eléctricos que seguramente representó una inversión considerable para el contratista.

En el riesgo inherente también podría estar comprendido el riesgo comercial del proyecto, que gravita en torno a la fluctuación del retorno de la inversión presentada en función del término que se demora en percibir el ingreso esperado y que se determina también por la mayor y menor demanda del objeto concesionado. Igualmente, se encontraría allí inmerso el riesgo de operación que estaría llamado a influir en los costos e ingresos del proyecto y se origina en la variación de los parámetros de desempeño y productividad especificados.

Como conclusión, en virtud de todo lo expuesto la Sala no encuentra de recibo el argumento de la defensa, con apoyo en el cual sostuvo que el concesionario no podría elevar reclamaciones derivadas de la ruptura del equilibrio económico del negocio por haber sido trasladados a él todos los riesgos inherentes a su ejecución.” (subrayado fuera del texto).

“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

¹⁸⁹ Sobre el particular se puede consultar el auto proferido por el Consejo de Estado, Sección Tercera el 9 de diciembre de 2004, exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, en el cual la Sala se ocupó de analizar la distribución de los riesgos en las distintas generaciones de concesiones y de definirlos a la luz de los documentos CONPES Nos. 3107 y 3133 de 200.

Conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es claro que los contratantes pueden pactar libremente las distintas condiciones del contrato y las estipulaciones relacionadas con el manejo de los riesgos, que las partes deben asumir durante la ejecución del contrato, **entre ellos los derivados de la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, conforme lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil.**

Remitiéndose a lo pactado por las partes, la estipulación de la cláusula 28.3 del contrato 0377 de 2.002, dispone que:

“ (...)

28.3. Los costos y gastos sin incluir lucro cesante que demanden las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones de las obras, bienes o equipos, incluidos dentro del objeto de este Contrato, afectados por hechos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, que se puedan incluir dentro de la enumeración taxativa que adelante se señala, serán reembolsados por el INVIAS al CONCESIONARIO, en los términos de la Cláusula 50.3 de este Contrato. Dentro de los riesgos a cargo del INVIAS se incluyen, exclusivamente, los siguientes casos:

- a) *Actos de sabotaje por terrorismo y actos guerrilleros*
- b) *Actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la ley;*
- c) *Guerra declarada o no declarada, guerra civil, golpe de Estado, conspiración **y huelgas nacionales o regionales**, en las cuales no participe directamente el CONCESIONARIO ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza;*
- d) *Hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos.” (resaltado fuera del texto).*

A su vez, la cláusula 50.3 del contrato, dispone que:

“(...)

50.3. En caso de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, los gastos que demanden las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones de las obras o equipos, incluidos dentro del objeto de este Contrato, afectados por la Fuerza Mayor, correrán por cuenta del CONCESIONARIO.

*Sin embargo, el INVIAS reembolsará al CONCESIONARIO los costos y gastos en que éste haya incurrido para tales reparaciones, reconstrucciones o reposiciones, sin incluir el lucro cesante, sólo en el caso que; (i) **se trate de daños ocasionados por riesgos a cargo del INVIAS, en los términos de la Cláusula 28.3 de este Contrato;** y (ii) el CONCESIONARIO haya dado aviso inmediato al INVIAS y al Interventor sobre la ocurrencia de tales eventos. La*

evaluación de tales hechos, las causas que los motivaron y la diligencia con que el CONCESIONARIO actuó ante ellos, deberán constar en actas que se suscribirán entre el Interventor y el CONCESIONARIO, revisadas por el INVIAS, dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes a la fecha en que cesen dichas causas.

El reembolso referido anteriormente se hará tan pronto le sea posible al INVIAS, previa aceptación de las cuentas debidamente documentadas por parte el CONCESIONARIO, i) con cargo a la Cuenta de Excedentes hasta cubrir lo necesario, y/o ii) en caso de ser insuficientes, se hará a más tardar dentro de los dieciocho meses posteriores a la aceptación del INVIAS del acta establecida en esta Cláusula 50. Durante este plazo se generarán intereses sobre los valores adeudados a una tasa de DTF más cinco puntos porcentuales (5%).”

Para estos efectos, se deberá suscribir un acta por parte del CONCESIONARIO y el Interventor, que deberá ser aprobada posteriormente por el INVIAS, con el fin de determinar si en efecto existió el hecho irresistible e imprevisible y que el CONCESIONARIO haya actuado diligentemente”. (resaltado fuera del texto).

Teniendo en cuenta las estipulaciones transcritas, es claro que las partes regularon expresamente sobre las implicaciones de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, pactando expresamente que, inicialmente, cualquier riesgo derivado de este hecho, sería de cuenta del concesionario, a menos que la ocurrencia de tales hechos fuera producto, **exclusivamente**, de alguno de los cuatro (4) eventos previstos en la cláusula 28.3.

Así las cosas, considera el Tribunal que se trata de un hecho notorio que, de conformidad con el artículo 167 del CGP, no requiere prueba. No obstante, el hecho del paro campesino, está expresamente reconocido por la **ANI** en su contestación de la demanda. Ha de tenerse en cuenta que la **ANI** manifiesta que son ciertos del hecho 4.2.2.1 al 4.2.2.8 de la reforma de la demanda presentada por **CSS** referentes a: i) el paro Agrario que se inició el 19 de agosto de 2013; ii) las comunicaciones relacionadas en los mismos sobre las cuales se hará referencia más adelante, donde queda claro que **CSS** notificó a la **ANI** este hecho, le reclamó por los daños que a su juicio este hecho le había ocasionado y hace referencia a que se adelantaron por parte del Concesionario las acciones necesarias para “...restablecer las condiciones originales en la infraestructura afectada...” .

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el “paro” es asimilable al hecho de una “huelga”, dado que en ambos hay un cese de actividades por imposibilidad de realizarlas debido a hechos que se escapan al control del común, se puede concluir que el paro agrario sucedido en 2013, es uno de los hechos que se encontraba cobijado por los escenarios contemplados dentro de las excepciones previstas en

el artículo 28. 3 del contrato, de manera que el riesgo y el pago de los daños ocasionados por esta circunstancia, conforme al contrato, corresponde a la **ANI**.

En este punto, el Tribunal encuentra que el paro campesino es asimilable al concepto de huelga nacional o regional, conforme lo expresado en el documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2.001, cuando hace referencia a los riesgos de fuerza mayor no asegurables, aplicable a los contratos de tercera generación, como los es el objeto de estudio e incluye dentro de estos los eventos que alteran el orden público, que en el contrato se establecieron como huelga nacional o regional. Dice el documento CONPES citado:

“Riesgo de Fuerza Mayor Políticos no asegurable: se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteran el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimiento. Solo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura...” (resaltado fuera de texto).

Tal entendimiento ha sido aceptado por parte de la **ANI**, tanto en la contestación de la demanda al reconocer que no le corresponde realizar el pago de estos daños, dado que no se ha firmado el acta prevista en el artículo 50.3 del contrato, es decir por una cuestión formal, pero no ha desconocido que el paro agrario constituye un hecho de los definidos por la ley como fuerza mayor o caso fortuito, ni que estuviera a cargo de la entidad estatal asumir dicho riesgo. Así mismo, si se tiene en cuenta el informe rendido por la Interventoría IBTS-617-17 No. 16 de fecha 14 de febrero de 2017, anexo No.6, se encuentra que en éste se hace un seguimiento en diciembre de 2016 a la matriz de riesgos (cuaderno de pruebas 6 Folios 375 a 376), quedando incluidos los perjuicios derivados del paro agrario, como una contingencia a cargo de la entidad pública como “riesgo fuerza mayor público no asegurable”, lo que ratifica el entendimiento de que el hecho sucedido corresponde a un riesgo a cargo del concedente, sin que exista ninguna prueba en donde la ANI controvierta lo anterior.

Vista la prueba documental que obra en el expediente, que se precisa adelante, es claro que la convocante dio aviso oportuno a la **ANI**, sobre la ocurrencia de los hechos, que, por demás son hechos notorios y públicos, constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, como atrás se ha indicado.

En efecto, la notificación inmediata a la ANI se hizo mediante oficio de 23 de agosto de 2013, (Folio 353 a 354 del Cuaderno de Pruebas No. 4), a través de la carta 946-35, en los siguientes términos “...A través de la presente permítame referirme al paro agrario que inició el pasado fin de semana y que continúa a la fecha, sin que exista ninguna solución a la vista, afectando diferentes puntos de la

geografía nacional, teniendo especial impacto en el departamento de Boyacá y, de manera muy grave, en la ruta concesionada a nuestro cargo (...).”

Ante dicha notificación y el silencio de la ANI y la Interventoría, mediante comunicación del 30 de agosto de 2013 (Folio 355 a 357 del Cuaderno de Pruebas No. 4), el Concesionario se refirió nuevamente al impacto del paro agrario, así *“Complementando lo expuesto en nuestra carta No. 946-35 del 23 de agosto de 2013, por medio de la presente nos permitimos hacer varios planteamientos con relación a las afectaciones generadas a raíz del paro agrario, que ya se prolonga por dos semanas, generando perjuicios cada vez mayores, con una alta incidencia en la comunidad afectada, en los usuarios de la vía, en la infraestructura vial y aun en el propio Concesionario (...).”*

No obstante, lo anterior, encuentra el Tribunal que dentro del expediente no aparece prueba, que dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que cesó la ocurrencia del hecho, se hubiere suscrito un acta entre el Concesionario y la Interventoría, en la que conste la ocurrencia de tales eventos, las causas que lo generaron y la diligencia con que actuó CSS, revisada por parte de la ANI, a pesar de las varias comunicaciones, ya referidas, enviadas por esta última.

Si bien, no existe explicación que hayan suministrado las partes de cual la razón por la que no suscribieron dicha acta, es claro que la interventoría se tomó un tiempo largo verificando los daños o pérdidas reclamadas, por lo que podría hacer pensar que la referida acta, no fue posible suscribirla dentro del plazo contractual previsto. Tampoco está probado, que la falta de firma del citado documento hubiere obedecido a descuido o negligencia de parte de **CSS**, ni que hubiere existido una justa causa para no firmar.

En cuanto a si la firma del acta era condición para que se cause el pago de los daños, entiende el Tribunal que esto no era una condición para que se genere la obligación de pago. En efecto, si se revisa el texto, se encuentra que se redactó de la siguiente manera: *“y (ii) el CONCESIONARIO haya dado aviso inmediato al INVIAS y al Interventor sobre la ocurrencia de tales **eventos**. La evaluación de tales hechos, las causas que los motivaron y la diligencia con que el CONCESIONARIO actuó ante ellos, deberán constar en actas que se suscribirán entre el Interventor y el CONCESIONARIO, revisadas por el INVIAS, dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes a la fecha en que cesen dichas causas”* (resaltado fuera del texto).

Nótese que después de establecer la obligación de informar del suceso al INVIAS y al interventor, aparece el signo de puntuación denominado “punto seguido”, lo que implica que lo que expresa a

continuación del punto, no es parte del contenido de la frase anterior a éste. Así, debe entenderse que la condición establecida es únicamente la de informar y el acta que se debía suscribir es un hecho diferente a la condición, que no condiciona la causación de la obligación de pagar, sino que pretendía que quedara consignado en un documento *“La evaluación de tales hechos, las causas que los motivaron y la diligencia con que el CONCESIONARIO actuó ante ellos”*, actos que corresponden exclusivamente a constancias de lo sucedido..

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, encuentra el Tribunal que los daños derivados del paro agrario, constituyen un riesgo a cargo de la **ANI**, que deben ser cubiertos por ésta como consecuencia de los riesgos asumidos en el contrato, sin que para ello, se acepte como hecho impeditivo del pago la inexistencia de una acta, que no tiene la virtualidad de ser constitutiva de un derecho económico, sino que simplemente era para que el Interventor y el Concesionario dejarán constancia de la evaluación de los hechos que pudieran ser definidos como Fuerza Mayor o Caso fortuito, las causas que lo motivaron y la diligencia con que actuó el Concesionario ante ellos. Finalidad ésta que se cumplió con el cruce de comunicaciones entre la Interventoría y el Concesionario a las que ya se hizo expresa mención en estos considerandos, estando probado con las pruebas obrantes en el proceso, que ambas partes aceptaron que el paro agrario es un hecho que constituye fuerza mayor o caso fortuito, quien además informó a la entidad estatal sobre las acciones que realizó con ocasión del paro, aceptando la entidad estatal que se le informó todo lo anterior, sin haber controvertido nada diferente a la ausencia del acta.

Es decir que para efecto del reembolso encuentra el Tribunal cumplidos los supuestos de hecho que consagraba la cláusula 50.3 del contrato de concesión 0377 de 2.002.

En este punto, es importante precisar que el pago de los daños derivados del riesgo asumido por la existencia de un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, por haberse pactado expresamente en el contrato de concesión, no puede asimilarse a un hecho imprevisto que haya ocasionado un desequilibrio económico del contrato, precisamente porque al haberse previsto en el contrato, deja de ser un hecho futuro e imprevisible para las partes, lo que desnaturaliza la existencia del desequilibrio económico del contrato. Así se tendrá en cuenta para decidir sobre la pretensión respectiva.

Sobre este aspecto, vale la pena mencionar lo dispuesto por el Consejo de Estado¹⁹⁰

“La Sala estima que las pretensiones de la demanda, en los términos en que fueron edificadas por la parte actora y desde el punto de vista objetivo, permitían que los árbitros analizaran la controversia desde la óptica del incumplimiento contractual de la entidad demandada, pues si bien es cierto que, en principio, el fundamento de las reclamaciones allí consignadas lo constituyó el desequilibrio económico del contrato 1240 de 2005, no lo es menos que la parte actora extendió el alcance de sus peticiones-tanto las de contenido declarativo, como las económicas- a la afectación de dicho contrato, ó, por razón y con ocasión de cualquier otra causa que resultara probada en el proceso, cuestión que permite derivar de ellas la declaratoria del incumplimiento contractual.

Pero es más, la Sala encuentra que en realidad lo pretendido por la sociedad accionante, salvo en lo atinente al pago de las estampillas municipales, era obtener el pago de unas sumas de dinero que no fueron satisfechas por la entidad contratante, cuestión que, en suma, se traduce en una controversia suscitada por el incumplimiento del INVIAS.

En efecto, del análisis de las pretensiones de la demanda arbitral se puede extraer que la única pretensión que encontró fundamento en el desequilibrio económico del contrato consistió en la segunda de ellas, derivada de los mayores valores descontados por concepto de estampillas municipales, esto es, con ocasión de un tributo que fue creado mediante Ordenanza Departamental, luego de celebrado el contrato, pretensión que, bueno es señalarlo, fue analizada desde la óptica de la teoría de la imprevisión, para concluirse que la contratista sólo pagó por ese concepto el 0.31% del valor total del contrato y que, por lo tanto, la creación y el consiguiente pago del tributo no trajo consigo una afectación grave en la economía del contrato, por lo cual se desestimó esa pretensión.

En relación con las demás pretensiones, la Sala encuentra que se dirigían a conseguir el pago de unos ítems que no obstante ser pactados en el contrato-y sus adicionales- no fueron reconocidos por la entidad pública convocada, aspecto que llevó al Tribunal a analizar la viabilidad de esas reclamaciones desde el prisma del incumplimiento contractual, pues no de otra manera podía arribarse a la conclusión de si tales pretensiones eran, o no, procedentes, pues como se expuso en precedencia, el incumplimiento contractual “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 ...”^[43].

Fue así como los árbitros, y ello se dejó expuesto en los antecedentes de este proveído, partieron de la determinación de qué fue lo que las partes pactaron y qué ejecutó el contratista, para luego establecer, como en efecto se hizo, que la entidad debía reconocer los ítems cuyo

¹⁹⁰ **Consejero ponente:** HERNAN ANDRADE RINCON (E). Bogotá., D. C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015). **Radicación número:** 11001-03-26-000-2015-00033-01(53154).

pago negó al momento de liquidar el contrato, todo lo cual ubicó la controversia dirimida por la justicia arbitral en el plano del incumplimiento del ente contratante.”

De otra parte, no puede desconocerse el hecho de que, como lo reconoce la Convocada, no existe “un modelo financiero que sirva de base para determinar directamente el efecto de los desequilibrios que, como en este caso, se producen en la ecuación contractual por efecto de cambios en las reglas de juego definidas contractualmente”, de manera que tampoco sería posible hacer la evaluación sobre la existencia o no del desequilibrio, amén de que la cuantía reclamada, tampoco guarda proporcionalidad alguna con el valor del contrato y el ingreso esperado para que en sí mismo pueda causar un desequilibrio. Finalmente, para ratificar que el daño proveniente de un hecho de fuerza mayor no puede ser considerado como desequilibrio económico, conforme a las reglas contractuales, el Tribunal se permite remitir al inciso 3, numeral 15.4 de la cláusula 15 del contrato de concesión 0377 de 2.002, en la cual se estipuló expresamente que:

*“Igualmente, en la remuneración y las compensaciones pactadas se encuentran comprendidas la asunción de los riesgos ordinarios que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO, de las contingencias y reparaciones que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato. En tal sentido, las Partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, cuando quiera que se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del Contrato **o cuando se trate de riesgos que hayan sido asumidos por las Partes, en virtud del Contrato o de la ley.** (resaltado fuera del texto).*

Habiéndose determinado que contractualmente existe la obligación de pagar los daños derivados por el paro agrario, a cargo de la **ANI**, corresponde ahora analizar si está probado el perjuicio reclamado para poderlo cuantificar y reconocer.

Al respecto encuentra el Tribunal que:

- a) Mediante comunicación 1023-35 del 12 de septiembre de 2013¹⁹¹, CSS le avisa a la ANI sobre inventario de los daños sufridos, acompañando el listado respectivo, acompañado de fotos de los mismos.

¹⁹¹ Folio 358, cuaderno de prueba No. 4

- b) Mediante comunicación 1069-35 del 23 de septiembre de 2013¹⁹², CSS amplía el inventario de daños, incluyendo los sufridos en el tramo de la concesión en el departamento de Cundinamarca.
- c) Mediante comunicación INT-CSS/BTS- 3384 DEL 4 de diciembre de 2013¹⁹³, la interventoría formula observaciones al inventario de daños presentado por el concesionario.
- d) Independiente de la valoración efectuado por CSS sobre los daños, la convocante solicitó la práctica de un dictamen pericial para cuantificar el valor del daño reclamado.

En dicho dictamen, al resolver la pregunta 10 del cuestionario formulado, se expresó:

“.....Pregunta 10

Identifique y valore los daños causados a la infraestructura concesionada con ocasión del Paro Campesino que tuvo lugar en el año 2013, que debieron ser restituidos por parte del Concesionario, incluyendo la valoración que de ellos efectuó la firma interventora, determinando su fecha de causación.

Antes de proceder a dar respuesta a la presente Pregunta, el perito considera pertinente manifestar que la identificación y valoración que son solicitadas en esta se llevarán a cabo con base en las labores previamente adelantadas por el Concesionario y validadas por la interventoría. Es decir, se aclara que en ningún momento para responder esta Pregunta el perito realizó una verificación de campo y/o verificación física ya que lo anterior se encuentra por fuera de su área de experticia. Contrario a este enfoque, el perito responde a la presente Pregunta haciendo énfasis en la valoración de los daños mencionados en el enunciado de la Pregunta.

Una vez hecha la anterior claridad, se considera conveniente contextualizar un poco al lector en cuanto a los precedentes del cálculo de los ítems que fueron afectados durante el paro campesino que tuvo lugar en el año 2013 y la valoración de dichos daños. En el mes de septiembre del año 2013 CSS envía dos cartas (1023-35 y 1069-35) en las que estima el valor causado por los daños en los departamentos de Cundinamarca por \$22.266.756 pesos y en Boyacá por \$1.054.886.171 pesos. En dichas comunicaciones, el Concesionario discriminó una serie de ítems para los cuales asignó unas cantidades y precios unitarios con el fin de llevar a cabo una valoración de los daños ocasionados por el paro campesino.

¹⁹² Folio 404 del mismo cuaderno.

¹⁹³ Folio 417 del mismo cuaderno.

Una vez enviados estos comunicados, la interventoría procedió a verificar la cuantificación de los daños hecha por el Concesionario y presentó los resultados obtenidos en los informes INT-CSS/BTS (3384 y 3495). Es importante resaltar que en los mencionados comunicados la interventoría se enfoca en cuantificar de una manera robusta las cantidades correspondientes a los ítems identificados por el Concesionario, dejando a un lado lo concerniente a los precios unitarios de los mismos. Posterior a esto, el Concesionario reevalúa los daños causados en el sector de Boyacá y presenta una nueva estimación de estos que asciende a \$389.528.859 pesos mientras que la valoración de los daños causados en Cundinamarca se mantiene en \$22.266.756 pesos dando un total de \$411.795.615 pesos.

Con este contexto en mente, el perito procedió a valorar los daños causados por el paro campesino teniendo en cuenta los ítems y cantidades finalmente validados por la interventoría luego de su revisión. Adicionalmente, respecto a los precios unitarios el perito evidenció que en la propuesta final del Concesionario plasmada en la carta 512-35 del 30 de mayo de 2014 se usaron para la valoración precios del INVIAS del año 2013, precios de referencia del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) 2014 y los Costos estimados del Concesionario por anteriores mantenimientos. Para efectos de su valoración, el perito verificó el Análisis de Precios Unitarios realizado por el INVIAS durante el año 2013 y encontró coincidencia parcial entre dichos precios y aquellos usados por el Concesionario. Respecto a los precios obtenidos del IDU, el perito no verificó los valores ya que no se encontraron las referencias exactas que reporta el Concesionario. En cuanto a los estimados directamente por el Concesionario, no existe información pública al respecto por lo que se usaron los presentados por el Concesionario.

Después de haber realizado la valoración de los daños causados gracias al paro campesino en el departamento de Boyacá, el perito obtuvo que dichos daños ascienden a la suma de \$383.367.803 a precios de 2013. Los cálculos realizados por el perito se detallan en el archivo de soporte "Cuestionario CSS – Pregunta 10.xlsx".

El perito no cuenta con la información necesaria para hacer la valoración de los daños en el departamento de Cundinamarca los cuales CSS reporta por un valor de \$22.266.756 pesos. Suponiendo como correcto el valor de los daños en Cundinamarca el total (Boyacá + Cundinamarca) sería de \$405.634.559 pesos. El valor que reporta CSS en el comunicado 0017-35 del 14 de enero de 2015 como capital adeudado debido al paro agrario es de \$412.528.859 pesos presentando un diferencial de \$6.894.299 con los cálculos realizados por el perito.

En cuanto a la valoración de los daños en el departamento de Cundinamarca hecha por la firma interventora, el perito no cuenta con dicha información. El perito dispuso de la comunicación No.Int-CSS-BTS-3384 del 04-12-2013 en la que la interventoría realiza una revisión de las cantidades de objetos que fueron dañados durante el Paro Campesino pero no se muestra una valoración como tal ni se hace referencia a los precios de referencia usados. La fecha de causación fue en septiembre de 2013, el paro nacional agrario según el comunicado 1069-35 del 23-09-2013 sucedió entre el 19 y el 30 de agosto del 2013”¹⁹⁴

- e) Conforme se indica en el anexo que obra en la USB acompañada al dictamen y que obra a folio 135 de cuaderno de pruebas 5, se efectuó el cálculo del valor de los daños reclamados, en el que, tomando como fundamento los valores del INVIAS para el año 2013, se determinó que el valor total para los daños sufridos en el departamento de Boyacá corresponden a la suma de \$383'367.803, suma que es inferior a la reclamada por el concesionario, teniendo en cuenta que hay algunas diferencias de los precios estimados por CSS y los valores de lista del INVIAS.

En cuanto a los daños correspondientes al trayecto de la vía en el departamento de Cundinamarca, menciona el perito que no fue posible valorarlos, dado que no cuenta con la información suficiente para ello.

- f) Finalmente, se reitera que si se revisa el informe de seguimiento de proyecto IBTS-617-17, anexo No.6, del informe de interventoría No. 16 de fecha 14 de febrero de 2017, en éste se deja expresa constancia, dentro de la “observación, probabilidad e impacto” que el riesgo, el paro campesino, es de cargo de la entidad pública, “como riesgo fuerza mayor público no asegurable”.¹⁹⁵

De la prueba documental y pericial que obra en el expediente, concluye el Tribunal que se encuentra probado el valor de los perjuicios sufridos por la convocante, con ocasión del paro campesino ocurrido en agosto de 2013, únicamente por la suma de \$383'367.803, teniendo en cuenta los ajustes hechos en el dictamen pericial y excluyendo el valor de \$22'266.756, por los daños sufridos en el departamento de Cundinamarca, debido a que no se pudo probar el valor de los mismos.

¹⁹⁴ Folio 40 cuaderno de pruebas No.5.

¹⁹⁵ Folio 375 cuaderno de pruebas No.6

Solicita la Convocante en la PRETENSION SEGUNDA DE CONDENA que las sumas resultantes de la pretensión primera de condena, se actualicen debidamente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 12.2.1 del contrato de concesión.

Indica la convocante que *“se toma como referencia para el cálculo una tasa de 11.48% EA, tasa determinada en el numeral 12.2.1 del contrato de concesión para los casos de compensaciones por terminación anticipada del contrato, en los casos en que el causante de este hecho sea la entidad concedente”*.

Al respecto, la cláusula 12.2.1 hace parte de la cláusula 12, referente a la COMPENSACION POR TERMINACION ANTICIPADA , hipótesis que no se presenta en este caso del Paro Agrario, por lo que no resulta aplicable la estipulación contenida en la citada cláusula 12.2.1., por referirse a situaciones totalmente diferentes a la de fuerza mayor.

Subsidiariamente a esta última pretensión solicita que las sumas resultantes de la pretensión primera de condena, se actualicen desde la fecha en que han debido pagarse las respectivas obligaciones hasta la fecha de expedición del laudo arbitral, mediante la aplicación del IPC vigente desde la causación de cada obligación hasta la fecha de expedición del laudo arbitral, certificado por el DANE de acuerdo con el artículo 4 numeral 8 de la ley 80 de 1.993.

Al respecto, encuentra el Tribunal que de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1.998, el pago debe ser integral y completo, de manera que se accederá a lo solicitado, disponiendo que el valor de los daños a reconocer a favor de **CSS**, se actualizarán con el IPC desde la fecha en que se hizo exigible y hasta la fecha de este laudo.

De otra parte, en las pretensiones de condena, la convocante solicita (PRETENSION DE CONDENA TERCERA) que, sobre las sumas reclamadas, se condene a pagar *“los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana (artículo 884 del Código de Comercio) desde la ejecutoria del laudo hasta la fecha en que se haga efectivo el pago”*.

Para estos efectos, se debe tener en cuenta lo estipulado en el inciso 3 de la cláusula 50.3 así: *“ El reembolso referido anteriormente se hará tan pronto le sea posible al INVIAS, previa aceptación de las cuentas debidamente documentadas por parte el CONCESIONARIO, i) con cargo a la Cuenta de Excedentes hasta cubrir lo necesario, y/o ii) en caso de ser insuficientes, **se hará a más tardar dentro de los dieciocho meses posteriores a la aceptación del INVIAS del acta establecida en esta***

Cláusula 50. *Durante este plazo se generarán intereses sobre los valores adeudados a una tasa de DTF más cinco puntos porcentuales (5%).” (resaltado fuera del texto).*

Frente a tal estipulación, encuentra el Tribunal lo siguiente:

Que se pactó un plazo de 18 meses para que el **INVIAS** reembolsara las sumas a pagar por los riesgos amparados de fuerza mayor, plazo que habrá de tenerse en cuenta para la causación de intereses moratorios. Así mismo, como no hay constancia de la firma del acta prevista en esa cláusula 50.3, según se ha referido anteriormente, se contabilizará el plazo para el pago de los intereses de plazo a partir del día 13 de Octubre de 2013, cuando debía haber vencido el plazo para suscribir el acta por cesar el paro agrario el 12 de septiembre de 2.012, según lo pactado, de manera que a partir del 14 de marzo de 2015 (18 meses después) se causarían los intereses moratorios sobre el capital adeudado.

Teniendo en cuenta las pretensiones de la convocante, si bien se pactó en la referida cláusula que durante el plazo la **ANI** reconocería intereses a la tasa del DTF MAS 5 PUNTOS PORCENTUALES, dado que en la demanda no se pide el reconocimiento y pago de tales intereses, el Tribunal se abstendrá de decretarlos.

De otra parte, para la determinación de los intereses moratorios que se deben liquidar, se tendrá en cuenta que las partes pactaron expresamente sobre el valor a los cuales se liquidarían, de manera que no es aplicable la tasa prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, pues éste se aplica a falta de estipulación contractual.

En efecto, en la cláusula 49 del contrato, expresamente se contempla que *“Salvo estipulación en contrario en otras cláusulas de este contrato, para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre el INVIAS y el CONCESIONARIO, se aplicará la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria , o quien en el futuro la sustituya y/o asuma dicha función, más la mitad de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor a la máxima permitida por la ley colombiana. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado”.*

Ahora bien; revisando las pretensiones de la demanda y los hechos en que se apoya el paro campesino, así como la estimación de perjuicios, encuentra el Tribunal que en la pretensión décimo novena, la convocante solicita el pago de la suma de \$712'610.766.00, dentro de la cual está incluido

el valor del capital que reclama, más los intereses moratorios, liquidados al 11.48% efectivo anual, a partir del 13 de Septiembre de 2013. Así las cosas, interpretando la demanda, entiende este juzgador que se reclama, además del capital adeudado, los intereses moratorios sobre dicha suma, los que se reconocerán, pero bajo los siguientes parámetros:

- No se liquidarán desde el 13 de septiembre de 2013 sino a partir del 14 de marzo de 2015, fecha hasta la cual la **ANI** tenía plazo para cancelar el valor de los daños reclamados por el paro junto con los intereses respectivos.
- Según lo dispuesto en el artículo 206 del C.G.P., *“el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete”*, de manera que habiéndose solicitado liquidar los intereses a la tasa del 11.48% anual, si bien la tasa prevista en la cláusula 49 del contrato es superior a la reclamada, no puede el Tribunal aumentar la tasa reclamada, so pena de conceder más de lo pedido.
- Se procederá a reconocer el pago de la suma acreditada por daños, actualizada con IPC, desde que se hizo exigible, es decir desde el 14 de marzo de 2015 hasta la fecha del laudo, lo que arroja un valor de \$453'974. 151.00
- Sobre esta suma actualizada, se liquidarán los intereses moratorios a la tasa del 11.48% efectivo anual, entre el 14 de marzo de 2015 y la fecha del presente laudo, arrojando la suma de \$202'611. 000.00 que será reconocida en la parte resolutive.
- Y sobre la suma actualizada, a partir de la ejecutoria del laudo, se reconocerán intereses moratorios a la tasa indicada en la cláusula 49 del contrato de concesión, y por tanto, no aplica el artículo 884 del Código de Comercio.

En cuanto al argumento de la ANI, pretendiendo que por no existir el modelo financiero del contrato no es posible reconocer suma alguna por este concepto, estima el Tribunal que es equivocado, pues así no exista, como en efecto lo reconocen ambas partes, no se trata de pagar una suma al concesionario como contraprestación del contrato, sino, como se estableció expresamente en la cláusula 28.3, se trataría de un daño proveniente de un hecho futuro, cuyo riesgo fue asumido por el Concesionario, y está incluido dentro de la ecuación financiera; razón ésta por la cual no se puede pretender por parte del Concesionario como un restablecimiento del equilibrio económico por las razones antes expuestas en estos considerandos, toda vez que está claro en la cláusula 28.3 del contrato de concesión 0377 de 2.003, la obligación a cargo del INVIAS, hoy de la ANI .

Acorde con todo lo anteriormente expuesto, se resolverán las pretensiones relacionadas con el “Paro Agrario” en la parte resolutive.

D.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

D.1. PRETENSIONES ÁREA DE SERVICIO

Reclama la parte convocada, mediante demanda de reconvención, que se declare, entre otras, que CSS ha incumplido el contrato 0377 de 2002, al no haber entregado oportunamente la estación de servicio del trayecto 6 de la vía Briceño-Tunja-Sogamoso y haber dejado *“de invertir en el proyecto los recursos necesarios para operar el área de servicio ubicada en el Trayecto 6 fue sellada por el Municipio de Chocontá en junio de 2009 hasta la fecha en que informó a la Agencia de su entrada en funcionamiento.”*, los cuales deben ser reintegrados a la ANI o subsidiariamente al contrato de concesión. Y pretende la ANI, que se condene a CSS a pagarle la suma de \$2.497.786.159 o el mayor valor que resulte probado por el proceso, aunque no indica por qué concepto dentro de la respectiva pretensión, no obstante, en el hecho 13 de la demanda de reconvención manifiesta la ANI, que ese valor fue el que determinó la interventoría del proyecto como ahorro del Concesionario al no tener operando esta área de servicio ubicada en el Trayecto 6.

Frente a estas pretensiones, la convocante demandada en reconvención se ha opuesto, alegando que, sí cumplió con la construcción de la estación de servicio, pero que, por culpa del Municipio de Chocontá, no fue posible poner en funcionamiento la estación, debido a que fue sellada por esa entidad, argumentando que carecía de licencia para haber sido construida. Alega que la actuación del municipio fue ilegal, dado que, conforme a las normas legales sobre construcción de vías, no se requería de tal licencia, de manera que solo hasta que se obtuvo el levantamiento de la medida, fue posible poner en funcionamiento la estación de servicio, por lo que *“No hay claridad sobre la tasación de estos presuntos recursos supuestamente “ahorrados”, en tal sentido: i) deben considerarse en conjunto con los recursos dejados de percibir por el Concesionario por efecto de la remuneración por la operación del área de servicio, y ii) el contrato no prevé que deban realizarse “reintegros” de los presuntos “ahorros” que pretende la entidad de manera ilegal y en contravía del contrato o la estación.”* La ANI en el escrito por medio del cual descurre el traslado de las excepciones presentadas por CSS, reconoce como cierto que el Concesionario cumplió con la obligación de construir el área de servicios,

pero dice que ésta no operó por 92 meses, y está de acuerdo que se trató de un “acto administrativo ilegal”.

Por su parte, el Ministerio Público en el alegato de conclusión sostiene que siendo carga de las partes probar sus afirmaciones, no se demostró por la demandante en reconvención cuándo se adquirió el último lote para la construcción de la estación de servicio, y expresó que:

“Así, se tiene que el área de servicios, debió ser construida y puesta en servicio, a más tardar a los doce (12) meses contados a partir de la fecha en la cual se hayan adquirido los predios necesarios y se cuente con las autorizaciones ambientales requeridas para su contratación.

De esta manera, para definir la fecha límite en la que debió ser construida y puesta en servicio el área de servicios, se requiere determinar con precisión tanto la fecha en que se adquirió los predios necesarios, así como desde cuando se contó con las autorizaciones ambientales.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que le corresponderá a la parte demandante en reconvención probar no solo las anteriores fechas, sino además la fecha en que se construyó y puso en funcionamiento el área de servicios.

De las pruebas solicitadas por la entidad demandante para demostrar lo alegado, se tiene el informe del Interventor de fecha 23 de noviembre de 2017, en el cual en relación con los hechos de interés indicó:

“En el transcurso del año 2016, esta Interventoría realizó visitas al área de servicios del trayecto 6, encontrando que las misma no estaba en operación, tal y como se evidencia en el siguiente registro fotográfico.(...) es importante mencionar que tan solo hasta el 15 de marzo de 2017, se dio apertura a un restaurante en uno (1) de los cinco (5) locales comerciales construidos”

Prueba que no permite establecer las fechas en que se adquirieron los predios en donde se encuentra construida el área de servicio, ni la fecha desde cuando se dieron las autorizaciones ambientales requeridas para la construcción, no siendo por ende posible determinar la fecha a partir de la cual se ha de contar los doce (12) meses que tenía el Concesionario para construir y poner en servicio las áreas de servicios que reclama la demandante.

Si bien en dicho informe se menciona que en la fecha 15 de marzo de 2017, se dio apertura a un restaurante en uno de los cinco comerciales, ese dato tampoco permite establecer las fechas ya mencionadas.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Cuaderno Principal No. 5- Folios 305 a 306

Por otra parte, de la prueba Inspección Judicial realizada el 8 de noviembre de 2017 que obra en el expediente, se pudo verificar la existencia y funcionamiento del Área de Servicios de la Concesión Briceño- Tunja – Sogamoso localizado en el Km 33, costado izquierdo, del Municipio de Choconta, Vereda Saucio. Sin embargo, de dicha diligencia, tampoco es posible establecer las fechas ya mencionadas.

Por otra parte, tampoco obra prueba que permita establecer, como lo alega la demandante en reconvencción que el Concesionario incurrió durante 92 meses, en un ahorro al no haber operado en dicho tiempo el Área de Servicios. Tampoco, del material allegado al expediente, no se puede establecer que en el evento de no construcción del área de servicios dentro del plazo antes señalado se deba restituir suma alguna.

*En virtud de lo anterior, y al no estar probados los hechos fácticos ni jurídicos en los que se soportaron la demanda de reconvencción presentada por la ANI y en contra del CONCESIONARIO, este Agente del Ministerio Público solicita comedidamente solicita al H. Tribunal de Arbitramento, que en defensa del interés general, del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, **se nieguen las pretensiones de la demandante en reconvencción.**” (resaltado fuera del texto).*

Para resolver el tema, se hace necesario proceder a analizar el contenido de las estipulaciones contractuales, el objeto o finalidad que tiene la estación de servicio dentro del contexto del contrato 0377 de 2.002, si la justificación expuesta por la convocante constituye una eximente de responsabilidad y, con base en ello, tomar las determinaciones a que haya lugar.

Como lo refiere CSS al contestar la demanda, se tiene que conforme al pliego de condiciones y las estipulaciones contractuales, se estableció que:

El Reglamento de Operación, en el numeral 1.2 regló los Principios de Operación. Dentro de estos, en el numeral 1.2.1.2, se estableció que el principio de regularidad “*Se entiende como el ofrecimiento de un servicio operacional mínimo permanente, en cada tipo de servicio, como: Puestos de cobro de peaje, plataformas de Pesaje, servicios de grúa, carro-talleres, primeros auxilios médicos y mecánicos, traslado de accidentados, servicios de comunicaciones, inspección del tráfico, áreas de servicio al público, etc*”.

Conforme al Reglamento de Operación, el numeral 1.2.19.5 refiriéndose a las “Áreas de Servicio al Público”, consagró que:

“Se deben establecer cuatro (4) áreas de servicio, con por lo menos 2.000 m2, que deben incluir como mínimo cada una:

- *Teléfonos públicos* *4 Unidades*

- Zonas de Alimentación 500 m2
- Sanitarios 8 Unidades
- Puestos de Parqueo 1.000 m2
- Oficina de Policía de Carreteras 150 m2
- Oficina de Administración 200 m2
- Enfermería 100 m2
- Zonas de Recibo y Circulaciones 50 m2

Estas áreas deben ubicarse independientes de las estaciones de peaje o pesaje, en los sitios determinados por el CONCESIONARIO para los tramos establecidos en el Contrato, en un todo con lo establecido en el numeral 1.2.3.2.8 de este manual”.

En el Documento Final de Ajuste de Cláusulas, suscrito el 29 de septiembre de 2005, respecto del tema que nos ocupa, se estipuló que:

“CLÁUSULA VIGESIMA.- PLAZOS PARA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE OPERACIÓN – PEAJES DEFINITIVOS, PESAJES, ÁREAS DE SERVICIO AL PÚBLICO Y CENTROS DE CONTROL OPERACIONAL.- Se acuerda que el plazo máximo para la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de operación correspondiente a los peajes definitivos, los pesajes, las áreas de servicio al público y los centros de control operacional corresponderá a doce (12) meses contados a partir de la fecha en la cual se hayan adquirido los predios necesarios y se cuente con las autorizaciones ambientales requeridas para su construcción”.

(...)

“CLÁUSULA VIGESIMA SEGUNDA. - AMOBLAMIENTO ÁREAS DE SERVICIO AL PÚBLICO Y CENTROS DE CONTROL OPERACIONAL. - El Concesionario dotará y amoblará, bajo su costo, las áreas de servicio al público y los centros de control operacional”.

“CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA.- ESPECIFICACIONES ÁREAS DE SERVICIO PENDIENTES POR CONSTRUIR A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DE ESTE DOCUMENTO.- Con excepción del área de servicio prevista en el trayecto 1, la cual ya fue construida por el CONCESIONARIO, para las otras áreas de servicio se incluyen las siguientes especificaciones mínimas, las cuales remplazan a las especificaciones previstas en los numerales 1.2.3.2.8 y 1.2.19.5 del Reglamento de Operación que forman parte de las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento:

- A. Teléfonos públicos: 4 unidades
- B. Zonas de alimentación: 300 m2, de los cuales mínimo 200 m2 serán cubiertos

C.	Sanitarios:	8 unidades
D.	Parqueadero :	500 m2
E.	Oficina de Policía de Carreteras:	150 m2
F.	Oficina de Administración:	60 m2
G.	Enfermería:	40 m2
H.	Zonas de recibo y circulaciones:	50 m2 ¹⁹⁷

Así mismo, en la contestación de la demanda de reconvención, el Concesionario manifestó que: *“Dentro de las áreas de servicio al público, el Concesionario construyó la infraestructura ubicada en el trayecto 6. Al momento de ponerla en operación, ésta fue clausurada por la administración municipal de Chocontá, por cuanto, según ella, se requería de licencia de construcción para adelantar las obras, obra que para entonces estaba concluida, y que no requería – ni requirió – licencia de construcción alguna expedida por la autoridad municipal, toda vez que su construcción, ubicación y operación se adelantaría en una vía nacional.”*

Conforme a lo estipulado, es claro que la demandada en reconvención tenía un plazo de 12 meses para construir y poner en funcionamiento la estación de servicio, contados a partir de la adquisición de los predios y obtenidas las licencias ambientales; así mismo, si bien las partes no aportaron al expediente copia del acto, revisando en la página de internet del Ministerio correspondiente, aparece que mediante Resolución N.º 1500 del 13 de octubre de 2005, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial¹⁹⁸, se dispuso:

“ARTICULO TERCERO. *Modificar Artículo Cuarto de la Resolución No 0708 de julio 13 de 2005, mediante la cual se otorgó Licencia Ambiental, al Consorcio SOLARTE SOLARTE, para la ejecución del proyecto “Rehabilitación y Construcción de la Segunda Calzada Carretera Briceño Tunja Sogamoso”, localizada en jurisdicción de los departamentos de Cundinamarca y Boyacá, el cual quedará así:*

“ARTICULO CUARTO. *- Autorizar al Consorcio SOLARTE SOLARTE, para la instalación y operación de la siguiente infraestructura de apoyo para el proyecto “Rehabilitación y Construcción de la Segunda Calzada Carretera Briceño Tunja Sogamoso”, así:*

(...)

¹⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1- Folios 183 a 185

¹⁹⁸ <http://www.minambiente.gov.co/index.php/normativa/resoluciones>

No encuentra el Tribunal prueba documental dentro del expediente que permita establecer cuándo se adquirió el o los predios requeridos para la construcción de la estación, por lo que no es posible determinar claramente a partir de qué momento se debe contar el plazo de 12 meses para construir la estación de servicio, y determinar si se hizo oportunamente. Además, no aparece constancia dentro del expediente, que entre el año 2005, cuando se firmó el documento de ajuste final de cláusulas y se fijó el plan definitivo de construcción de la obra, y hasta el año 2009, la ANI hubiere reclamado al concesionario el incumplimiento por la no realización de la obra o por la demora en ello.

Solo hasta el año 2009, al parecer cuando se acababa de construir la estación, según las manifestaciones de la convocante/demandada en reconvención, mediante comunicación No. 1024 del 26 de mayo de dicho año (Folio 304 del Cuaderno Principal 2) **CSS** dio respuesta a la Alcaldía de Chocontá. Aparece en el expediente, copia de la comunicación 1588-35, del 3 de agosto de 2009 (Folio 300 del Cuaderno Principal 2), por la cual se le pone en conocimiento del INCO la situación de la licencia, el hecho que se selló la construcción por la autoridad municipal ordenando a las entidades encargadas de proveer los servicios públicos que no los suministraran ni realizarán ningún tipo de conexión a la construcción en comento y se le solicita su intervención directa para solucionar el problema; por oficio 2091-35 del 23 de septiembre de 2009, **CSS** se refirió a la carta del **INCO** con radicado INCO No.: 20093050112341 (Folio 27 y 290 del Cuaderno de Pruebas 2), mediante la cual éste advierte a la Alcaldía de Chocontá que se trata de una obra vial de carácter nacional, por lo que no requiere de la licencia en cuestión. También se verificó por parte del Tribunal que mediante comunicación del 8 de septiembre de 2009 el INCO envió al Alcalde Municipal de Chocontá un oficio cuyo asunto era “Certificación sobre la conexidad de las áreas de Servicio con la infraestructura del proyecto vial. Proyecto Briceño- Tunja- Sogamoso” para destacar que no requería licencia de construcción tratándose de una vía del orden nacional.

Obra a folio 216 del cuaderno principal No. 3, en el CD aportado por la **ANI** con el escrito de traslado de las excepciones de la demanda de reconvención reformada, copia de la visita que hizo la Superintendencia de Puertos y Transporte, con fecha 16 de marzo de 2017, en la que consta que para esa fecha ya se encontraba construida la estación, así no estuviera en servicio. Se dejó constancia indicando que:

“El área de servicio de Chocontá se reabrió el día 16 de marzo de 2017, se encuentra en el sentido Tunja Bogotá, encontramos la báscula móvil en el K34+500, sin apoyo de Policía de Carreteras.

Trayecto 7(k39+020-k52+610)

Trayecto 8 (k52+610-k62+150) Peaje Albarracín (k62+150)”

Finalmente, mediante comunicación S71005580 del 21 de Marzo de 2017¹⁹⁹, el concesionario informa a la **ANI**, que la Estación de Servicio está construida y en funcionamiento. Esta situación fue verificada por parte del Tribunal, mediante inspección judicial que se llevó a cabo sobre el inmueble, el día 08 de Noviembre de 2018 donde se encontró:

“(…)

C. Resultados de la Visita.

Concluida la visita y examinado el lugar de las “Áreas de Servicio”, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 238 del C.G.P., el Tribunal pasa a expresar los resultados de lo percibido así:

El Tribunal verificó:

Que el Área de Servicio al Público está construida y en operación, con una parte del área destinada al restaurante, en un predio que se dice fue adquirido y adecuado por CSS para la construcción de las obras que se describen a continuación:

El área de servicios consta de 4 bloques de construcción que a continuación se relacionan así (los metros cuadrados que se indican fueron expresados por la persona que atendió la diligencia, sin embargo, no se procedió a su medición, pero a simple vista el Tribunal parecen corresponder a los señalados, según fuera la percepción del Tribunal):

- ✓ Zonas de alimentación (300 M2): compuesta por cinco (5) locales uno de los cuales está actualmente ocupado y destinado a la venta de productos de alimentación. Contiene un espacio para preparación de alimentos y otro con mesas para atención al público.
- ✓ Sanitarios 8 unidades: baños para mujeres y baños para hombres
- ✓ Puestos de Parqueo (500 M2)
- ✓ Oficina de Policía de Carreteras (150 M2): estaba cerrada y se manifestó que fue entregada a la Policía de Carreteras quien es el tenedor de las llaves de la Oficina y no se encontraban presentes en el momento de realizarse la diligencia.
- ✓ Oficina de Administración (60 M2): comprende recepción, sala de juntas, cocineta y baño.

¹⁹⁹ Folio 216 del cuaderno principal No. 3, en el CD aportado por la **ANI** con el escrito de traslado de las excepciones de la demanda de reconvencción reformada

- ✓ Enfermería (40 M2): no está funcionando y de mobiliario tiene 2 camillas, 1 escritorio, unas sillas de recepción y un baño.
- ✓ Zonas de Recibo y Circulaciones (50 M2): están al aire libre alrededor de las cuales están las edificaciones.
- ✓ Sala de Capacitación con mobiliario, se manifiesta por quien atiende la diligencia que no hace parte del objeto de la concesión, no obstante, está ubicada en el área de servicio.

Con relación a la operación se constata que solamente está funcionando el área de servicio de energía y acueducto que se indica como veredal.

En cuanto al mobiliario solamente están dotadas las áreas en las cuales se indicó que las contenían.”

Se dejó constancia en el Acta de la diligencia que durante el recorrido de las Áreas de Servicio, la misma fue atendida por el ingeniero José Alejandro González Gómez, en su calidad de representante legal de CSS y por Oscar Humberto Alba Vásquez en su calidad de miembro de la Interventoría.²⁰⁰

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, se puede concluir que:

- No es posible con las pruebas que obran en el expediente, determinar exactamente en qué fecha se concluyó la construcción de la Estación. No obstante, a folio 186 del Cuaderno de Pruebas No. 6 que corresponde al Informe de Interventoría No. 16 de enero de 2017, sobre el ÁREA DE SERVICIO de Chocontá se dejó la siguiente constancia *“(...) Esta área de Servicio encuentra (sic) ubicada en el sector Chocontá, trayecto 6 y aún no se encuentra habilitada para el servicio, actualmente estas instalaciones se encuentran desocupadas, aún no hay respuesta por parte del Concesionario a lo solicitado por esta Interventoría, informando el por qué y cuáles acciones se han adelantado para superar las dificultades presentadas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión de esta área de servicio”*
- Al parecer, para mayo de 2009 el inmueble estaba construido, pero fue clausurado o sellado por parte de la Alcaldía de Chocontá, pretextando la falta de una licencia de construcción.
- No se evidencia en el expediente, que antes de esa fecha, la ANI haya requerido o reclamado al concesionario por el incumplimiento de la obligación de construir la Estación.

²⁰⁰ Cuaderno Principal No. 4- Folios 54 a 58

- Tampoco aparece en el expediente, prueba de lo sucedido entre 2009 y enero de 2017, en cuanto a si se adelantó alguna acción judicial para revocar la acción de la alcaldía o si ésta permitió voluntariamente la reapertura de la Estación. En este período, tampoco aparece constancia de reclamación alguna por parte de la **ANI**, de la demora o incumplimiento sobre este aspecto por parte del concesionario. El Concesionario sí manifiesta en la contestación de la demanda de reconvención que “...ha planteado al municipio de Chocontá una discusión judicial que se encuentra en trámite, con fundamento en el hecho cierto que el ordenamiento territorial es competencia de los correspondientes municipios, dentro de su jurisdicción, pero que no puede desconocer las leyes 388 de 1.997 y 105 de 1.993” (pág 8 de 19, escrito presentado el 22 mayo de 2017)²⁰¹. Por su parte manifiesta el apoderado de la **ANI** en el escrito por medio del cual descurre las excepciones presentadas por **CSS**, que si “bien es un hecho cierto que una autoridad expidió un acto administrativo ordenando el cierre del área de servicio, debe precisarse que la Entidad a la que represento desconoce las actuaciones adelantadas por el Concesionario para obtener el levantamiento o el retiro del ordenamiento jurídico de dicho acto administrativo” para concluir que “el Concesionario no actuó de manera diligente para la obtención de ese resultado”.
- Los hechos de la demanda de reconvención, sobre los cuales se basan las pretensiones, en manera alguna se fundamentan en que haya existido demora o incumplimiento de parte del concesionario, en la construcción y puesta en funcionamiento del inmueble, sino que se alega, que, por la demora en ponerlo en funcionamiento, lo que existió fue un “ahorro” para el concesionario; sin embargo pretende en la pretensión declarativa SEGUNDA que se declare que **CSS** ha incumplido la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto en lo referente al área de servicio ubicada en el Trayecto 6.
- Frente a la comunicación enviada por **CSS** el 3 de marzo de 2017, (folio 216, cuaderno principal No. 3, en el CD aportado por la **ANI** con el escrito de traslado de las excepciones de la demanda de reconvención reformada), informando que está al servicio la estación, no aparece tampoco prueba documental que acredite que la **ANI**, frente a esta información, haya manifestado inconformidad o reclamado incumplimiento alguno.

²⁰¹ Cuaderno Principal No. 3- Folio 193

Frente a estos hechos, procede el Tribunal a analizar lo sucedido, para lo cual se tiene:

Es sabido que los presupuestos de la responsabilidad, establecen que para que proceda su reconocimiento, debe existir un incumplimiento o retardo injustificado de parte del deudor; que tal hecho haya ocasionado un daño y que se cuantifique el valor del daño ocasionado. Cuando se trata de responsabilidad contractual, basta con que se demuestre el solo incumplimiento de la obligación pactada, para que se genere la obligación de resarcir el daño ocasionado, sin perjuicio de que el deudor, pueda demostrar la existencia de alguna de las eximentes de responsabilidad que establece la ley.

Revisados los hechos alegados por las partes, teniendo en cuenta la modificación al contrato contenida en documento de fecha 29 de septiembre de 2005, es claro que los 12 meses que tenía el concesionario para construir la estación, probablemente deberían haber vencido hacia finales de 2006, pero no se cuenta con la prueba que acredite cuando se adquirió el(los)predio(s) sobre el(los)cual se construyó la estación.

También está establecido que hasta el año 2009, la **ANI** aparentemente no reclamó por el incumplimiento en la construcción y/o establecimiento del centro de servicio en el Trayecto 6, sino que solo hasta cuando se selló el establecimiento, es que empieza a discutir con la alcaldía de Chocontá por la exigencia de una licencia de construcción, que legalmente no se requiere según el Concesionario, dadas las disposiciones legales que regulan la construcción de obras en vías nacionales. Posición avalada por la ANI según se desprende de la comunicación 2011-305-000205-1 (Folio 216 Cd-Cuaderno Principal No. 3).

Así las cosas, no se ha acreditado dentro del expediente que se haya dejado de construir la Estación de Servicios, ni que la entrega de ésta haya sido incompleta o tardía; por el contrario, la **ANI** no ha desconocido la existencia de la dificultad presentada con la alcaldía de Chocontá, la que, aparentemente, argumentando la falta de una licencia de construcción, selló el establecimiento por cerca de 7 años aproximadamente. Y si el sellamiento fue levantado con antelación a marzo 3 de 2017, cuando el concesionario le informa a la ANI que está puesta en funcionamiento la estación de servicio, tampoco la demandante en reconvención acreditó tal hecho ni discutió si hubo mora o incumplimiento en las fechas en que debía haber sido entregada la obra.

Conforme a la cláusula 37 del contrato 0377, correspondía al concesionario la instalación y operación desarrollar las áreas de servicio del proyecto y asumir el costo de las mismas.

Mediante inspección judicial que se practicó se evidenció la existencia del área de servicio en el Trayecto 6, con lo cual es claro que se cumplió con la obligación de construir el área en cuestión, de manera que ya no es procedente reclamar por la ausencia de ésta. Cosa distinta es, como se ha dicho anteriormente, si la construcción del área es incompleta o defectuosa, reclamo que aquí no ha hecho la ANI, lo que lleva a no acceder a que se declare que actualmente hay una obligación exigible a cargo de CSS, consecuentemente prospera la pretensión primera en cuanto comprende todas las áreas de servicio del contrato, y se niega la segunda declarativa que se refiere exclusivamente al Trayecto 6. . Sobra advertir, que si la falta de entrega en funcionamiento de la estación, obedeció al hecho de un tercero, como la alcaldía de Chocontá, ello constituye un eximente de responsabilidad, que conforme a los artículos 1604, 2343 y 2353 del Código Civil, hace inexistente la responsabilidad reclamada.

Ahora bien, para que proceda el reconocimiento de una reclamación por perjuicios, se requiere, no solo demostrar la omisión del deudor, sino, además, la existencia de un perjuicio cierto que haya sufrido el acreedor a quien se incumple. Por ello, no es posible reconocer el pago de un perjuicio, llámese daño emergente o lucro cesante, que no sea real y que no implique una pérdida o un daño o deterioro para el patrimonio del acreedor.

En los contratos bilaterales como el que nos ocupa, y conforme lo previsto en el artículo 27 de la ley 80 de 1993, es fundamental la existencia del equilibrio económico del contrato, de manera que las contraprestaciones mutuas mantengan el valor económico que estimaron las partes al inicio de este, así como las ventajas o beneficios que del mismo se deriven. Por ello, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, puede conllevar un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, que permite a la parte cumplida, pedir que se ajuste la ecuación y se le pague el perjuicio correspondiente. Pero para ello, hay que tener en cuenta la distribución de riesgos asumida en el contrato, así como la entidad del desequilibrio, pues como se ha referido en otra parte de este laudo, no todo desequilibrio es objeto de reconocimiento, en razón a lo irrisorio frente al beneficio o utilidad prevista para las partes.

Revisando el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda de reconvención, encontramos que ellas se apoyan específicamente en el hecho de que, como el concesionario, durante cerca de 92 meses, no operó la estación de servicio, entonces ello representó un “AHORRO” de gastos para éste, que supuestamente debería ser reintegrado a la entidad concedente, “para conservar la ecuación financiera del contrato”.

Ante este planteamiento, debe estudiar el Tribunal, si lo reclamado por la **ANI** como perjuicio, esto es el “ahorro” obtenido por el concesionario, es realmente o no un perjuicio económico que debe ser indemnizado.

El artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que *“en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre **derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar**, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)*”. (destacado fuera del texto).

Dentro de las obligaciones que puede contraer un sujeto, están las obligaciones de dar, hacer o no hacer y las de pagar una suma de dinero. Cada obligación, tiene su correlativo derecho en cabeza del acreedor, para reclamar del deudor, la obligación adquirida por éste.

El artículo 1603 del Código Civil, preceptúa que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo 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.”

En cuanto al principio de buena fe bajo el cual deben obrar las partes contratantes, tenemos que:

BUENA FE. -

La buena fe es uno de los pilares de las relaciones negociales, bien sea entre particulares ora entre dos profesionales en el servicio, y se concreta en gobernar todos los acuerdos contractuales tanto desde su etapa preliminar, como en su ejecución y terminación, basándose en el diáfano actuar de los intervinientes en dichas relaciones. Son características de dicho principio la lealtad y la confianza con la cual se actúa y en la cual se fían las partes intervinientes.

La Constitución Política de 1991 consagró el principio de la buena fe como pilar de las actuaciones de los nacionales en sus relaciones en general, cuando señaló en su artículo 83:

*“**Las actuaciones de los particulares** y de las autoridades públicas, **deberán ceñirse a los postulados de la buena fe**, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. (Resaltado fuera del texto).*

Así las cosas, el principio de buena fe, de índole constitucional, es concebido por la Corte Constitucional como uno de los pilares base del derecho colombiano. Y al efecto ha señalado esa Corporación, que:

*“El principio de la buena fe **se erige en arco toral de las instituciones colombianas** dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.*

***En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada.”**²⁰² (Resaltado fuera de texto)*

También ha indicado que:

***“La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades CEÑIRSE EN SUS ACTUACIONES A UNA CONDUCTA HONESTA, LEAL Y ACORDE CON EL COMPORTAMIENTO QUE PUEDE ESPERARSE DE UNA PERSONA CORRECTA (“vir bonus”).**²⁰³ (Resaltado fuera del texto)*

Más tarde, a modo de recuento de la historia del principio de la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico, la misma Corte expuso:

“La buena fe, norma expresamente consagrada en la Constitución Nacional. Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dio aplicación como “regla general de derecho”, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

*Esa situación varió con la Constitución de 1991, **cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas** y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

En torno a lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución vigente, esta Corporación se ha pronunciado en diferentes oportunidades, así:

*-En sentencia T-460 de 1992, se expresó que: “El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que **las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán***

²⁰² Sentencia T-460 de julio 15 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-475 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

participar de supuestos que lo desconozcan. En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada”. (Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

-En sentencia C-575 de 1992, se dijo por la Corte que “El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1º de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico”. (Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

-En sentencia C-544 de 1º de diciembre de 1994, se dijo entonces por la Corte: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire **por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.** En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, **el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste.** En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”. (Magistrado ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

De esta suerte, es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume que se realiza con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que, además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás.²⁰⁴ (Resaltado fuera del texto original)

Tratándose de obligaciones contractuales, la buena fe implica una gestión honrada a lo largo de la ejecución del negocio jurídico, [entendida desde los actos precontractuales hasta la liquidación del mismo].

En lo que toca al concepto de buena fe, su significado y sus efectos, la doctrina ha señalado:

“(…)

En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, ésta “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un **criterio o manera de proceder a la cual las**

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”.

(...)

LA CONFIANZA QUE DEBE PRESIDIR LAS RELACIONES JURÍDICAS LE DA LEGITIMIDAD A LAS EXPECTATIVAS QUE CADA PARTE SE FORMA RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO DE SU CONTRAPARTE DURANTE LA VIDA DE UNA PARTICULAR RELACIÓN CONTRACTUAL.

(...) *la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el **deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico.**”⁷ (Resaltado fuera del texto)*

De lo expuesto, resulta de tan alta relevancia el principio de buena fe, pues con fundamento en él, se desarrolla: i) la teoría de los actos propios; ii) la obligación de lealtad y, iii) la obligación de eficacia profesional.

TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. -

Con fundamento en este postulado, se señala que: “(...) *la doctrina de los actos propios, considera que **no es lícito hacer valer un derecho si la conducta materializada, es contraria con la anterior conducta desplegada por un mismo sujeto***”²⁰⁵ (resaltado fuera del texto).

Más específicamente, en lo relativo a la correlación de esta teoría con la buena fe contractual, es fundamental resaltar lo enseñado por el doctor Arturo Solarte, así:

*“(...) ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, **la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, AMPLÍA LOS DEBERES CONTRACTUALMENTE ASUMIDOS POR CADA PARTE para con ello realizar el interés contractual de la otra parte.** Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e **IMPULSA A LAS PARTES A SER COHERENTES EN SU COMPORTAMIENTO, EVITANDO CONTRADECIR SUS PROPIOS ACTOS,** entre otras conductas.”²⁰⁶
(Resaltado fuera del texto original)*

²⁰⁵ BORDA, La Teoría de los Actos Propios, Ed. LexisNexis, 2005, p. 56.

²⁰⁶ SOLARTE, ARTURO. *La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundario de Conducta.* Revista Universitatis Pontificia Universidad Javeriana, p. 284-286.

La jurisprudencia española ha institucionalizado la presente teoría, acompañándola con el principio de buena fe, en el siguiente contexto:

*“La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, **imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos** jurídicamente hablando, **ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable**, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, **POR LO QUE NO ES DABLE AL ACTOR DESCONOCER, AHORA, EL EFECTO JURÍDICO QUE SE DESPRENDE DE AQUEL ACTO**: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos”.²⁰⁷ (Resaltado fuera de texto)*

En el desarrollo nacional, es esencial tener en cuenta los dos aspectos que implica el principio de la buena fe, en correlación con los actos propios:

*“La buena fe se desdobra en dos aspectos: **primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera**, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, **CADA PERSONA TIENE DERECHO A ESPERAR DE LA OTRA ESA MISMA LEALTAD O FIDELIDAD. EN EL PRIMER CASO SE TRATA DE UNA BUENA FE ACTIVA, Y EN EL SEGUNDO, DE UNA BUENA FE PASIVA (CONFIANZA)**” (Valencia Zea Arturo. Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas. Novena Edición. 1.981. Editorial Temis Bogotá. Pág.196.).*

(...)

***El principio de la buena fe obliga a los contratantes a actuar con lealtad y con la real intención de que, a través del cumplimiento de la prestación, se logren las finalidades económicas, jurídicas y sociales perseguidas con la celebración del acto.** El señalado principio es en consecuencia una guía importante para la interpretación de los contratos a fin de determinar su espíritu y finalidad. (Suescún Melo Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad de Los Andes. Bogotá. 1.996. Pág. 18.)*

(...)²⁰⁸ (Resaltado fuera de texto)

²⁰⁷ Sentencia de 22 de abril de 1967. GÓNZALEZ, JESÚS. Principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas, pág. 117 y ss

²⁰⁸ JIMÉNEZ GIL, WILLIAM. Línea Jurisprudencial Respecto al Principio de Buena Fe. Universidad Nacional de Colombia. Consultado en línea.

La jurisprudencia nacional no ha desconocido la importancia que suscita la buena fe y el respeto al acto propio; en efecto, en sentencia T-618 de 2000, la Corte Constitucional, bajo la ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, realizó la siguiente exposición respecto de la posición reiterada de la jurisprudencia en el asunto:

“En la citada T- 295/99 se precisó este concepto:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

*La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, **SU FUNDAMENTO RADICA EN LA CONFIANZA DESPERTADA EN OTRO SUJETO DE BUENA FE, EN RAZÓN DE UNA PRIMERA CONDUCTA REALIZADA.** Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.*

(...)

La mencionada sentencia dice que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la doctrina [7] y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del acto propio, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92[8]- dijo:

*“La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. **Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (venire contra factum proprium), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias.**”*

El 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera, [9] reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto tal Corporación, en los siguientes términos:

“Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL Y UN PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:

‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene mas (sic) remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...’ (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades DESLEALES, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. QUIENES ASÍ PROCEDEN DEJAN LA DESAGRADABLE IMPRESIÓN DE QUE CON SU CONDUCTA SÓLO HAN BUSCADO SORPRENDER A LA CONTRAPARTE, SACANDO VENTAJAS DE LOS ACUERDOS QUE LUEGO BUSCAN MODIFICAR O DEJAR SIN PLENOS EFECTOS. (...).” (Resaltado fuera de texto)

En síntesis, podemos decir que:

- (i) Son tres los presupuestos con que ha de cumplir una conducta para que sea considerada dentro de la doctrina de los actos propios: (i) debe desplegarse una conducta que incida en los intereses de la otra parte; (ii) la segunda conducta debe ser contraria a la primera y debe ser realizada por el mismo sujeto y, (iii) la

contradicción de las conductas debe ocasionar un perjuicio para quienes confiaron en la primera conducta.²⁰⁹

- (ii) De ahí que se predique una coherencia entre ambos comportamientos, pues existe la obligación de abstenerse de ejecutar un acto contrario a la conducta anterior, pues su fundamento radica precisamente en la confianza del otro contratante que de buena fe, tiene una expectativa en razón de la primera conducta realizada.
- (iii) La buena fe para la materia funge como fuente de su existencia. En ese sentido, el derecho protege a quienes han depositado su confianza en las conductas anteriores desplegadas por un mismo sujeto. La buena fe para efectos de teoría es clasificada como: objetiva y subjetiva. La primera presupone que se actúe con honradez y probidad en la conducta prometida, y la segunda, es un estado psicológico en el que se supone que no se está obrando en contra del derecho o de un interés ajeno.²¹⁰
- (iv) En la teoría de los actos propios se observa la buena fe objetiva, pues su relación implica que la conducta realizada fue efectuada de modo diligente.
- (v) Quienes contrarían sus propios actos dejan entonces *“la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos.”*

En la contratación estatal, estos principios también son aplicables. Al respecto, el artículo 28 de la ley 80 de 1993, establece que:

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”* (resaltado fuera del texto).

D.2. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LO RECLAMADO. -

²⁰⁹ SALAH ABUSLEME, La Doctrina de los Actos Propios y de la Protección a la Apariencia: una mirada comparativa, Revista de Magister y Doctorado en Derecho, 2008, p, 195.

²¹⁰ *Ibíd.* p, 198.

Hechas las anteriores precisiones, pasa el Tribunal a analizar el contenido de la pretensión de la demanda de reconvención, teniendo en cuenta el comportamiento de las partes en desarrollo del contrato.

Sea lo primero recordar, que en el transcurso de la duración del contrato de concesión 0377 de 2002, han ocurrido varias modificaciones al mismo, una de ellas relacionada con el alcance definitivo del contrato (**Modificatorio No. 11 del 29 de julio de 2005**) y otros acuerdos en los que las partes han llegado a convenios, para superar parte de las reclamaciones que ha tenido el concesionario

Un aspecto sobre el cual quiere llamar la atención este Tribunal, es que durante la firma de los distintos otrosíes y modificatorios del contrato, la **ANI** nunca dejó constancia o salvedad alguna sobre el posible incumplimiento del concesionario respecto de la Estación de Servicio o la reserva para demandar posteriormente por ello. Conforme lo expuesto con anterioridad sobre la buena fe, no resulta claro que durante todo este tiempo la ANI haya demorado sus respuestas a los requerimientos del concesionario y, por el contrario, solo hasta cuando se demanda por parte del concesionario, es cuando la concedente, mediante demanda de reconvención, reclama el supuesto incumplimiento de la Estación.

A este respecto, vale recordar lo anotado en otros apartes de este laudo, en los que, haciendo alusión al deber que tienen las partes de dejar expresas sus reclamaciones, no solo al momento de la liquidación del contrato sino también al suscribir modificaciones al mismo, deben dejar a salvo su derecho a reclamar so pena de entenderse renunciada tal reclamación. Para ello nos remitimos a lo expuesto sobre la buena fe objetiva y subjetiva, dentro del capítulo 4.2 (“Exigibilidad de la obligación de reembolso y pago de los fondeos adicionales a cargo de la ANI y a favor del Concesionario”).

De otra parte, revisada la naturaleza de la suma pretendida por la **ANI**, encuentra el fallador que, como se indica en los hechos de la demanda de reconvención, lo reclamado, como el mismo demandante lo indica, supuestamente es un “**ahorro**” o menor gasto en que pudo haber incurrido el concesionario al no haber invertido los recursos del contrato destinados para el funcionamiento de esta área durante los 92 meses aproximados que, según la **ANI**, estuvo fuera de servicio, valga la redundancia, el Área de servicio del Trayecto 6 del proyecto Briceño- Tunja- Sogamoso. Para soportar el origen de las sumas reclamadas, acompaña el demandante un cálculo efectuado por la firma CONSORCIO INTERVENTORIA IBTS-658-17 del 13 de Marzo de 2017, aportado por la convocante en

reconvencción,²¹¹ interventora del contrato de concesión, en el que tomando como soporte los valores establecidos por ésta, determina cuanto sería el valor de los gastos en que dejó de incurrir el concesionario por no haber tenido operando la estación.

Independientemente de que el cálculo efectuado por la interventoría, es una estimación subjetiva de las sumas que contiene, es necesario tener en cuenta que en el informe no se haya discriminado o justificado, para cada caso, la manera de llegar a los valores obtenidos: tal es el caso de los empleados, en el que simplemente se estima el valor del salario mensual, sin que si quiera se haya calculado el valor de las prestaciones legales a que hay lugar por este hecho; o el caso del valor de la mano de obra del enfermero, en el que tan solo se estima 3 jornadas, sin precisar cuál es la base o la razón para estimar dicha suma. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la **ANI** solicitó como prueba, que se decretará y practicará un **DICTAMEN PERICIAL DE “carácter financiero y técnico a cargo de un perito experto”, con el fin de que verifique el ahorro en que incurrió CSS CONSTRUCTORES S.A. al no haber operado el Área de Servicio del Trayecto No. 6 en noventa y dos (92) meses consultando sus bases y fuentes de información**²¹²; Sin embargo, el apoderado de la ANI, el 2 de noviembre de 2017 desistió, con fundamento en el artículo 175 del C.G.P, de la práctica de este dictamen y el Tribunal, mediante auto No. 24 de esta misma fecha 2 de noviembre, en el punto PRIMERO accedió a dicha solicitud de desistimiento.

Esta simple consideración, es suficiente para establecer claramente que la **ANI**, no cumplió con la carga procesal de demostrar el valor del perjuicio reclamado, por lo que corresponde a este juzgador, desestimar el valor de los perjuicios por la falta de prueba.

Adicionalmente, para corroborar que el concepto “ahorro” no puede considerarse como un incumplimiento, en el evento que se estuviera reclamando por vía de desequilibrio económico del contrato, se tiene que lo que puede ser objeto de reparación, conforme lo establece el mencionado artículo 27 de la ley 80, son los recíprocos derechos y obligaciones, no las economías o reducciones que cada parte pueda realizar u obtener en desarrollo del contrato. Si el concesionario logra métodos que le generen un ahorro en el costo de las obras, pero manteniendo la misma calidad contratada, no se le puede reducir su ingreso, so pretexto de que tiene que invertir menos. **Un “ahorro” no es una obligación del concesionario ni un derecho del concedente.**

²¹¹ Folio CD 184 -Área de Servicio Chocontá-

²¹² Pág. 27 de la reforma demanda de reconvencción el 3 de mayo de 2017

Aceptar la tesis propuesta por la ANI, es tanto como aceptar que si por una buena gestión del concesionario, se lograra terminar la obra en un plazo menor al estipulado, o que el valor de los materiales o la mano de obra presupuestada resultara ser inferior, ello se pudiera considerar como un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, que en lugar de beneficiar o premiar al concesionario que lo logra, debería ser “castigado” ordenándole reintegrar parte de los beneficios económicos que haya obtenido. Sería tanto como pretender, que a pesar de que el riesgo financiero del contrato está a cargo del concesionario, si éste logra obtener en el mercado de capitales, tasas más bajas de interés, entonces, el concesionario debería reducir sus ingresos, ajustando la tarifa de peajes, por el hecho de que tienen un menor costo de la obra. A este Tribunal, no le parece sensato ni adecuado legalmente, tal razonamiento.

La desigualdad del equilibrio económico del contrato, solo puede ser referida a mayores costos para el contratista, cuando ello no provenga de los riesgos asumidos por éste y correspondan a imprevistos, y que haga que su utilidad sea menor o que tenga pérdidas en su ejecución.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que un “perjuicio”, según lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, consiste en una pérdida o en una utilidad dejada de percibir, o lo que legalmente se denomina daño emergente o lucro cesante, pero nunca puede ser considerado como un mayor ingreso que pueda tener el causante del daño. Entendido el sentido legal del concepto de perjuicio, resulta claro que aquello que constituya un “ahorro” o un menor gasto para quien supuestamente incumple una obligación, no puede tener el carácter de perjuicio que pueda o deba ser resarcido por el deudor.

Finalmente, en cuanto a la pretensión quinta, en la que solicita se declare que la demandada “*dejó de invertir en el proyecto los recursos necesarios para operar el área de servicio ubicada en el Trayecto 6 fue sellada por el Municipio de Chocontá en junio de 2009 hasta la fecha en que informó a la Agencia de su entrada en funcionamiento*”, también deberá ser desestimada, dado que, como ya se mencionó, dejar de invertir unos recursos solo constituiría un incumplimiento en la medida en que no se hubiere ejecutado la obra contratada, lo que no es así, dado que, como se apreció directamente en la inspección judicial practicada por el Tribunal, la construcción existe y como lo reconoce expresamente la ANI en su demanda y en la formulación de la pretensión, la estación estuvo inoperante entre junio de 2009 y marzo de 2017, cuando entró en funcionamiento, como consecuencia de la actuación de la alcaldía de Chocontá.

Complementariamente, no se probó por parte de la **ANI**, cuando se cumplieron los presupuestos (la adquisición de los predios y la obtención de las licencias ambientales) a partir de los cuales se contaba el término de 12 meses, para que se hiciera exigible la obligación a cargo del Concesionario, de tener operativa la mencionada área de servicios, para determinar si se encontraba en mora de cumplir su obligación. Por el contrario, está probada la imposibilidad de operar la Estación por un hecho eximente de su responsabilidad, como es la orden de sellar la construcción por parte de la Alcaldía de Chocontá, hecho de un tercero ajeno a su voluntad, que no obedece a un incumplimiento de su parte, como se ha dejado plasmado atrás.

Adicionalmente, aun aceptando, en gracia de discusión, que fuera procedente la reclamación de la **ANI**, no está probado el monto de los recursos que se ahorraron, por las razones también ya expuestas y al examinar la pretensión condenatoria PRIMERA de la demanda reformada de reconvenición, no se indica cuál es la causa de la condena impetrada.

No obstante, teniendo en cuenta la cuantía de esta pretensión, entiende el Tribunal que está relacionada con el hecho 13 de la demanda reformada de reconvenición, en el que se indica que ésta cuantía es la señalada por la interventoría del proyecto como aproximada del “*ahorro del Concesionario al no tener operando esta área de servicio ubicada en el Trayecto 6.*”.

Si ello es así, además de ser una suma aproximada y carente de demostración probatoria, es importante mencionar que la interventoría, mediante la comunicación IBTS-658-17 del 13 de marzo de 2017 dirigida a la ANI, al presentarle esta estimación “aproximada” como la misma ANI lo reconoce, afirma entre otras: “ ***... que se trata de una tasación técnica que el grupo de Defensa Judicial puede ajustar en caso de encontrarlo conveniente, toda vez que no se trata de un dictamen pericial; de hecho, se insiste en la sugerencia de solicitar dentro de la Modificación a la Demanda de Reconvenición una prueba pericial a fin de que la persona facultada estime, cuantifique, y valore tales ítems.***”.

Por todo lo anterior, prospera la primera pretensión declarativa sobre la existencia de la obligación a cargo del concesionario de construir a su costa todas las áreas de servicio del proyecto a la luz de la Cláusula 37 del contrato de Concesión 0377 de 2.002 y la cuarta declarativa, en cuanto a que ningún documento contractual posterior a la suscripción de este contrato de concesión y del documento final de ajuste de cláusulas del 29 de septiembre de 2.005, ha modificado o eliminado la obligación de áreas

de servicio. Pero se negará el resto de las pretensiones declarativas y condenatorias por carecer totalmente de fundamento y pretender el reclamo de obligaciones inexistentes.

E.-EXCEPCIONES

E.1. Excepciones Contra la Demanda Principal:

SOBRE LAS EXCEPCIONES PARTICULARES DE MERITO PROPUESTAS POR LA ANI

Precisa el Tribunal que conforme al entendimiento jurisprudencial, cuando las pretensiones de la demanda no prosperan, no es necesario pronunciarse respecto de las excepciones propuestas, por simple sustracción de materia, dado que carece de sentido decidir sobre los hechos con los que pretende el demandado atacar la pretensión, ya que desechada ésta, pues no hay algo contra lo que haya que defenderse.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“En todo pleito se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste razón. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halla que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen, háyanse opuesto por el reo como la de prescripción o la compensación, o surjan del proceso opuesto o no por éste...” (G.J. XLV, pág. 633)”

Conforme a lo anterior, si bien el Tribunal estaría excusado de tener que pronunciarse sobre las excepciones formuladas, tanto contra la demanda principal como la de reconvenición, estima que puede referirse a ellas, de manera breve y concreta, para ratificar que se desestiman teniendo en cuenta todos los razonamientos ampliamente expuestos a lo largo de esta providencia, salvo la primera excepción de la **ANI** que se despachará favorablemente, teniendo en cuenta que es una excepción dilatoria, pues no es que la obligación de pagar la contraprestación por operación y mantenimiento no exista sino que a la fecha no ha nacido.

Ahora bien sobre las excepciones particulares propuestas por la ANI, se resumen así:

- 1. EXCEPCIONES RESPECTO DEL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN EN LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-**

SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO) EL CONTRATO DE CONCESIÓN AUN CONTINÚA EN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN PARA LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YE-TIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO), POR LO TANTO, NO HAY LUGAR A REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR CONCEPTO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN).

Conforme a las consideraciones hechas con relación a esta compensación, constató el Tribunal que hasta diciembre de 2016, todavía estaban en construcción algunos de estos trayectos, y por tanto, no había culminado la etapa de construcción. No obstante, no obra en el expediente acta de terminación de la construcción de los trayectos 8, 9,10, y 17. Pero como ya quedó concluido por el Tribunal, el Concesionario tiene derecho a la contraprestación acordada en la cláusula SEXTA del modificatorio del 27 de enero de 2.006, por toda la vigencia del contrato, para lo cual deberán las partes, ANI y CSS acordar evaluar la alternativa de incrementar la tasa de peajes. Por tanto, no es cierto que la obligación no existe, y por ende no ha de prosperar la excepción como está planteada para concluir la inexistencia de la obligación.

2. EXCEPCIONES REFERENTES “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DEL PARO CAMPESINO PRESENTADO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2013”

INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 50.3 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002

Esta excepción no prospera por las siguientes razones:

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral, en lo que respecta a la excepción arriba enunciada, la ANI haciendo referencia a las Cláusulas 28.3 y 50.3 del Contrato de Concesión, deduce los requisitos para que proceda el reembolso a favor del Concesionario, de los gastos en que haya incurrido por la ocurrencia de una Fuerza Mayor o Caso Fortuito, a saber:

- Se trate de daños ocasionados por riesgos a cargo del Invías, en los términos de la Cláusula 28.3 de este Contrato;
- EL CONCESIONARIO haya dado aviso inmediato al INVÍAS y al Interventor sobre la ocurrencia de tales eventos. La evaluación de tales hechos, las causas que los motivaron y la diligencia con que el CONCESIONARIO actuó ante ellos, deberán constar en actas que se suscribirán entre el Interventor y el CONCESIONARIO, revisadas por el INVÍAS, dentro de los treinta (30) días Calendario siguientes a la fecha en que cesen dichas causas.

Concluye la ANI que a la fecha no se han suscrito las actas que requiere la Cláusula 50.3 para que proceda el reembolso de los gastos reclamados, por lo tanto, no ha surgido para la ANI la obligación que reclama el Concesionario.

Para resolver, el Tribunal se remite a las consideraciones hechas anteriormente, según las cuales, la convocante dio aviso oportuno a la ANI sobre la ocurrencia del hecho, que la inexistencia del acta conjunta, no resulta aplicable para desconocer la existencia de pagar la suma que resultara probada, dado que se trata de daños asumidos por parte del Concedente y, como se analizó, la existencia del acta no era un requisito para que pudiese existir la obligación de pagar los daños derivados del paro.

3. EXCEPCIONES RESPECTO DE “LA COMPENSACIÓN AL CONCESIONARIO POR EFECTO DE LOS FONDEOS ADICIONALES REALIZADOS A LA CUENTA PREDIOS Y A LA CUENTA PREDIOS ADICIONAL”

- **EL CONCESIONARIO AÚN NO HA ADQUIRIDO LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS PARA EL PROYECTO POR LO CUAL NO HAY LUGAR A RECONOCERLE LA INDEXACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN).**

Esta excepción no prospera por cuanto la obligación de reconocimiento y reembolso de los fondeos adicionales a la cuenta PREDIOS y PREDIOS ADICIONAL, sí existe, pero no se ha hecho exigible, conforme quedó suficientemente sustentado en las consideraciones hechas atrás sobre este punto. Además, no puede confundirse la indexación pactada en el contrato para fundamentar la inexistencia de la obligación de reconocimiento y reembolso de los fondeos adicionales reclamados por CSS.

Indexación sobre la cual no entrará el Tribunal en detalle, toda vez que no prospera ninguna pretensión de condena formulada por **CSS** con relación a la compensación al concesionario por efecto de los fondeos adicionales realizados a la cuenta de predios y cuenta de predios adicional. No está probado que el Concesionario haya adquirido todos los predios, ni el último predio del alcance definitivo del proyecto, como fue analizado suficientemente en los considerandos.

- **LA ANI NO CUENTA CON LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA RECONOCER EL CAPITAL DE LOS PREDIOS ADQUIRIDOS HASTA LA FECHA (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO).**

Esta excepción tampoco prospera, pues como también quedo considerado por el Tribunal, **CSS** no ha incumplido con su obligación de suministrar información, sino que no ha concluido la entrega de ésta a la **ANI**, tal como se constata en el último informe de interventoría que aportó la entidad estatal. Lo cual es diferente a que la **ANI** no cuenta con la información necesaria para reconocer el capital de los predios adquiridos hasta la fecha, lo cual no está demostrado que sea por un hecho atribuible exclusivamente al Concesionario.

- **EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 21.2.1 NUMERAL IV.**

Como se analizó en páginas anteriores, la cláusula original fue modificada por el otrosí del 3 de abril de 2008, siendo que hasta la fecha no se ha terminado de entregar toda la información sobre la gestión predial, y dado que aparentemente no se estableció algún plazo contractual para hacerlo, es evidente que no se puede hablar de incumplimiento del concesionario, sino hasta que se haga la entrega definitiva y se pueda verificar si se cumplió con la obligación adquirida.

Sobre las Excepciones de Mérito Comunes a Todas las Reclamaciones Presentadas. -

. - **DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.** - luego de hacer referencia a algunas jurisprudencias, concluye que:

“Ruego al H. Tribunal atenerse al tenor literal de las cláusulas que no presente ningún tipo de ambigüedad o confusión.”

. - AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI. - Luego de hacer unas consideraciones sobre lo que constituye incumplimiento y transcribir algunas jurisprudencias, concluye que:

“El éxito de la acción de controversias contractuales cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite con exactitud el incumplimiento contractual que reclama, lo que no ocurre en la demanda que nos ocupa, así como que demuestre los perjuicios que reclama.”

. - EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. - Para sustentarla, simplemente se indica que:

“Teniendo en cuenta que se ha establecido que para que haya lugar a indemnización de perjuicios por daños derivados de la responsabilidad civil contractual (ya sea daño emergente o lucro cesante), dichos daños deben ser consecuencia inmediata o directa de que el deudor de una obligación dentro de la relación negocial no haya cumplido la misma, o se haya demorado en su cumplimiento, no procede la reparación de daños pretendida porque primero los derechos pretendidos por el Concesionario no existen debido a sus incumplimientos contractuales, y segundo la ANI no incumplió obligación alguna total o parcialmente, ni puede decirse que el cumplimiento imperfecto o retardado de sus obligaciones haya ocasionado daño alguno.”

. - FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTIA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS.

- Se fundamenta exclusivamente en la siguiente manifestación:

“Teniendo en cuenta que se ha establecido que para que haya lugar a indemnización de perjuicios por daños derivados de la responsabilidad civil contractual (ya sea daño emergente o lucro cesante), dichos daños deben ser consecuencia inmediata o directa de que el deudor de una obligación dentro de la relación negocial no haya cumplido la misma, o se haya demorado en su cumplimiento, no procede la reparación de daños pretendida porque primero los derechos pretendidos por el Concesionario no existen debido a sus incumplimientos contractuales, y segundo la ANI no incumplió obligación alguna total o parcialmente, ni puede decirse que el cumplimiento imperfecto o retardado de sus obligaciones haya ocasionado daño alguno”.

. - EXCEPCIÓN GENÉRICA. - Para fundamentarla, luego de hacer referencia la aplicación de unas normas procesales, concluye que *“En consecuencia, solicito a los H. Árbitros reconocer cualquier otra excepción que encuentren probada en el presente Proceso.”*

Para resolver este grupo de excepciones, se considera:

En todo proceso está comprendida el “derecho de acción” que tienen cualquier demandante de acudir a la justicia para solicitar que se le resuelva, reconozca o declare un derecho, cuyo ejercicio se concreta mediante la presentación de una demanda. Por otra parte, el demandado tiene a su vez el “derecho de contradicción”, mediante el cual se puede oponer a lo reclamado por el accionante, contestando la demanda y adoptando una cualquiera de las posiciones de defensa, como puede ser no contestar, contestar y oponerse a lo pretendido u oponerse a la prosperidad de las pretensiones, mediante la formulación de “excepciones”.

En cuanto al concepto procesal de este medio de defensa, el tratadista Hernando Devis Echandía, lo ha precisado refiriéndose en los siguientes términos:

*“De acuerdo con las ideas expuestas, presentamos la siguiente definición: En sentido propio, **la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.***

*Esta razón del demandado no requiere prueba cuando se apoya en los **hechos** aducidos por el demandante para deducir de ellos diferentes efectos jurídicos que fundamenten su oposición mediante una **distinta interpretación o calificación de tales hechos**, como sucede en la prescripción, en la nulidad relativa y en cualquier modo de extinción de las obligaciones que aparezca de la relación de los hechos de la misma demanda y que sea susceptible de confesión; deberá probarse, cuando alegue **hechos distintos a los presentados por el demandante, o modalidades de estos mismos, que los desvirtúan o modifican, o que suspenden o aplazan sus efectos**, como sucede en los casos de pago parcial o total, de vicio del consentimiento, de compensación o de nulidad porque no surgen de la demanda (salvo que se trate de hechos presumidos por la ley o notorios o indefinidos, C. de P.C., art. 177)¹⁷⁰; pero sirven las pruebas aportadas por el demandante o decretadas de oficio por el juez.*

*En el primer caso no se trata de negar los **hechos** de la demanda, ni de limitarse a negar el derecho pretendido, sino de darles a aquéllos un sentido y un alcance diferente, lo que equivale a presentarlos con una distinta modalidad, para afirmar consecuencias jurídicas favorables, como la nulidad del título invocado o la prescripción, y por esto se trata de proponer una verdadera excepción.*

*Puede pensarse que cuando de la demanda surge la **existencia de hechos** impositivos, extintivos o modificativos del derecho pretendido por el demandante lo que sucede es que este no prueba su derecho, y entonces no se trata de una verdadera excepción; eso es cierto*

*si se trata de nulidades absolutas y de falta de formalidades esenciales para la validez del acto o que la ley exige para su prueba, que resulten de la misma demanda, porque entonces no aparecerá la prueba del nacimiento del derecho reclamado; pero no cuando consistan en circunstancias de otro orden, como la prescripción o el pago o una nulidad relativa que necesite reclamación de la parte interesada, etc., porque entonces se trata de desvirtuar, definitiva o temporalmente y de manera total o parcial, las pretensiones del demandante, como en los ejemplos anteriores sucede, mediante la alegación de esas circunstancias; **y no se asumir una actitud de simple negación del derecho o de los hechos alegados por el demandante.**” (resaltado fuera del texto)*

A continuación precisa que:

*“ 2ª_ Excepciones perentorias. Son todos **los hechos** que se dirigen contra lo sustancial del litigio, o sea contra las pretensiones del actor, para desconocer el nacimiento de su derecho o la relación jurídica o para afirmar su extinción, o para pedir que se modifique parcialmente. La única clasificación aceptable de las excepciones perentorias en Colombia es la que propusimos en 1947 y ha sido aceptada por la Corte en varias sentencias¹⁷⁹, a saber:...”²¹³ (resaltado fuera del texto).*

Así las cosas, es claro que procesalmente el medio de defensa denominado EXCEPCION, no es una simple alegación de no estar de acuerdo con lo pretendido por el demandante, ni simples consideraciones jurídicas sobre la manera como debe aplicarse una norma legal, sino que, necesariamente, debe consistir en la alegación y comprobación de **hechos diferentes o nuevos** a los alegados por el demandante, con fundamento en los cuales se desvirtúe el fundamento fáctico de la pretensión, y con ello se extinga la misma o se modifique o se dilate su exigibilidad.

Conforme lo anterior, es claro que las excepciones generales alegadas por la convocada, no reúnen los mínimos requisitos para ser consideradas como verdaderas excepciones, dado que no contienen hechos nuevos y diferentes a los alegados por la convocante, sino que son consideraciones jurídicas de por qué no deben proceder las pretensiones, de manera que hace inexistentes las excepciones y su declaración será negada.

E2.- Excepciones Contra la Demanda de Reconvención:

En cuanto a las excepciones propuestas por **CSS**, se tiene que:

²¹³ DEVIS ECHANDIA Hernando. *Compendio De Derecho Procesal Teoría General Del Proceso, Tomo I, Duodécima Edición.*, Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 1987

Se encuentra que fueron denominadas como **CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE CONSTRUIR EL AREA DE SERVICIO EN EL TRAYECTO 6, CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE OPERAR EL AREA DE SERVICIO DEL TRAYECTO 6, COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA ABSOLUTA DE DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES., IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES QUE ENVUELVEN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE OBRAR CON BUENA FE OBJETIVA Y LA GENERICA O INNOMINADA;** como en el caso de la **ANI**, resulta evidente que tales excepciones no pueden prosperar ni ser tenidas en cuenta, dado que se limitan a formular simples reparos o interpretaciones sobre lo que la parte entiende, sin que contengan hechos concretos que alteren o modifiquen los hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención. Se insiste que uno es el ejercicio del derecho de defensa que tiene todo demandado de oponerse a las pretensiones, argumentando que no procede el derecho reclamado, y otro muy diferente y específico, es que se ejerza ese derecho de defensa proponiendo “excepciones”, las cuales no son simples consideraciones o interpretaciones subjetivas que hace la parte, sino que deben corresponder a circunstancias nuevas y diferentes (hechos) que desvirtúan los pilares de la pretensión reclamada o que los modifican o postergan en cuanto a su exigibilidad.

Por ejemplo, la argumentación que se expone para sustentar la excepción de no obrar con buena fe, se fundamenta, según lo expone la parte, en que: *“ los reclamos propuestos carecen de fundamento objetivo, porque no le asiste razón a la parte actora en cuanto a los incumplimientos que le reprocha a mi representada, y porque tampoco se dan los supuestos que el ordenamiento jurídico establece para que se configure un escenario de restablecimiento del equilibrio económico”;* estas son simples consideraciones subjetivas, carentes de comprobación fáctica, que representan una forma de oponerse a las pretensiones pero no constituyen una excepción formalmente.

Conforme lo expuesto, el Tribunal rechaza las excepciones propuestas por no cumplir con los requisitos formales para poder ser consideradas y estudiadas.

F.- JURAMENTOS ESTIMATORIOS

F.1. Juramento Estimatorio de CSS

En la demanda reformada, la convocante estimó el valor de los perjuicios reclamados, sin precisar qué correspondía a daño emergente y qué a lucro cesante, presentando para ello una liquidación de los valores en un cuadro de Excel. Es de puntualizar que ni en este capítulo ni en los hechos de la demanda, se precisó de manera clara y explicada de donde salían los valores de capital reclamados, más allá de una referencia a los valores de costos que debían aparecer en la contabilidad de la convocante.

Por su parte, la convocada se pronunció haciendo algunas manifestaciones sobre la forma en que fueron estimados por la accionante, indicando que corresponden a una simple estimación subjetiva, pero sin que haya objetado el juramento de acuerdo con lo establecido en el artículo 206 del C.G.P.

Conforme se ha explicado a lo largo de esta decisión, varias de las pretensiones declarativas han prosperado y otras han sido negadas, bajo el entendido de que la interpretación que la convocante hacía sobre el entendimiento de los acuerdos contractuales, no correspondía a la debida interpretación de los mismos, conforme lo ha analizado el Tribunal. Bajo este entendido, es claro que lo reclamado como pretensiones declarativas, no corresponde a reclamaciones temerarias ni abusivas, sino a una manera de interpretar cláusulas contractuales, de donde surgió la controversia sometida a litigio.

De otra parte, en cuanto al valor de los perjuicios reclamados, si bien su cuantía no fue debidamente acredita con las pruebas del proceso, lo cierto es que al no prosperar sino una de las pretensiones de condena, cuya cuantía fue muy aproximada a la estimada por la convocante, en consecuencia no hay lugar a valorar ningún perjuicio, de manera que tampoco habría como establecer si existe una diferencia superior al 50% del valor de lo reclamado con lo efectivamente probado, pues ello supone que para hacer esa valoración, sería presupuesto necesario que se hubiere declarado el pago del perjuicio reclamado pero que el valor estimado fuere diferente al reclamado, lo que no ocurre en este caso.

Por lo anterior, no hay lugar a imponer ninguna sanción con fundamento en el artículo 206 ya mencionado.

F.2. Juramento Estimatorio de la ANI

En cuanto al valor de los perjuicios que fueron estimados por el actor conforme al artículo 206 del CGP, estos fueron objetados por la parte demandada alegando que “el hecho que no exista el área

de servicio no ha generado ningún “ahorro” en la nómina y sosteniendo que simplemente era un cálculo indebido, dado que no se requeriría personal diferente al que hubiere necesitado para atender la zona de alimentación, aduciendo entre otros argumentos, que *“el personal sería el mismo que siempre ha estado dispuesto para la prestación del servicio de atención a accidentados, y que ha tenido siempre el Concesionario, cumpliendo con las previsiones contractuales”*. No obstante lo anterior, no se hizo alegación concreta respecto de la manera como se hizo la estimación del valor reclamado ni se especificó *“razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.”*

Además, se advierte por el Tribunal que la demandada en reconvención, al objetar la estimación de la cuantía, se refiere a la formulada por “TRANZIT S.A.S”, lo que debe obedecer a un error de digitación y debe entenderse por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, demandante en reconvención.

Dispone la anterior norma, que cuando la estimación hecha resulte superior al 50% de la cantidad probada, se condenará al demandante a pagar a la otra una suma equivalente al 10% de la diferencia. *“También a la condena a la que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*, en cuyo caso la sanción sería del 5% del valor pretendido en la demanda.

El alcance del artículo 206 del C.G.P., ha sido precisado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-157/13, al indicar que:

“El primer escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no existieron, se ajusta de manera estricta a la finalidad de la norma, e incluso coincide con el ejemplo que se dio al exponerla en el informe ponencia para primer debate en el Senado de la República.

El segundo escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no se satisfizo la carga de la prueba, daba lugar a plantear dos sub escenarios hipotéticos: los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo y los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo.

6.4.3.2. Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable. La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo ello lleva aparejado. Pero merced a su propia culpa, tampoco es irrazonable o desproporcionado que se aplique la sanción prevista en la norma demandada. Y es que someter a otras personas y a la administración de justicia

a lo que implica un proceso judicial, para obrar en él de manera descuidada, descomedida y, en suma, culpable, no es una conducta que pueda hallar amparo en el principio de la buena fe, o en los derechos a acceder a la justicia o a un debido proceso.

6.4.3.3. *No obstante, si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración. Y es que algunos medios de prueba como el testimonio están sometidos a virtualidades como la muerte del testigo, caso en el cual la prueba se toma imposible; otros medios de prueba, como los documentos, están sometidos a la precariedad del soporte que los contiene, y a los riesgos propios de éste, como el fuego, el agua, la mutilación, el extravío, etc.*

(...) **RESUELVE:**

*Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, **bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado**”.*(resaltado fuera del texto).

Por otra parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-279/13, analizando la diferencia entre la sanción prevista en el párrafo del artículo 206 y la prevista en el párrafo 4 de la norma, sostuvo que:

“(…)

En la sentencia C – 157 de 2013, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del párrafo declarando su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa por la cual no se satisface la carga de la prueba es imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente, pues en este evento la sanción resultaba excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

*Por el contrario, la sanción contemplada en el inciso cuarto no es excesiva ni desproporcionada y se diferencia claramente de la sanción analizada en la sentencia C – 157 de 2013, por dos (2) razones: (1) **en el caso de la sanción consagrada en el párrafo, el demandante no obtiene el pago de sus pretensiones y por ello debe cancelar el valor de la sanción directamente con su propio patrimonio, mientras que en el evento de la sanción contemplada en el inciso cuarto si se obtiene un pago pero debiendo descontar un diez por ciento de la diferencia entre lo estimado y lo probado; (ii) la sanción del párrafo se aplica sobre el valor total de la pretensión, mientras que la contemplada***

en el inciso cuarto se impone solo sobre la diferencia entre la suma pretendida y la probada.

Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas”^[93] en el sistema procesal colombiano. En este marco, la sanción se fundamenta en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia^[94], el cual puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia^[95], que no solamente se condena penalmente, sino también con la imposición de sanciones al interior del propio proceso civil a través del sistema de responsabilidad patrimonial de las partes cuyo punto cardinal es el artículo 80 de acuerdo con el cual “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida”.

(...)” (resaltado fuera del texto).

Revisada la actuación del demandante en reconvención, el contenido de su demanda y la estimación del valor del perjuicio reclamado, es claro que las pretensiones de condena fueron negadas por no existir el supuesto incumplimiento contractual ni el perjuicio reclamado, lo que, a voces de la Corte Constitucional, hace que se califique como temeraria la reclamación que se hizo, al carecer totalmente de fundamento legal y contractual. Así mismo, como consecuencia de ello, el valor estimado del perjuicio reclamado, no solo resulta excesivo o injustificado, sino que además, la carga probatoria que tenía el demandante es totalmente ausente o descuidada, pues se limitó a reclamar como perjuicio una simple estimación hecha por la interventoría, sin soporte alguno que demuestre el cálculo efectuado, al punto que la misma interventoría manifiesta “... **que se trata de una tasación técnica que el grupo de Defensa Judicial puede ajustar en caso de encontrarlo conveniente, toda vez que no se trata de un dictamen pericial; de hecho, se insiste en la sugerencia de solicitar dentro de la Modificación a la Demanda de Reconvención una prueba pericial a fin de que la persona facultada estime, cuantifique, y valore tales ítems**”. (resaltado fuera del texto).

Pero agrava la actuación de la demandante en reconvención, la circunstancia de que no solo se limitó a aportar como prueba un documento carente de fuerza probatoria, sino que habiendo podido suplirlo o complementarlo con el soporte de un dictamen pericial, habiéndolo solicitado, sin ninguna aparente

justificación, el propio interesado desistió de la práctica de la prueba, que hubiere podido cumplir con la carga probatoria que tenía.

Con fundamento en lo expuesto, y en aplicación al parágrafo del artículo 206 del C.G.P., el Tribunal impondrá la multa correspondiente, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, por la suma de **\$124'889.308.00**, que corresponde al 5% del valor del perjuicio reclamado por valor de **\$2.497.786.159**.

G. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”*.²¹⁴

A tal efecto, tanto CSS como la ANI solicitaron la condena en costas de la respectiva contraparte.

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Por su parte, el numeral 5º. del artículo 365 del CGP establece que *“[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Ahora bien:

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

²¹⁴ Artículo 2º del Acuerdo de 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

3. Honorarios de los Árbitros y la Secretaría, y Gastos del Tribunal:

TABLA 1

LIQUIDACION DE HONORARIOS		
Árbitros	DR. SARMIENTO	\$ 737.717.000,00
	DRA. GUILLEN	\$ 737.717.000,00
	DR. GALLO	\$ 737.717.000,00
Secretario	DRA. ZULETA	\$ 368.858.500,00
Centro	CAC CCB	\$ 368.858.500,00
	Otros gastos	\$ 40.000.000,00
	Total	\$ 2.990.868.000,00
	IVA	\$ 560.664.920,00
TOTAL		\$ 3.551.532.920,00

En consecuencia, la ANI habrá de asumir lo relativo a los costos de gastos y honorarios del Tribunal, en la proporción del 50%, tomando en cuenta que fueron suministrados en su totalidad por CSS en la cantidad de **\$3.551.532.920,00**, por tanto, la parte Convocada ANI le corresponde restituir a la parte Convocante CSS la cantidad de **\$ 1.775.766.460 (A)**.

De conformidad con el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, se deja constancia de que en el expediente no aparece constancia de que la parte convocada haya restituido a la convocante, la parte que esta cubrió de los honorarios y gastos del Tribunal, lo que deberá tener en cuenta la ANI para que atienda el pago que le corresponda, conforme a la ley.

4. Honorarios y gastos del perito

TABLA 2

LIQUIDACION DE HONORARIOS Y GASTOS PERITO		
Honorarios Perito	Julio Villarreal	\$ 140.000.000,00
	IVA 19%	\$ 26.600.000,00
	Gastos	\$ 5.000,000,00
TOTAL		\$ 171.600.000, 00

- Valor pagado por CSS \$ 85.800.000,00
- Valor pagado por la ANI \$ 85.800.000,00
- **50% a cargo de la ANI \$ 85.800.000,00 (B)**

5. Agencias en derecho:

En materia de *agencias en derecho* el Tribunal encuentra razonable establecer el 50% total de honorario de un árbitro como agencias en derecho en la suma de:

- Honorario de un árbitro \$ 368.858.500,00
- **50% a cargo de la ANI \$ 184.429.250,00 (C)**

6. Se concluye lo siguiente:

Total Honorarios y gastos del Tribunal (A), honorarios y gastos Pericia (B) y Agencias en Derecho a cargo de la ANI (C) y a favor de CSS: \$2.045.995. 710.oo Sin embargo, como la ANI ya pagó \$85.800.000, estos se descontarán del monto definitivo para un gran total de **\$1.960.195. 710.oo**

V. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (Demandante) y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-** (Demandada), habilitado por las Partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, negar la declaración de falta de competencia para conocer y decidir el presente proceso arbitral, que fue solicitada por parte del Ministerio Público.

SEGUNDO: Negar la declaración de nulidad del contrato 0377 de 2002 y sus modificatorios, que fue solicitada por parte del Ministerio Público en el escrito presentado el 5 de octubre de 2018, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Sobre las Pretensiones de la Reforma de la Demanda Integrada

A. Pretensiones declarativas.

TERCERO: Declarar que prospera la Pretensión Primera, indicando 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, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en relación con la pretensión segunda de la demanda principal, se declara 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.

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en relación con la pretensión tercera de la demanda principal, se declara 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.

SEXTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en relación con la pretensión cuarta de la demanda principal, se declara 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.

SÉPTIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión quinta de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente en el sentido de que con la firma del acuerdo modificatorio del 15 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, se comprometió al pago de una compensación a favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** para compensar las obligaciones de operación y mantenimiento que debía asumir el concesionario, mientras se hacía la restitución material al **INCO** de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 del Proyecto en concesión, en los términos consignados en el modificatorio No. 12 de 15 de septiembre de 2005.

OCTAVO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión sexta de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente en el sentido de que en el documento modificatorio No. 12 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 que el CONCESIONARIO continuaría siendo el responsable del mantenimiento y operación de los tramos 8, 9, 10 y 17 por un término no mayor a seis (6) meses, mientras se hacía la entrega real de los trayectos al **INCO**, a cambio de lo cual se generaría una compensación a favor del concesionario.

NOVENO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión séptima de la demanda principal, se declara que mediante documento modificatorio No. 14 del 27 de enero de 2006, se pactó entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, un plazo de cinco (5) años para la ejecución de la construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17, la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados, plazo en el cual **CSS CONSTRUCTORES S.A.** sería responsable de la operación y mantenimiento de esos tramos.

DÉCIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión octava de la demanda principal, se declara que por hechos no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** no fue posible terminar la construcción de los tramos 8, 9, 10 y 17 en el plazo de cinco (5) años, en los términos pactados en el documento modificatorio No. 14 del 27 de enero de 2006.

DÉCIMO PRIMERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, se niega la declaración solicitada en la pretensión novena.

DÉCIMO SEGUNDO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima de la demanda principal, se declara que el 18 de marzo de 2011, se suscribió el Acta de Finalización de obras de varios Trayectos, incluyendo los trayectos 11 y 18.

DÉCIMO TERCERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión undécima de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

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

DÉCIMO QUINTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima tercera de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

DÉCIMO SEXTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima cuarta de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

DÉCIMO SÉPTIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima quinta de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

DÉCIMO OCTAVO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima sexta de la demanda principal, prospera parcialmente la pretensión por cuanto no se afecta el equilibrio económico del contrato, por lo que se declara que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que afectaron el desarrollo del contrato de concesión 0377 de 2002, por la ocurrencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.

DÉCIMO NOVENO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima séptima de la demanda principal, se declara que la ocurrencia del “Paro Agrario”, que inicio el 19 de agosto de 2013, causó perjuicios a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.

VIGÉSIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima octava de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

VIGÉSIMO PRIMERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión décima novena de la demanda principal, **Declarar** que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **TRESCIENTOS**

OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$383.367.803, 00), por concepto de capital de los perjuicios y/o mayores costos en que incurrió el concesionario, como consecuencia del denominado “Paro Agrario” que inicio el 19 de agosto de 2013.

VIGÉSIMO SEGUNDO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

VIGÉSIMA TERCERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima primera de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

VIGÉSIMA CUARTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima segunda de la demanda principal, se declara que en virtud a la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002, en lo relativo a la nueva definición de “Alcance Definitivo” del proyecto, ello conllevó a **CSS CONSTRUCTORES S.A** a anticipar el fondeo previsto para la etapa de operación y mantenimiento a la etapa de construcción, en lo concerniente a la gestión predial del proyecto.

VIGÉSIMO QUINTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima tercera de la demanda principal, se declara que el 27 de enero de 2006 se incluyeron por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, actividades al contrato de concesión No. 0377 de 2002, relacionadas con la construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (*sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso*).

VIGÉSIMO SEXTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima cuarta de la demanda principal, se declara que a la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 relacionada con la definición de “Alcance Definitivo” del proyecto, así como las actividades relacionadas con la construcción de los trayectos, 9, 10 y 17 (*sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso*) de la Concesión Briceño-Tunja-Sogamoso, le es aplicable lo previsto en la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima quinta de la demanda principal, se declara que en cumplimiento con lo previsto en la cláusula 27.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado, hasta el 29 de diciembre de 2016, los fondeos adicionales que, la cuenta de predios de la fiducia del contrato de concesión, ha requerido.

VIGÉSIMO OCTAVO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal, se declara que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado los fondeos adicionales a las cuentas Predios desde el mes de marzo de 2010, y Predios Contrato Adicional a partir del mes de septiembre de 2010, cuya certificación ha expedido la Fiduciaria

del proyecto, y cuya relación se incluye en los informes que con periodicidad mensual remite la Fiduciaria tanto al Concesionario como a la Agencia Nacional de Infraestructura.

VIGÉSIMO NOVENO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima séptima de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

TRIGÉSIMO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima octava de la demanda principal, se declara que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, ha efectuado los fondeos adicionales, en exceso al presupuesto de predios del contrato de concesión No. 0377 de 2002, por la suma de **CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS/MCTE (\$53.415.830.287.00.)**

TRIGÉSIMO PRIMERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión vigésima novena de la demanda principal, se declara que para la liquidación de los intereses para el pago al Concesionario **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de los fondeos adicionales que ha requerido la gestión predial del proyecto, deben aplicarse las cláusulas 27.3 y 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión trigésima de la demanda principal, se niega la declaración solicitada en la pretensión.

B. Pretensiones de Condena

TRIGESIMO TERCERO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión primera de condena de la demanda principal, se condena a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **\$383'367.803.00** por capital, reconocida en la declaración VIGÉSIMO PRIMERA anterior de esta parte resolutive, y **\$202.611.000.00** por concepto de intereses moratorios, liquidados a la tasa del 11.48% E.A., a partir del 14 de marzo de 2015 y hasta la fecha del presente laudo.

En cuanto a las demás pretensiones de condena contenidas en esta petición, se niegan por las razones contenidas en la parte motiva.

TRIGESIMO CUARTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión segunda de condena, se niega.

TRIGÉSIMO QUINTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en cuanto a la pretensión primera subsidiaria a la segunda principal de condena de la demanda principal, se declara que prospera parcialmente y se dispone que la suma de capital a pagar, prevista en el numeral

TRIGÉSIMO TERCERO anterior, a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, se actualiza desde el 14 de marzo de 2015 hasta la fecha del presente laudo, aplicando la indexación del IPC, quedando actualizada en la suma de **\$453.974. 151.00**

En cuanto a las demás sumas reclamadas, se niega la pretensión.

TRIGÉSIMO SEXTO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, se declara que prospera parcialmente la pretensión tercera de condena de la demanda principal, y se dispone que en el evento en que la convocada no cancele el valor de la condena dentro del plazo previsto en este laudo, se causarán intereses moratorios sobre el capital adeudado, a la tasa del interés corriente Bancario incrementado en un 50%, sin que exceda la tasa máxima legal, liquidado a partir del vencimiento del plazo para pagar y hasta que se realice su cancelación, conforme lo previsto en la cláusula 49 del contrato 0377 de 2002.

TIRGÉSIMO SÉPTIMO: Esta pretensión no se resuelve por cuanto es subsidiaria de la pretensión tercera de condena anterior, que prosperó parcialmente.

Sobre las pretensiones formuladas en la Demanda de Reconvención

Pretensiones Declarativas y de Condena

TRIGÉSIMO OCTAVO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, prospera la primera pretensión de la demanda de reconvención, y en consecuencia se declara que la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto, según lo señalado en la Cláusula 37 del contrato de Concesión 0377 de 2002, era contractualmente exigible a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, como parte las obligaciones a cargo de ésta.

TRIGÉSIMO NOVENO: De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, prospera la pretensión cuarta de la demanda de reconvención y, en consecuencia, se declara que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y al Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, la obligación de áreas de servicio del proyecto ha sido modificada o eliminada.

CUADRAGÉSIMO: Conforme a las razones expuestas en la parte motiva, se niegan las demás pretensiones declarativas y de condena de la demanda de reconvención.

Excepciones formuladas por la ANI contra la demanda principal.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera ninguna de las excepciones particulares propuestas por la ANI, denominadas **“EL CONTRATO DE CONCESIÓN AUN CONTINÚA EN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN PARA LOS TRAYECTOS 8, 9, 10 (VILLAPINZÓN – TUNJA), 11 (PASO URBANO POR TUNJA), 17 (LA YETIBASOSA-SOGAMOSO) Y 18 (LA YE NOBSA-SOGAMOSO), POR LO TANTO, NO HAY LUGAR A REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR CONCEPTO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN)”, “INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 50.3 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002”, EL CONCESIONARIO AÚN NO HA ADQUIRIDO LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS PARA EL PROYECTO POR LO CUAL NO HAY LUGAR A RECONOCERLE LA INDEXACIÓN PACTADA EN EL CONTRATO (INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN)” ; “LA ANI NO CUENTA CON LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA RECONOCER EL CAPITAL DE LOS PREDIOS ADQUIRIDOS HASTA LA FECHA (INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO) y “EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 21.2.1 NUMERAL IV”.**

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que las excepciones de mérito comunes a todas las reclamaciones presentadas por el concesionario, denominadas **DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES, AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI, EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS y EXCEPCIÓN GENÉRICA CON BASE EN EL ARTÍCULO 187 DEL CPACA y 282 DEL CGP**, no prosperan por las razones expuestas en la parte motiva.

Sobre las excepciones formuladas por CSS contra la Demanda de Reconvención

Teniendo en cuenta que solo prosperaron dos pretensiones declarativas, que no tienen nada que ver con el incumplimiento contractual de parte del concesionario alegado por la ANI, no es necesario pronunciarse respecto a las excepciones de mérito propuestas por la demandada o convocada en reconvención CSS CONSTRUCCIONES S.A., y que se denominaban **CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE CONSTRUIR EL AREA DE SERVICIO EN EL TRAYECTO 6, CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE OPERAR EL AREA DE SERVICIO DEL TRAYECTO 6, COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA ABSOLUTA DE DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES, IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES QUE ENVUELVEN QUEBRANTAMIENTO DEL DEBER DE OBRAR CON BUENA FE OBJETIVA y la GENÉRICA O INNOMINADA.**

Sobre los Juramentos Estimatorios

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, con fundamento en el artículo 206 del C.G.P., condenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI** a pagar la suma de ciento veinticuatro millones ochocientos ochenta y nueve mil trescientos ocho pesos (**\$124'889.308.00**), que corresponde al 5% del valor de los perjuicios reclamados por la suma de dos mil cuatrocientos noventa y siete millones setecientos ochenta y seis mil ciento cincuenta y nueve pesos (**\$2.497.786.159**), a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración.

El pago de la anterior sanción, deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, y dentro del mismo término radicar ante la secretaria del Tribunal, la copia de la consignación respectiva.

Sobre las costas del Proceso

CUADRAGESIMO CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva y con fundamento en el numeral 5º. del artículo 365 del CGP condenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI** al pago de la suma de mil novecientos sesenta millones ciento noventa y cinco mil setecientos diez pesos (**\$1.960.195. 710.00**) en favor de **CSS CONSTRUCCIONES S.A.**, por concepto de costas del Proceso y de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación contenida en el literal G de este Laudo.

Sobre aspectos administrativos.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a la Parte Convocante , quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios. Asimismo, ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y el Secretario, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Otras declaraciones.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Disponer que cualquier suma de dinero que haya que pagar, se deberá efectuar su pago dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES

Presidente

CAROLINA GUILLÉN GÓMEZ

Árbitro

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA

Árbitro

PATRICIA ZULETA GARCIA

Secretaria