

REPÚBLICA DE COLOMBIA



YUMA CONCESIONARIA S.A.
contra
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
–Radicación No. 5206–

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitraje a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias surgidas entre YUMA CONCESIONARIA S.A. (en adelante también “YUMA”) y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (en adelante también “ANI”).

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante este laudo se derivan del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscrito el 4 de agosto de 2010 entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y YUMA.

2. Las partes del proceso

La parte convocante y demandante dentro del presente trámite es YUMA CONCESIONARIA S.A., sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

La parte convocada y demandada es la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 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.

El 3 de noviembre de 2012, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4165, por medio del cual *“se cambia la naturaleza jurídica, cambia la denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones – Inco”*. Según el artículo 25 de este decreto, *“Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones – Inco, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura”*.

En virtud de lo anterior, la parte convocada es la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-, antes INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO.

3. El pacto arbitral

El pacto arbitral acordado por las partes tiene la forma de cláusula compromisoria y está contenido en la Sección 18.02 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010. Su texto es el siguiente:

“SECCIÓN 18.02. Tribunal de Arbitramento Local.

Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (el “Tribunal”), que se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 y demás normas vigentes que lo modifiquen o complementen, conforme a las siguientes reglas:

(a) Designación de los Árbitros: *El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes. A falta de acuerdo, total o parcial, él o los árbitros respecto de los cuales no haya habido consenso será(n) designado(s) por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las Partes.*

(b) Procedimiento. *El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

(c) *El Tribunal decidirá en derecho”*

A su vez, en la cláusula Décima Cuarta del Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscrito el 30 de marzo de 2016, las partes señalaron lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA.- *Considerando que persiste una controversia o diferencia entre las Partes en relación con el reconocimiento de la variantes referidas, tal como se describió en detalle en los considerandos A. al M. del presente Otrosí, **LAS PARTES** con fundamento en la Sección 18.02 del **CONTRATO** acuerdan someter esta controversia a la decisión de un Tribunal de Arbitraje, con el fin de resolver y dirimir definitivamente la controversia en comento”.*

Advierte el Tribunal que las partes no discuten la existencia misma del contrato, con independencia de sus diferencias relativas a su ejecución y cumplimiento, aspectos sobre los que, precisamente, versa el litigio sometido a conocimiento del panel arbitral.

4. Las pretensiones de la demanda

En su demanda YUMA elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: *Que se declare que la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 señala lo siguiente:*

“Variantes de Población:

Se incluye en el Sector la Variante de Bosconia, para la que se ha previsto intersecciones a nivel tipo glorieta con las vías que intercepta. Toda variante construida debe ser diseñada y desarrollada como una vía cerrada y protegida, con el propósito de evitar invasiones al derecho de vía en el futuro.”

Cuadro 4. Variantes de Población

Variante	Descripción	Ramal	Inicio		Final	
			PR Inicio	Ruta	PR Final	Ruta
Bosconia	Se conforma como anillo vial con intersecciones tipo glorieta para los cruces hacia Santa Marta, Cartagena, Valledupar y Bogotá.	Bogotá - Cartagena	85+600	4516	24+000	8003
		Cartagena - Santa Marta	24+000	8003	3+000	4517
		Santa Marta – Valledupar	3+000	4517	28+100	8003
		Valledupar –Bogotá	28+100	8003	85+600	4516

SEGUNDA: Que se declare que, de conformidad con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y las aclaraciones hechas al mismo en relación con el número de variantes a construir, la obligación de **YUMA CONCESIONARIA S.A.** es construir una (1) variante.

TERCERA: Que se declare que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y sus aclaraciones, en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y el Otrosí No. 7¹, sólo se previó la construcción de una (1) variante.

CUARTA: Que se declare que, de conformidad con lo contenido en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, la **AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES**, mediante actos administrativos en firme, impuso a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, la obligación de construir 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, a saber:

Número	Variante	Licencia ambiental	Tramo
1	Cuatro Vientos	Res. 0928	Tramo 2
2	El Difícil	Res. 1384	Tramo 6 y 7
3	Nueva Granada	Res. 1384	Tramo 6
4	Plato	Res. 1084	Tramo 6
5	El Bajo	Res. 296	Tramo 6
6	La Gloria	Res. 296	Tramo 6
7	Pueblo Nuevo	Res. 296	Tramo 7
8	El Copey	Res. 1208	Tramo 3

¹ Consideración A del Otrosí 7 al Contrato de Concesión No. 7 de 2010, del 30 de marzo de 2016.

9	Loma del Bálsamo	Res. 1208	Tramo 3
10	La Gran Vía	Res. 1208	Tramo 4
11	La Isabel	Res. 1208	Tramo 4
12	Julio Sawady	Res. 1208	Tramo 4
13	Maria Angola	Res. 1208	Tramo 8
14	Aguas Blancas	Res. 1208	Tramo 8

Nota: la licencia correspondiente a San Roque, aun se halla en trámite.

QUINTA: *Que se declare que la construcción de 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, excede y desborda el alcance del objeto contratado y conlleva un riesgo extraordinario que **YUMA CONCESIONARIA S.A.** no está obligada a soportar, lo que genera un desequilibrio económico del mencionado contrato en perjuicio de **YUMA CONCESIONARIA S.A.** por causas no imputables a ésta.*

SEXTA: *Que se declare que la construcción de 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, constituye un riesgo extraordinario no previsto, que **YUMA CONCESIONARIA S.A.** no está en la obligación de soportar.*

SÉPTIMA: *Que, en virtud de las anteriores pretensiones, se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** tiene la obligación de reconocer y pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.** los sobrecostos y perjuicios que ésta ciertamente habrá de soportar como consecuencia de la construcción de 14 variantes adicionales a la considerada por **YUMA CONCESIONARIA S.A.** al momento de presentar su oferta, conforme a lo previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010.*

OCTAVA: *Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** deberá pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, para cada variante, el valor que se obtenga de la aplicación de la metodología que a continuación se enuncia:*

- a. *PASO 1. Tomar las cantidades de los volúmenes de obra de Diseño (ver prueba No. 5.2) para la construcción de cada una de las variantes elaborados a partir de la imposición de la **ANLA**.*
- b. *PASO 2: Tomar las distancias de acarreo entre la fuente de material y la distancia media con cada una de las Variantes, tomadas de los volúmenes de Diseño para la construcción de cada una de las variantes elaborados a partir de la imposición de la **ANLA**. (Ver prueba No. 5.3)*
- c. *PASO 3: Tomar, cuantificar y medir las obligaciones ambientales que se generan por la construcción de las Variantes a la luz de la nueva normativa ambiental, referente a la obligación de efectuar mayores Compensaciones Ambientales consignadas en la Resolución 1517 de 2012 expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Adicionalmente, deberá*

valorarse el mayor costo que genera cumplir las órdenes de la Interventoría en materia de emhradizado y cerca viva (swinglea)

- d. PASO 4: Tomar las cantidades de obra de los pasos poblacionales, consignadas en la versión Inicial de Diseño, elaborado antes de conocer las decisiones de la **ANLA** que obligan a **YUMA** a construir las Variantes. (Ver prueba No. 5.1)
- e. PASO 5: Tomar las distancias de acarreo entre la fuente de material y la distancia media con cada uno de los Pasos Poblacionales contenidas en la versión Inicial de Diseño (ver prueba No. 5.3), elaborado antes de conocer las decisiones de la **ANLA** en las que le impuso a **YUMA** la obligación de construir las Variantes.
- f. PASO 6: Tomar y cuantificar las obligaciones ambientales correspondientes al evento de no haberse construido las variantes sino únicamente los pasos poblacionales (ver prueba No. 5.7).
- g. PASO 7: Establecer la diferencia entre los pasos 1 y 4 (ver prueba No. 5.5 que contiene la Memoria del Cálculo de Cantidades).
- h. PASO 8: Establecer la diferencia entre los pasos 2 y 5 (ver prueba Nro. 5.3 que contiene la Memoria del Cálculo de Acarreo).
- i. PASO 9: Establecer la diferencia entre los pasos 3 y 6 (ver prueba No. 5.5 que contiene la Memoria del Cálculo Ambiental).
- j. PASO 10: Determinar las cantidades de obra necesarias para la rehabilitación de los pasos poblacionales, cantidades tomadas del documento titulado "Programa de Rehabilitación Sectores 3b y 3c de julio de 2011" elaborado por INGETEC (ver prueba No. 5.5) (ver prueba No. 5.7 que contiene la memoria de Cálculo del Reclamo).
- k. PASO 11: Extraer de las listas oficiales del INVIAS los precios unitarios para todas las actividades necesarias para construir las variantes. (Ver pruebas No. 5.7 y 5.8).
- l. PASO 12: Las cantidades determinadas en los pasos 7, 8 y 9 se multiplican por la lista de precios del INVIAS. (Ver prueba No. 5.7 Memoria de Cálculo del Reclamo).
- m. PASO 13: Las cantidades necesarias para la rehabilitación de los pasos poblacionales se multiplican por los precios del INVIAS.
- n. PASO 14: Determinar el sobre costo causado con ocasión del Diseño de las Variantes, según precios del INVIAS.

NOVENA: Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** que el pago de la construcción de cada variante se lleve a cabo contra el avance de la respectiva ejecución, previa la aplicación de la metodología a la que se refiere la anterior pretensión.

DÉCIMA: Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** tiene la obligación de reconocerle a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, como obra adicional, el valor de las variantes obtenido de conformidad con la metodología que se ordene en el laudo que profiera este Tribunal, esto es, lo correspondiente a las siguientes 14 variantes no previstas y adicionales al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010:

Número	Variante	LICENCIA AMBIENTAL	Tramo
1	Cuatro Vientos	Res. 0928	Tramo 2
2	El Difícil	Res. 1384	Tramo 6 y 7
3	Nueva Granada	Res. 1384	Tramo 6
4	Plato	Res. 1084	Tramo 6
5	El Bajo	Res. 296	Tramo 6
6	La Gloria	Res. 296	Tramo 6
7	Pueblo Nuevo	Res. 296	Tramo 7
8	El Copey	Res. 1208	Tramo 3
9	Loma del Bálsamo	Res. 1208	Tramo 3
10	La Gran Vía	Res. 1208	Tramo 4
11	La Isabel	Res. 1208	Tramo 4
12	Julio Sawady	Res. 1208	Tramo 4
13	María Angola	Res. 1208	Tramo 8
14	Aguas Blancas	Res. 1208	Tramo 8

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que, de conformidad con lo acordado en la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, al momento de expedirse y en firme por la **AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES –ANLA-** el acto administrativo de licencia ambiental para la variante San Roque, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** deberá reconocer a **YUMA CONCESIONARIA S.A.** el valor de la construcción de la variante San Roque, cuya licencia ambiental aun se halla en trámite, para cuyo reconocimiento deberá aplicar la metodología a la que refiere la pretensión Octava, y la forma de pago descrita en la pretensión Novena.

DÉCIMA SEGUNDA: Que de conformidad con las anteriores pretensiones y lo previsto en la Ley, el Tribunal Arbitral revise el plazo previsto en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, como quiera que dicho plazo debe ser prorrogado a efectos de que **YUMA CONCESIONARIA S.A.** pueda construir las variantes adicionales a la única prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010.

CONDENATORIAS:

PRIMERA: Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, la diferencia entre (i) el costo total de las obras adicionales para construir las 14 variantes no previstas y adicionales al objeto del Contrato de Concesión, y (ii) el costo total de las obras correspondientes a los pasos poblacionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, valor que se obtendrá mediante la aplicación de la

metodología a la que se refiere la pretensión declarativa Octava, el cual se pagará contra avance de ejecución de obra de la respectiva variante.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA CONDENATORIA: Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, el valor correspondiente al daño antijurídico derivado de la diferencia entre (i) el costo total de las obras adicionales para construir las 14 variantes no previstas y adicionales al objeto del Contrato de Concesión y (ii) el costo total de las obras correspondientes a los pasos poblacionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, valor que se obtendrá mediante la aplicación de la metodología a la que se refiere la pretensión declarativa Octava, el cual se pagará contra avance de ejecución de obra de la respectiva variante.

SEGUNDA: Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** realizar todas la gestiones presupuestales necesarias para poder efectuar el pago mensual de las variantes a **YUMA CONCESIONARIA S.A.** y obtener el Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

TERCERA: Que, en virtud de las anteriores declaraciones, además de todas las variantes a que se refieren las pretensiones anteriores, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, una vez expedido y en firme por la **AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES** el acto administrativo de licencia ambiental, a pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, la diferencia entre (i) el costo total de las obras para realizar la variante San Roque y (ii) el costo total de las obras correspondientes al correspondiente paso poblacional, obras de la variante que se realizarán al darse las previsiones de la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, incluida la utilidad a la que tiene derecho **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, pago que se deberá realizar conforme a la metodología a que hace referencia la pretensión Octava declarativa y de conformidad con la forma de pago a que hace referencia la pretensión Novena declarativa.

CUARTA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a cumplir con el pago correspondiente de las sumas resultantes de la aplicación de la metodología a la que se refiere la pretensión Octava declarativa, pago que deberá realizarse al momento contractual de ejecución de las respectivas variantes, y que deberá actualizarse con el ICCP, desde diciembre de 2017 hasta la fecha en la que efectivamente se realicen cada uno de los correspondientes pagos.

QUINTA: Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.**, la totalidad de costos y gastos relativos a controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos y demás actividades en cabeza directa de la Concesionaria como consecuencia de la ejecución de las obras adicionales derivadas de las construcción de las 15 variantes no previstas y adicionales al objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, según se pruebe en el presente proceso.

SEXTA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar a **YUMA CONCESIONARIA S.A.** los intereses moratorios pactados en la Sección 19.01 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 sobre todas las sumas a las que resulte condenada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, a partir de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se inicie la construcción de cada una de las variantes, si la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** no cumpliera con sus obligaciones de pago a favor de YUMA por concepto de la construcción de cada una de las 15 variantes adicionales.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEXTA CONDENATORIA: Que, en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, se condene a esta entidad al pago de intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente sobre dichas sumas, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso.

5. El marco fáctico de la demanda

El marco fáctico de la demanda puede resumirse así:

El 4 de agosto de 2010 YUMA y el INCO -hoy ANI- celebraron el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, cuyo objeto consistía en el otorgamiento de una concesión para que aquella elaborara los diseños, financiara el Proyecto, obtuviera las licencias ambientales y demás permisos, adquiriera los predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.

El plazo total del contrato se estimó en 25 años contados a partir de la fecha de inicio del mismo y contempló dos etapas: una Preoperativa y otra de Operación y Mantenimiento.

La Etapa Preoperativa, se fijó en seis (6) años contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio del contrato y constó, a su vez, de dos etapas, a saber: una de Preconstrucción, la cual se estimó en un (1) año, contado a partir de la fecha de inicio del contrato; y otra de Construcción, que se estimó en cinco (5) años, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de la fase de Construcción.

En la Etapa de Preconstrucción, YUMA debía obtener las licencias ambientales de los hitos que pretendía intervenir, entregar los estudios de trazado y diseño geométrico, suscribir un contrato EPC, efectuar el cierre financiero, contar con los predios que considerare adecuados para iniciar la intervención de hitos y presentar el diseño de detalle de los tramos a intervenir, entre otras obligaciones.

En la Fase de Construcción, entre otras, YUMA debía adelantar las obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Sector, 3 siguiendo el Plan de Obras y con base en los lineamientos de los Apéndices del contrato.

Por su parte, la Etapa de Operación y Mantenimiento iniciaría una vez fuese suscrita el Acta de Terminación de la Fase de Construcción y tendría una duración máxima estimada de hasta diecinueve (19) años. En esta fase a YUMA le correspondía realizar las Obras de Mantenimiento y la Operación del Sector 3.

El Acta de Inicio del contrato se suscribió el 31 de mayo de 2011 y a partir del día siguiente, es decir, el 1 de junio de 2011 se inició la ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de YUMA y de la ANI. Esto significa que, a partir del 1 de junio de 2011, empezaron a correr los diversos plazos señalados en el contrato para las actividades objeto del mismo.

Una vez celebrado el contrato, se presentó un hecho imprevisible e irresistible para YUMA, como fue la exigencia de la ANLA de construir quince (15) variantes adicionales a lo largo del sector, cuando la información suministrada en los pliegos de condiciones y el contrato sólo contempló la construcción de una (1) variante, a saber, la del municipio de Bosconia.

En efecto, el literal (c) del numeral 3.1.4 del Apéndice Técnico Parte A del contrato establece que es obligación de YUMA construir una variante de población, denominada "*Variante Bosconia*". De conformidad con lo anterior, la única Variante que YUMA tuvo en cuenta para efectos de la estructuración de su oferta y la ejecución del contrato, fue la prevista en la referida Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A.

En relación con lo anterior, en la audiencia de aclaración del Pliego, uno de los oferentes preguntó si el INCO había contemplado variantes en el Tramo de Carmen de Bolívar – Bosconia, a lo cual la entidad contestó que NO existían variantes en ese Tramo y, agregó, que sólo estaba prevista la variante de Bosconia.

No obstante lo anterior, a raíz de la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) realizado por YUMA, mediante actos administrativos de licenciamiento ambiental, la ANLA ordenó a la demandante construir 15 variantes adicionales a la contemplada en el contrato, lo que supondría para YUMA la obligación de construir un total de 16 variantes dentro del corredor vial.

En relación con la construcción de las variantes adicionales, en el literal J del Otrosí No. 7 del contrato, la ANI reconoció que se debe pagar a YUMA los sobrecostos generados por la construcción de 9 de las 15 variantes reclamadas. Así mismo, por medio del referido literal, la ANI reconoció la metodología a aplicar para obtener el valor total de las variantes adicionales que debe ser pagado a YUMA.

De conformidad con lo anterior, a la fecha, la ANI ha reconocido su obligación de pagar a YUMA el sobrecosto que se generará por la construcción de 9 de las 15 variantes adicionales ordenadas por la ANLA. Sin embargo, teniendo en cuenta que ninguna de las 15 variantes ordenadas por la ANLA fue prevista en los documentos precontractuales ni en el contrato, la ANI deberá reconocer la totalidad de los sobrecostos que se generarán por su construcción.

La metodología planteada por la ANI en el literal J de las consideraciones del Otrosí No. 7 para el pago de las obras resulta insuficiente, por cuanto la construcción de las variantes adicionales ha implicado para YUMA la utilización de mayor cantidad de materiales, con los sobrecostos que esto genera, y mayores tiempos a los presupuestados de haberse construido los pasos poblacionales, perjuicio que no está obligada a soportar.

Aunque la ANI y YUMA se refirieron a la metodología a implementar en el considerando J del ya citado Otrosí No. 7, no fue posible que llegaran a un acuerdo formal y definitivo en relación con las cantidades y los valores, pero ello implica un reconocimiento de la existencia de la obligación resultante de la diferencia entre la construcción de las variantes adicionales y la construcción de los pasos poblacionales inicialmente previstos. Lo anterior conlleva necesariamente la aplicación de 15 pasos, en una metodología que arroja un sobrecosto por la construcción de las variantes que asciende a la suma de \$493.707.260.438 a valores de diciembre de 2017.

A este mayor valor de obra, se le debe sumar el impacto que estas obras adicionales tienen en los costos de YUMA, pues al incrementarse, tanto el volumen como los valores de las obras a realizar, se incrementan las obligaciones relativas a controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos y demás actividades en cabeza de la Concesionaria. Estos costos se estiman en un 2% sobre el total del valor de las obras, nada de lo cual implica financiamiento, de manera que habría que adicionar a estas estimaciones la carga financiera correspondiente.

Es absolutamente claro que para la ejecución de las variantes es necesario ampliar el término de duración del contrato en la Etapa de Construcción.

En virtud de todo lo anterior se tiene que la ecuación económica contractual se ha desequilibrado en contra de YUMA.

Entre las partes cursó un anterior proceso arbitral, pero el 17 de abril de 2015 convinieron desistir bilateralmente del mismo y el 17 de abril siguiente suscribieron el Otrosí No. 4, simultáneamente con la presentación del desistimiento bilateral del trámite arbitral, debido a la necesidad de implementar medidas tendientes a superar las dificultades en la ejecución del contrato. Sin embargo, las partes fueron claras al establecer que, si con posterioridad a la firma del desistimiento “*se materialicen y/o generen efectos por las causas y/o hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones*”, se podría acudir nuevamente al juez del contrato para que resolviera las controversias suscitadas, incluso, por esas mismas causas.

Teniendo en cuenta que, con posterioridad al desistimiento presentado se siguieron generando efectos por algunos de los hechos expuestos en esa demanda, efectos que a la fecha la ANI no ha reconocido a YUMA, resulta procedente, en esta oportunidad, reclamar su reconocimiento y pago.

6. La oposición a la demanda

La ANI se opuso a las pretensiones de la demanda.

Como razones de su defensa hizo referencia al deber precontractual de información para señalar que los hechos de la demanda ponen de presente la actitud negligente del proponente, que no verificó con la debida atención las condiciones y alcances del proyecto que ofertó y no es excusable desde ningún punto de vista que hoy YUMA manifieste que el INCO le indujo en error, le ocultó información o la suministró errada.

Sobre la asignación de riesgos del contrato indica que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2008 y en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, el INCO estimó, tipificó y asignó los riesgos previsibles involucrados en la contratación; que el pliego de condiciones reguló la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles; que las partes debieron revisar la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva; que según la Sección 14.02 del contrato todos los efectos derivados de los riesgos inherentes a la ejecución de la concesión fueron asumidos por el Concesionario; que por ello está obligado a asumir la carga pecuniaria que ellos comporten, sin que pueda solicitar ningún tipo de compensación o ajuste; y que, con las situaciones endilgadas por la parte actora, no se están cambiando las condiciones del contrato.

Sobre el licenciamiento ambiental trae a colación las disposiciones de la Ley 99 de 1993 y del Decreto 2820 de 2010 para poner de presente que la licencia ambiental, como autorización que otorga la autoridad competente para la ejecución de una obra o actividad, está sujeta al cumplimiento por parte del beneficiario de una serie de requisitos en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.

Respecto del DAA, a partir de las previsiones de los pliegos de la licitación y del contrato y sus anexos, concluye que se presumía que en el proceso de adjudicación del Proyecto el Concesionario tuviese conocimiento de los estudios ambientales a realizar de acuerdo con la legislación vigente, el marco contractual y las posibles obligaciones derivadas del pronunciamiento por parte de la Autoridad Ambiental. Igualmente, señala que el Concesionario fue el encargado de presentar por su cuenta y riesgo, las alternativas que, de acuerdo con su conocimiento y experticia, se ajustaban a lo requerido por la Autoridad Ambiental, lo que significa que la elección de cada una de las alternativas a licenciar, se basó en los trazados propuestos por el Concesionario y la información brindada por éste sobre los mismos.

En punto de la interpretación de las cláusulas contractuales indica que todas las plasmadas en el contrato que sean claras, precisas y sin asomo de ambigüedad deben ser interpretadas según su texto, y que el Tribunal no debería extraer de ellas obligaciones distintas, ni quitarles o reducirles los efectos legales a las obligaciones dispuestas en el mismo, como pretende la parte convocante, en particular no debe desconocer la distribución de riesgos que, entre partes profesionales sofisticadas, voluntaria y conscientemente se convinieron, ni debe extraer o legitimar derechos inexistentes a renegociar precios o a reclamar mayores costos o perjuicios no sujetos a reparación.

Adicionalmente la ANI formuló las siguientes excepciones de mérito:

- 1) La información entregada en la licitación pública era a título informativo.
- 2) Falta de debida diligencia en la obligación de verificación de la información del proyecto.
- 3) Ir contra el acto propio.
- 4) La construcción de las variantes es una obligación asumida por el concesionario de acuerdo con la asignación de riesgos del contrato.
- 5) Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI.
- 6) Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios.
- 7) No se ha roto el equilibrio financiero del contrato.
- 8) Existencia de cosa juzgada respecto de las variantes que fueron ordenadas por la ANLA con anterioridad al desistimiento presentado por las partes en el año 2015.
- 9) Excepción genérica

7. Contestación a los hechos de la demanda

La ANI negó la mayoría de los hechos fundamentales y su posición puede resumirse así:

Es cierto que entre El INCO (hoy ANI) y YUMA se suscribió el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, cuya Acta de Inicio se firmó el día 31 de mayo de 2011. El 1 de junio de 2011 la ANI y YUMA suscribieron el Acta de Entrega y Recibo de la Vía, y el 17 de agosto de 2012 suscribieron el Acta de Inicio de la Fase de Construcción del Contrato de Concesión No. 007 de 2010.

Con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión No 007 de 2010, YUMA ha informado a la ANI que se han presentado diferentes circunstancias que han afectado y continúan afectando la ejecución contractual. Sin embargo, de acuerdo con la asignación de riesgos del Contrato al Concesionario le corresponde asumir los efectos desfavorables de estas circunstancias.

La ANLA no determinó que el Concesionario debía construir quince (15) variantes adicionales a lo que inicialmente fue informado en la etapa precontractual por parte de la ANI, sino que una vez realizado el trámite del DAA, cuyo estudio presentó el Concesionario, escogió las alternativas presentadas por él mismo.

El Otrosí N° 7 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 está expresado condicionalmente y señala con claridad *que “Que LA AGENCIA ha manifestado que solo de llegar a un Acuerdo procedería el reconocimiento y*

pago del diferencial de obra a favor del CONCESIONARIO de las nueve (9) variantes descritas en el literal anterior, bajo la metodología correspondiente a la diferencia entre el valor de las obras presupuestadas inicialmente” y allí NO se llegó a dicho acuerdo, pues se señaló lo siguiente: “Que, en vista de que existe una controversia o diferencia entre las partes respecto de la cantidad y en consecuencia por tal diferencia el valor que por variantes podrían ser reconocidas por parte de LA AGENCIA al CONCESIONARIO, y de que, pese a haber sostenido varias mesas de trabajo, no se ha podido llegar a un acuerdo que permita solucionar dichas controversias, con fundamento en la Sección 18.02 del CONTRATO las Partes someterán esta controversia a la decisión de un Tribunal de Arbitraje, sin perjuicio de su ejecución”.

Las posibles mayores cantidades de obra para las variantes se discutieron en mesas de trabajo de 2015 y 2016 entre el Concesionario y la Interventoría, en las cuales se analizó que, si bien los terraplenes para las variantes eran altos, los pasos por las zonas urbanas también requerían mayores excavaciones e importantes volúmenes de material pues se debían construir cuatro calzadas en vez de dos (dos calzadas de servicio además de las dos calzadas expresas), se debían relocalizar todos los servicios públicos, con las demoras al Concesionario y las afectaciones a la comunidad que estos trabajos implican, construir dos andenes con las nuevas redes de servicio instaladas debajo, construir un puente peatonal que una las dos mitades de la zona poblada y los andenes, instalar iluminación pública para las cuatro calzadas, construir tres (3) separadores con barreras dobles de *new jerseys* (en concreto), demoler las viviendas que interferían con las calzadas, retirar y disponer de los escombros, relocalizar las familias afectadas y realizar otras obras que las variantes no requieren. Todo lo anterior se estudió en las citadas mesas de trabajo, en las cuales se llegó a presupuestos estimados para cada variante y para cada paso urbano, sobre los cuales hubo un principio de acuerdo entre el Concesionario y la Interventoría.

En cuanto al presunto desequilibrio económico del Contrato, se trata de hechos previsible por parte del concesionario al presentar propuesta y celebrar el Contrato y no se cumple por ende con los presupuestos jurídicos para tal reconocimiento. Adicionalmente, para que exista el desequilibrio económico se debe probar por parte del demandante y a la fecha no se ha construido la totalidad de las variantes.

Las variantes, sus costos y su afectación del Cronograma de Obras fueron discutidas en el Tribunal Arbitral que inició en el año 2013, desistido por las partes en 2014 con la firma del Otrosí N° 4. En dicho Otrosí, el plazo de la Fase de Construcción del Proyecto se amplió en dos años teniendo en cuenta los efectos adversos de los temas reclamados en ese entonces por el Concesionario, esto es, las consultas previas con las comunidades étnicas, las demoras en obtención de licencias ambientales y la mayor longitud de doble calzada por las 15 variantes, que no se describieron explícitamente en el Anexo Técnico del Contrato.

8. El trámite del proceso

- 1) El día 21 de junio de 2017 YUMA solicitó la convocatoria de este Tribunal Arbitral y formuló demanda contra la ANI ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 2) La demanda fue admitida por Auto No. 2 del 30 de agosto de 2017, el cual se notificó a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 22 de septiembre siguiente.
- 3) Con memorial del 27 de septiembre de 2017 la demandada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, que fue resuelto negativamente por Auto No. 4 del 9 de octubre siguiente.
- 4) La parte demandada dio oportuna respuesta a la demanda el día 15 de diciembre de 2017, con expresa oposición a las pretensiones, formulación de excepciones y objeción al juramento estimatorio.
- 5) De las excepciones y de la referida objeción se corrió traslado a la parte demandante por Auto No. 5 del 22 de enero de 2018, quien se pronunció mediante memoriales radicados el 22 de enero siguiente.
- 6) El 19 de febrero de 2018 la demandante presentó reforma de la demanda, la cual fue admitida mediante Auto No. 9 del 20 de febrero siguiente., el cual fue notificado al día siguiente a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- 7) El día 20 de marzo de 2018 la ANI dio respuesta a la reforma de la demanda, con expresa oposición a las pretensiones, formulación de excepciones y objeción al juramento estimatorio.
- 8) De las excepciones y de la referida objeción se corrió traslado a la parte demandante por Auto No. 12 del 22 de marzo de 2018, quien se pronunció mediante memoriales radicados el 3 de abril siguiente.
- 9) Después de varias suspensiones acordadas por las partes, el día 2 de octubre de 2018 se surtió la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, sin lograrse acuerdo alguno
- 10) Por Auto No. 25 proferido en el curso de la audiencia antes mencionada, el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios. Dentro del plazo legal, la parte convocante efectuó el giro de la suma que le correspondía, así como el desembolso que estaba a cargo de la ANI, quien no cumplió con su carga.
- 11) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2018, oportunidad en la cual el Tribunal, mediante Auto No. 27, asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. En esa misma audiencia, por Autos Nos. 29 y 30, el Tribunal decretó las pruebas del proceso y señaló audiencias y diligencias para practicarlas.

12) Entre el 3 de diciembre de 2018 y el 21 de enero de 2020 se instruyó el proceso y por Auto No. 51 de esta última fecha se dio por concluida la etapa probatoria.

13) El día 20 de febrero del presente año tuvo lugar la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado. Igualmente, en esa misma oportunidad, el señor agente del Ministerio Público rindió su concepto escrito del cual hizo una presentación oral.

14) El presente proceso se tramitó en cuarenta y dos (42) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda; integró el contradictorio y surtió el respectivo traslado; intentó la conciliación; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

9. Las Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones la demandante y la demandada aportaron varios documentos. De la misma manera, por petición de YUMA se allegaron varios documentos por parte de la entidad demandada, en virtud de una prueba de exhibición. A su vez, por petición de la ANI se allegaron otros documentos emanados de su Vicepresidencia de Estructuración. Igualmente, por petición de ambas partes, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá remitió copia del expediente que contiene un proceso arbitral que se surtió entre las mismas partes, al que se refieren los hechos de la demanda, su contestación y las excepciones de mérito.

A petición de la demandada se recibió una prueba por informe rendida por el Consorcio El Sol.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Diana Gavilán Acevedo, Edgar Iván Dussán Buitrago, Gustavo Uribe Restrepo, Egnna Dorayne Franco Méndez, Giovanmaría Salari, Leonardo Castro, Juan Carlos Montaña Díaz y Paola Andrea Reyes Gómez.

La demandante anunció y allegó dos dictámenes periciales, uno de carácter técnico y otro relacionado con el trámite administrativo que debe surtir para efectos de obtener las licencias ambientales necesarias en un Proyecto. Asimismo, como parte de la contradicción de esta prueba, a solicitud de la demandada se recibió el interrogatorio de los peritos que rindieron esos trabajos.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

10. De las tachas a algunos deponentes

En el curso del debate probatorio, la convocante tachó al testigo Gustavo Uribe Restrepo², y por su parte la convocada tachó al testigo Giovanmaria Salari³ y cuestionó la imparcialidad del perito de parte Javier Gustavo Carrasco Tovar⁴, invocando algunos de los motivos descritos en el artículo 211 del Código General del Proceso.

Al respecto, el referido precepto establece que “[c]ualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.” Del mismo modo, prescribe que el “juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Con arreglo a dicho precepto, es claro para el Tribunal que no se requiere que en el Laudo se haga un análisis por separado de los motivos de la tacha del testigo o se emita declaración alguna, en razón a que las tachas imponen al juez el deber de analizar el testimonio cuando el mismo sea útil al proceso de acuerdo con las circunstancias del caso, como se realizará en el presente Laudo.

Lo mismo hará el Tribunal respecto de los reparos de la Convocada en relación con el perito Carrasco Tovar, los cuales no se plantearon como recusación formal.

11. Presupuestos Procesales

En este proceso se encuentran reunidos los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para proferir una decisión de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

En efecto, este Tribunal es competente en virtud de la cláusula compromisoria, siendo el objeto del proceso susceptible de transacción y de libre disposición por las partes en el litigio.

Las partes están constituidas por una sociedad comercial legalmente existente y 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, adscrita al Ministerio de Transporte, quienes han acudido a éste por medio de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales que son abogados en ejercicio del derecho de postulación.

La demanda reúne los requisitos legales, y las partes están legitimadas en la causa.

² Declaración recibida en la audiencia del 19 de noviembre de 2019.

³ Declaración recibida en la audiencia del 19 de noviembre de 2019.

⁴ Declaración recibida en la audiencia del 20 de enero de 2020.

Oportunamente se surtieron los pasos propios del saneamiento del proceso sin que las partes pusieran de presente la existencia de causales de nulidad. Por el contrario, en audiencia del 21 de enero de 2020, antes de culminar la etapa probatoria, los apoderados de las partes manifestaron que las pruebas decretadas fueron practicadas de conformidad con las normas legales y que tuvieron oportunidad de controvertirlas. Igualmente, que se les respetó el derecho de defensa durante el trámite del proceso y además no encuentran ninguna irregularidad ni causal de nulidad en la actuación. El señor agente del Ministerio Público manifestó que no encontraba ninguna circunstancia que ameritara el saneamiento del proceso ni ningún reclamo en la instrucción del mismo.

12. Oportunidad para proferir este laudo

El Tribunal procede a proferir el laudo dentro del término que la ley establece. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 7 de noviembre de 2017, el plazo legal inicial para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 7 de mayo de 2018.

Sin embargo, a solicitud de las partes, el proceso se suspendió por un total de 120 días hábiles, en las siguientes oportunidades: entre el 14 de noviembre y el 2 de diciembre de 2018; entre el 11 de diciembre de 2018 y el 10 de febrero de 2019; entre el 11 de febrero y el 15 de marzo de 2019; entre el 18 de marzo y el 29 de abril de 2019; entre el 29 de mayo y el 17 de junio de 2019; y entre el 22 de abril y el 5 de mayo de 2020.

Igualmente, el proceso se interrumpió por causa del fallecimiento del apoderado inicial de la entidad demandada y, como consecuencia, no corrieron los términos del proceso por 13 días calendario, equivalentes a 9 días hábiles, en la forma prevista en el inciso final del artículo 159 del Código General del Proceso.

Con escritos del 26 de junio y 23 de julio de 2019 las partes acordaron la prórroga del trámite arbitral por seis (6) meses. Por lo anterior, por Auto No. 39 del 29 de julio el Tribunal tomó nota sobre el acuerdo de las partes para la prórroga de este proceso arbitral por los seis (6) meses mencionados, el cual se adiciona al plazo inicial y a las suspensiones del proceso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 el término de duración del proceso previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 fue ampliado en dos (2) meses y el término para solicitar su suspensión por las partes fue ampliado a 150 días hábiles.

En estas condiciones, el plazo legal para fallar vence el 27 de julio de 2020, de manera que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

Ninguna de las partes objetó durante el trámite los cálculos sobre el término de duración del proceso ni sobre la mencionada fecha máxima para proferir el laudo.

13. La conducta procesal de las partes

El Tribunal, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, constató que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso fue ajustada a derecho y atendió los postulados inherentes a los principios de buena fe, probidad y lealtad, por lo cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

14. El concepto del ministerio público

El señor Procurador 123 Judicial II para Asuntos Administrativos, rindió su concepto en la audiencia llevada a cabo el día 20 de febrero de 2020, y anexó versión escrita del mismo.

Después de referir en detalle los antecedentes del proceso, sobre (i) las partes, (ii) el pacto arbitral y (iii) el trámite procesal, el Agente del Ministerio Público planteó sus consideraciones de la siguiente manera:

1. Sobre los presupuestos procesales manifestó que a su juicio se encuentran reunidos, de manera que puede el Tribunal fallar de fondo la controversia.
2. Expresó las razones por las cuales considera debe desestimarse la excepción de cosa juzgada propuesta por la Convocada. Sobre el particular, afirmó que el desistimiento bilateral presentado en su oportunidad al tribunal arbitral entonces integrado para dirimir las controversias entre las partes, por no haber sido incondicional, debe tomarse como una transacción cuyos efectos deben analizarse no solamente desde la óptica de su contenido mismo, sino también desde lo acordado en el otrosí No 4, en el que nada se dijo en materia de variantes y se dejaron a salvo los derechos, obligaciones, acciones o reclamaciones futuras frente a la ejecución del contrato.

Adicionalmente, señaló que no se advierte similitud sustancial entre las pretensiones incluidas en la demanda que originó el proceso anterior, terminado por el aludido desistimiento bilateral, y las que se formularon en el presente proceso.

3. Sobre el problema jurídico de fondo, relacionado con la construcción de las 15 variantes impuestas por la autoridad ambiental, indicó dos posibles supuestos: (i) si de conformidad con las pruebas aportadas puede concluirse que las variantes adicionales no estaban previstas en el contrato, pero guardan relación con su objeto y son necesarias para el proyecto, tales variantes deberán reconocerse como obras adicionales. En caso contrario, es decir si la construcción de tales variantes estaba contractualmente prevista, debe el concesionario proceder a la misma con cargo a la remuneración inicialmente pactada. (ii) Si se concluye que la imposición de las 15 variantes constituye un riesgo extraordinario y anormal que, además, causa un desequilibrio económico el contrato, se deben verificar los requisitos de la teoría de imprevisión contractual y, de considerarse acreditados, la consecuencia correspondiente será compensar al contratista hasta el punto de no pérdida.

4. A renglón seguido, tras estudiar (i) el concepto de riesgo contractual y su regulación en la contratación estatal, (ii) el equilibrio económico del contrato, y (iii) la teoría de imprevisión, concluyó, con base en extenso análisis del material probatorio que obra en el expediente, que:
 - 4.1 Las 15 variantes de población estaban previstas en el contrato, por lo que no pueden considerarse como obras adicionales. Por tanto, corresponde al concesionario adelantar su construcción con cargo a la remuneración inicialmente pactada, y no pueden ser compensadas como evento constitutivo de la teoría de imprevisión.
 - 4.2 No se advierte un desequilibrio económico del contrato.

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Cosa Juzgada

Para iniciar el punto debe el Tribunal poner de presente la situación según la cual las partes en este proceso se habían enfrentado ya en anterior trámite arbitral, que, como éste, también cursó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con radicación 3047, el cual culminó en virtud de providencia que aprobó el desistimiento bilateral presentado por ellas.

En efecto, mediante Auto No. 30 del 5 de mayo de 2015 (acta No. 23) el tribunal arbitral anterior, que había sido integrado para dirimir las controversias entonces surgidas entre Yuma Concesionaria y la ANI, dispuso entre otras cosas *“aceptar el desistimiento bilateral de las demandas, principal y de reconvenición, y las correspondientes excepciones, en los términos convenidos por las partes en documento del 17 de abril de 2015 y puestos de presente en los memoriales radicados por sus apoderados los días 17 y 20 de abril del mismo año”* (Folio 136 del expediente No. 3047, que se encuentra en el disco compacto que obra a folio 190 de este proceso).

Así las cosas, y comoquiera que según la disposición contenida en el artículo 314 del Código General del Proceso *“el desistimiento implica la renuncia a las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada”* y que *“el auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia”*, corresponde ahora decidir si el aludido desistimiento bilateral, debidamente aceptado por el tribunal arbitral entonces integrado para dirimir las controversias allá ventiladas (radicación No. 3047), se traduce en cosa juzgada en relación con el litigio ahora sometido a consideración de este Tribunal (radicación No. 5206).

Para mayor claridad conviene recordar las posturas encontradas de las partes sobre este frente de la controversia.

La convocada, en la contestación de la demanda reformada propuso la excepción de *“Existencia de cosa juzgada respecto de las variantes que*

fueron ordenadas por la ANLA con anterioridad al desistimiento presentado por las partes en el año 2015”. En tal virtud manifestó que:

“Aunque como se ha expresado hasta este punto, el Concesionario desde la suscripción del Contrato, asumió los riesgos derivados del licenciamiento ambiental, si el H. Tribunal llegara a considerar que no es así, deberá tener en cuenta que existe cosa juzgada sobre las variantes ordenadas por la ANLA con anterioridad a la aceptación del desistimiento por parte del Tribunal Arbitral hecha mediante Acta No 23 del 4 de mayo de 2015, teniendo en cuenta que en la Demanda Reformada de ese Tribunal, la Convocante había reclamado a la ANI por la construcción de 13 variantes ordenadas por la ANLA”.

(...)

“Teniendo en cuenta los términos del desistimiento efectuado por las partes, la demandante renunció a reclamar por estas pretensiones, ya que estas variantes ya habían sido ordenadas por la ANLA, por lo tanto, hay cosa juzgada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 303 de (sic) Código General del Proceso”.

Por su parte la convocante al descorrer el traslado de las excepciones se opuso a la prosperidad de la referida excepción y en síntesis afirmó que,

“...a la fecha de presentación del memorial de desistimiento ante el Tribunal de Arbitramento y la suscripción del otrosí No. 4, no se habían materializado los efectos de la orden impartida por la ANLA de construir las variantes adicionales del proyecto, ni el número total de las mismas. Es por esta razón que las Partes fueron claras al señalar que el desistimiento radicado se limitaba única y exclusivamente a efectos que hasta la fecha de firma del mismo se hubieren materializado y reclamado (subrayado del texto original).

“Adicionalmente y como prueba de lo anterior, se tiene que YUMA, en el curso del anterior proceso arbitral, no incluyó ni en las pretensiones condenatorias, ni en el juramento estimatorio de la demanda, ni de su reforma, valor alguno por concepto de las variantes adicionales, pues en tal demanda y en su reforma, no se reclamaba el pago de daño alguno por este concepto, precisamente por lo cual no se puede considerar desistido este asunto...”.

1.1. Cosa Juzgada y requisitos para su configuración

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cosa juzgada se define como “(...) una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica”.⁵

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-100/19, del 6 de marzo de 2019. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que la cosa juzgada “(...) se presenta cuando el litigio sometido a la decisión del juez, ya ha sido objeto de otra sentencia judicial; produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud del carácter definitivo e inmutable de la decisión, la cual, por otra parte, ya ha precisado con certeza la relación jurídica objeto del litigio”.⁶

La institución jurídica de “cosa juzgada” es una de las más significativas para la garantía del principio de seguridad jurídica. Dicha institución encuentra desarrollo en diversos textos legales. Así, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia.

“(...)”

“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.”

En este mismo sentido, el artículo 303 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

“En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

“La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

De conformidad con la ley es necesario, para que se produzca el fenómeno de cosa juzgada, que resulten demostrados los siguientes elementos de identidad entre el nuevo proceso y el que fue decidido con anterioridad: (i) identidad en el objeto; (ii) identidad en la causa; y (iii) identidad en los sujetos. Sobre dichos elementos, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de junio de 2014. Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

“- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

“-Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

“-Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”⁷

Por lo anterior, una decisión preexistente –sea sentencia, laudo o como en el caso presente un desistimiento aceptado mediante providencia en firme– puede tener efectos definitivos que impiden que lo ya resuelto sea objeto de proceso posterior, siempre que exista, según quedó dicho (i) identidad jurídica entre las partes, es decir, que se trate de los mismos sujetos procesales, o de sus sucesores; (ii) identidad en el objeto, esto es, que se tengan las mismas pretensiones en los términos anteriormente referidos; y (iii) identidad en la *causa petendi*, de tal suerte que los hechos que sirven de fundamento para las pretensiones sean, en esencia, los mismos en ambos procesos.

Procede el Tribunal al examen de tales requisitos a efectos de tomar la decisión correspondiente.

1.1.1. Requisitos de identidad de partes, objeto y causa en el caso sub examine

Para despachar la excepción el Tribunal debe analizar si existe identidad en el objeto, en la causa y en las partes del proceso que es objeto de este laudo (radicación No. 5206) y el proceso arbitral llevado ante la Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y que, como quedó ya dicho, terminó por la aceptación del desistimiento entre demandante y demandado (radicación No. 3047).

En primer lugar, resulta clara la identidad de partes en ambos procesos, toda vez que la relación procesal se ha dado exclusivamente entre Yuma Concesionaria S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Así, este requisito para que opere la figura de la cosa juzgada no ofrece ninguna duda.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

El estudio sobre identidad de objeto y de causa entre los dos procesos requiere un análisis más detallado de las demandas y los hechos que dieron lugar a las mismas en ambos casos.

Para tomar una decisión sobre la existencia de identidad en el objeto, es decir, la equivalencia en las pretensiones de una y otra demanda formulada por Yuma Concesionaria S.A., al comparar los textos de sus reformas en ambos casos, el Tribunal encuentra lo siguiente:

La pretensión declarativa 19° contenida en la demanda reformada del 18 de febrero del 2014 (en adelante “primer proceso”), coincide, en lo esencial, con las pretensiones declarativas 1°, 2° y 3° contenidas en la demanda reformada del 19 de febrero de 2018 (en adelante “segundo proceso”).

PRIMER PROCESO

Declarativa 19°: “Que se declare que, según lo señalado en la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 y en el literal (nnnn) de la Sección 1.01 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, Yuma Concesionaria S.A. sólo debía considerar una (1) variante”.

SEGUNDO PROCESO

Declarativa 1°: “Que se declare que la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 señala lo siguiente”: “(...)

Cuadro 4. Variantes de Proyecto

Variable	Descripción	Riesgo	Inicio		Final	
			PR Inicio	PR Fin	PR Inicio	PR Fin
Bocanilla	Se construye como variante con 100 metros de ancho	Región - Cartagena	29-03-2010	4-11-2010	24-02-2010	30-03-2010
		Cartagena - Santa Marta	24-03-2010	8-03-2010	3-03-2010	4-01-2010

(...)

Declarativa 2°: “Que se declare que, de conformidad con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y las aclaraciones hechas al mismo en relación con el número de variantes a construir, la obligación de YUMA CONCESIONARIA S.A. es construir una (1) variante”.

Declarativa 3°: “Que se declare que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y sus aclaraciones, en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y el Otrosí No. 7, sólo se previó la construcción de una (1) variante”.

La coincidencia identificada encuentra sustento en que la declaración pretendida en la demanda del primer proceso respecto de la existencia de una obligación contractual para construir solamente una variante, es igualmente buscada en las pretensiones 1ª, 2ª y 3ª del segundo proceso.

Por su parte, la pretensión declarativa 33ª del primer proceso tiene identidad material respecto de la pretensión declarativa 5ª del segundo proceso.

PRIMER PROCESO	SEGUNDO PROCESO
<p>Declarativa 33°: “Que como consecuencia de”: (...) “(ii) La exigencia formulada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales de construir trece variantes no previstas en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010, por causas no imputables a Yuma Concesionaria S.A., (..) Se declare que se ha configurado la frustración o desquiciamiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y de su ejecución”.</p>	<p>Declarativa 5°: “Que se declare que la construcción de 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, excede y desborda el alcance del objeto contratado y conlleva un riesgo extraordinario que YUMA CONCESIONARIA S.A. no está obligada a soportar, lo que genera un desequilibrio económico del mencionado contrato en perjuicio de YUMA CONCESIONARIA S.A. por causas no imputables a ésta”.</p>

Tal identidad material, aunque expresada en términos formales diferentes, se encuentra en que ambas pretensiones buscan una declaración en el sentido de que las variantes adicionales constituyen un elemento que genera la ruptura del equilibrio económico del contrato, al punto de producir un verdadero desquiciamiento del contrato.

Pero además de estas puntuales coincidencias, que a juicio del Tribunal no son suficientes para encontrar identidad en el objeto de los dos procesos y concluir que existe cosa juzgada, no se observan equivalencias o afinidades en el *petitum* de las dos demandas. En efecto, no todas las pretensiones declarativas del segundo proceso (que tiene un objeto más acotado) encuentran correspondencia en las pretensiones del primer proceso (que tenía un objeto más amplio en el que se incluían otras controversias respecto del contrato más allá de las variantes a construir, especialmente enfocadas al tema de las consultas previas). Principalmente, esta falta de coincidencia está relacionada con las diferencias sobre cómo se plantearon las pretensiones en una y otra demanda; de una parte, la primera buscó que se declarara que Yuma ejecutó el contrato de concesión en condiciones totalmente diferentes y excesivamente onerosas respecto de las que conoció al momento de presentar su oferta, mientras que en el segundo proceso Yuma busca que le sean reconocidos sobrecostos u obras adicionales en que habrá de incurrir por la construcción de variantes.

En este sentido, observa el Tribunal que en el primer trámite arbitral la demandante buscó el reconocimiento e indemnización de los sobrecostos y perjuicios ocasionados e incurridos por ese extremo procesal en la ejecución del contrato de concesión, mientras que en el presente proceso arbitral la convocante busca que se condene al pago de los mayores costos o perjuicios u obras adicionales en los que habrá de incurrir en relación con las variantes adicionales (aún no construidas) que dice fueron ordenadas por la autoridad ambiental. A tal efecto se comparan de la siguiente manera las pretensiones subsidiarias segunda declarativa 34^a, de condena 38^a,

subsidiarias primera, segunda y tercera de condena 38ª del primer proceso, con las pretensiones declarativa 7ª y de condena 1ª y 3ª del segundo proceso.

PROCESO 1	PROCESO 2
<p>Declarativa Subsidiaria segunda 34°: “Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura debe pagar a Yuma Concesionaria S.A. los mayores costos y/o sobrecostos en que ésta ha incurrido en la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, incluyendo los que se derivan de la reclamación que ha presentado el Contratista EPC a Yuma Concesionaria S.A, de conformidad con lo que se prueba en el proceso, como quiera que dichos mayores costos se produjeron por causas y/o hechos que no son imputables a Yuma Concesionaria S.A.”</p> <p>Condena 38°: “Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a Yuma Concesionaria S.A las sumas que, de conformidad con lo que se prueba en el proceso, haya lugar para el restablecimiento integral del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, incluida la utilidad proporcional a la que tiene derecho Yuma Concesionaria S.A, mediante el reconocimiento y pago actualizado de todos los perjuicios sufridos, tanto en daño emergente como en lucro cesante, incluyendo aquellos derivados de la reclamación presentada por parte del Contratista EPC a Yuma Concesionaria S.A., por los siguientes conceptos, entre otros: (...)</p> <p>(v) Perjuicios sufridos como</p>	<p>Declarativa 7°: “Que, en virtud de las anteriores pretensiones, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tiene la obligación de reconocer y pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A. los sobrecostos y perjuicios que ésta ciertamente habrá de soportar como consecuencia de la construcción de 14 variantes adicionales a la considerada por YUMA CONCESIONARIA S.A. al momento de presentar su oferta, conforme a lo previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010”.</p> <p>Condena 1°: “Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A., la diferencia entre (i) el costo total de las obras adicionales para construir las 14 variantes no previstas y adicionales al objeto del Contrato de Concesión, y (ii) el costo total de las obras correspondientes a los pasos poblacionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho YUMA</p>

consecuencia de tener que ejecutar el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 en condiciones totalmente diferentes y excesivamente onerosas respecto de las que conocía a la fecha de la presentación de su oferta. (...)
(x) Perjuicios de todo orden en que ha incurrido Yuma Concesionaria S.A. con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010”.

Condena subsidiaria primera

38°: “Se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a reconocer y pagar a Yuma Concesionaria S.A, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, la indemnización actualizada de todos los perjuicios que ha soportado Yuma Concesionaria S.A con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, incluyendo aquellos derivados de la reclamación presentada por parte del Contratista EPC a Yuma Calle 67 No. 7 – 35 Torre B – Piso 5 - PBX 3213640 marcelamonroy@monroylegal.com - Bogotá, Colombia
24

Concesionaria S.A., tanto en daño emergente como en lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos: (...)”

Condena subsidiaria segunda

38°: “Se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a reconocer y pagar a Yuma Concesionaria S.A, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, los mayores costos y/o sobrecostos en que ha incurrido Yuma Concesionaria S.A con ocasión de la ejecución del Contrato de

CONCESIONARIA S.A., valor que se obtendrá mediante la aplicación de la metodología a la que se refiere la pretensión declarativa Octava, el cual se pagará contra avance de ejecución de obra de la respectiva variante”.

Condena 3°: “Que, en virtud de las anteriores declaraciones, además de todas las variantes a que se refieren las pretensiones anteriores, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, una vez expedido y en firme por la AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES el acto administrativo de licencia ambiental, a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A., la diferencia entre (i) el costo total de las obras para realizar la variante San Roque y (ii) el costo total de las obras correspondientes al correspondiente paso poblacional, obras de la variante que se realizarán al darse las previsiones de la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, incluida la utilidad a la que tiene derecho YUMA CONCESIONARIA S.A., pago que se deberá realizar conforme a la metodología a que hace referencia la pretensión Octava declarativa y de conformidad con la forma de pago a que hace referencia la pretensión Novena declarativa”.

Concesión No. 007 de 2010, incluyendo aquellos derivados de la reclamación presentada por parte del Contratista EPC a Yuma Concesionaria S.A., incluyendo, entre otros, los siguientes conceptos: (...)”

Condena subsidiaria tercera 38°: “Se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a reconocer y pagar a Yuma Concesionaria S.A, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, la indemnización actualizada del daño antijurídico que ha soportado Yuma Concesionaria S.A con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, incluyendo aquellos derivados de la reclamación presentada por parte del Contratista EPC a Yuma Concesionaria S.A., incluyendo, entre otros, los siguientes conceptos: (...)”

De la anterior comparación se concluye que, aunque la acá convocante reclamó por el pago de los mayores costos y perjuicios generados respecto de 13 variantes adicionales al momento de presentación de la demanda reformada para el primer proceso y que esas mismas 13 variantes están incluidas dentro de las 14 que son reclamadas en el presente trámite arbitral, los elementos consecuenciales de una y otra demanda difieren en la medida en que la primera buscaba el reconocimiento y pago de aquellos sobrecostos y perjuicios ya causados al momento de la presentación de la demanda, mientras que la segunda busca el pago en el futuro de aquellos sobrecostos, o perjuicios u obras adicionales que, en palabras de la demandante, ella misma *“ciertamente **habrá de soportar** como consecuencia de la construcción de 14 variantes adicionales”* (Resalta el Tribunal).

Para el Tribunal, la constatada falta de concordancia en el *petitum* de las dos demandas significa que no puede afirmarse, no obstante puntuales coincidencias en algunos pedimentos declarativos, que haya identidad de objeto entre los procesos y por tanto dejar de considerar y despachar todo aquello que no fue objeto de debate en el proceso anterior, en particular los pedimentos consecuenciales y de condena que es el fin último que busca el actor.

Como quedó dicho, no bastan esas insulares coincidencias para considerar que existe identidad en el objeto de los dos procesos y por tanto cosa juzgada. En especial, la ausencia de correspondencia en el resto de las pretensiones declarativas y en las de condena, según la comparación expuesta, lleva al Tribunal a considerar no cumplido el requisito de identidad de objeto entre el presente proceso y el anterior que terminó con la aprobación del Tribunal, otrora integrado, del desistimiento bilateral presentado por las partes.

Descartado el aludido requisito se torna innecesario examinar en detalle la identidad o no de la *causa petendi* de cada una de las demandas.

1.2. El desistimiento bilateral del 17 de abril de 2015

Adicionalmente a lo anterior, de suyo suficiente para despachar desfavorablemente la excepción de cosa juzgada, conviene sin embargo agregar algunas consideraciones en relación con el desistimiento bilateral y condicionado que se presentó en el anterior trámite arbitral.

Como quedó indicado, las partes de este proceso suscribieron un documento de desistimiento total y bilateral el 17 de abril del año 2015, el cual luego fue aceptado por el Tribunal Arbitral que conocía del trámite, mediante Auto No. 30 del 5 de mayo del año 2015 (Acta No. 23). Decisión respecto de la cual ahora se estudia su efecto de cara a la excepción de cosa juzgada planteada por la convocada.

Las partes declararon lo siguiente:

“Las partes acuerdan desistir bilateralmente de las pretensiones de la demanda arbitral, la reforma de la demanda, la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones en el entendido, limitado y condicionado a aquellos efectos que hasta la fecha de firma de este documento se han materializado y reclamado en las pretensiones declarativas y condenatorias de dichas demandas y contestaciones, en los términos y condiciones establecidos en el presente documento. Las partes, para efectos de la ejecución del presente desistimiento bilateral, acuerdan y hacen constar que, a partir de la firma de este documento tienen y conservan el derecho de someter al juez del contrato de Concesión No. 007 de 2010, la decisión de controversias que tengan por objeto o se hallen relacionadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del referido contrato, sus efectos y alcances, bajo el entendimiento de que no desisten ni renuncian a sus derechos de obtener del juez del Contrato decisiones o interpretaciones del mismo, ni abandonan ni renuncian a las posiciones interpretativas del Contrato contenidas en la demanda, reforma de la demanda y demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones, de tal manera que sobre ellas no hay efectos de cosa juzgada, dejando así a salvo su derecho de acción en caso de que: (i) con posteridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral se materialicen y/o generen efectos derivados de cualquier causa y/o hecho no reclamados en la demanda arbitral, la reforma de la demanda y la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones y que altere el equilibrio del Contrato de Concesión No.

007 de 2010 y/o (ii) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral, continúen y/o se vuelvan a presentar y/o se materialicen las causas y/o hechos que dieron lugar a la demanda arbitral, la reforma de la demanda y la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones, y/o (iii) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral, se materialicen y/o generen efectos por las causas y/o hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones. Las partes acuerdan que hacen parte integral de este documento los textos íntegros de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones. Por lo anterior, las partes acuerdan que, de forma simultánea con la suscripción del presente desistimiento bilateral, presentarán ante el Tribunal Arbitral, una solicitud conjunta de terminación de proceso arbitral”.

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 314 del Código General del Proceso, el desistimiento debe ser incondicional, *“salvo acuerdo de las partes”*. Como lo explicó con precisión Morales Molina, *“[e]l desistimiento debe ser incondicional, porque termina el proceso, que no podría quedar sujeto a revivir en caso de que la condición se cumpliera”*⁸.

Para la doctrina resulta claro que el denominado desistimiento condicionado no es, en estricto sentido, desistimiento. Una difundida tesis afirma que tal forma de desistimiento implica una verdadera transacción entre los litigantes⁹. Otros, con un sesgo algo diferente, afirman que el desistimiento condicional exige el acuerdo con la parte demandada y, en todo caso, no se trata de un desistimiento, sino de una modalidad de transacción u otros acuerdos procesales que en estricto sentido no son desistimiento. Así se pronuncia López Blanco:

*“Ciertamente señala textualmente la norma que ‘El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes’ con lo cual se abre la vía para que se den ciertos pactos procesales que estrictamente no son desistimiento, así se emplee la palabra para la figura, pues es de la esencia del desistimiento, en el decir de Alcalá Zamora ‘químicamente puro’ la unilateralidad, de ahí que cuando existe un desistimiento condicional se inclina la doctrina en casos por señalar que se está frente a una modalidad de transacción y en otros a pactos o acuerdos procesales que le ponen fin al proceso pero que en estricto sentido no son desistimiento”*¹⁰.

Para el Tribunal, el desistimiento condicionado objeto de estudio no puede ser calificado como desistimiento *stricto sensu* por los argumentos antes expuestos, pero tampoco puede ser identificado como una mera transacción en la medida en que no se evidencian las necesarias concesiones recíprocas

⁸ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Undécima edición. Editorial ABC. Bogotá, 1991, pág. 488.

⁹ Cfr. Antonio J. Pardo. Tratado de Derecho procesal civil, T.II. Medellín. Ed. U. de Antioquia, 1956. Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Decimotercera edición. Dike editores. Medellín. 1994.

¹⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Dupré Editores. Bogotá, 2016, pág. 1022.

entre las partes. Por este motivo el Tribunal lo toma como un pacto procesal, el cual, en consecuencia, no puede tener los efectos típicos del desistimiento propiamente dicho.

En efecto, como ya se indicó, las partes de ambos procesos arbitrales suscribieron en su momento un documento que denominaron “desistimiento”, en el cual acordaron desistir de la totalidad de las pretensiones de la demanda inicial, de la reforma de la demanda, de la demanda de reconvencción y de sus respectivas contestaciones, bajo una serie de complejos y nutridos condicionamientos. Específicamente acordaron que “... *no hay efectos de cosa juzgada, dejando así a salvo su derecho de acción en caso de que (i) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral se materialicen y/o generen efectos derivados de cualquier causa y/o hecho no reclamados en la demanda arbitral, la reforma de la demanda y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones y que altere el equilibrio del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y/o (ii) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral, continúen y/o se vuelvan a presentar y/o se materialicen las causas y/o hechos que dieron lugar a la demanda arbitral, la reforma a la demanda y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones, y/o (iii) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral, se materialicen y/o generen efectos por la causas y/o hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones.*”

Según lo pactado por las partes no habría efectos de cosa juzgada en caso de que “*se materialicen y/o generen efectos derivados de cualquier causa y/o hecho no reclamados en la demanda arbitral, la reforma de la demanda y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones*”. A su vez, los efectos de cosa juzgada respecto de “*su derecho de obtener del juez del contrato decisiones o interpretaciones del mismo*”, se condicionaron a que no “*continúen*”, “*se vuelvan a presentar*” o “*se materialicen*” “*los hechos que dieron lugar a la demanda arbitral*”. Muchas preguntas surgen, entonces, en torno a tales condicionamientos y a su eventual acaecimiento.

Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, “*los términos de un desistimiento deben ser siempre claros y expresos, aunque no se empleen términos sacramentales; pero del texto debe aparecer con toda evidencia la expresión de la voluntad al respecto de quien renuncia o desiste*”¹¹; de manera que, si en gracia de la discusión, se aceptara que un desistimiento condicionado generara efectos de cosa juzgada, resulta que las partes no expresaron con claridad la forma en la que pretendían terminar el litigio pendiente. Tal falta de claridad respecto de los hechos que dieron lugar a la primera demanda se encuentra en el Otrosí No. 7 del contrato de concesión 007 de 2010, suscrito entre las partes y en la comparación entre las demandas reformadas del primer y el segundo proceso.

En la demanda reformada del primer proceso arbitral, Yuma manifestó en los hechos que, “*Ahora bien, no obstante que, conforme ya se dijo, YUMA sólo debía contemplar una (1) sola Variante, luego de presentada la oferta por*

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de octubre de 1944. Magistrado Ponente Liborio Escallón.

parte de YUMA y suscrito el CONTRATO, **la ANLA le exigió a YUMA la construcción de trece (13) Variantes**¹² (resaltado fuera del texto original).

Mientras que en el Otrosí No. 7, las partes manifestaron **“Que a partir del 5 de mayo de 2015, fecha en que quedó en firme el desistimiento de las partes a las pretensiones arbitrales, la ANLA ha emitido 8 Licencias Ambientales y está pendiente por emitir una Licencia Ambiental más, tal como se describe a continuación (...)**¹³ (resaltado fuera del texto original).

Más aún, las partes en el citado otrosí manifestaron:

“Que LA AGENCIA ha manifestado que solo de llegar a un Acuerdo procedería el reconocimiento y pago del diferencial de la obra del CONCESIONARIO de la nueve (9) variantes descritas en literal anterior (...)”

*“Que, por su parte, EL CONCESIONARIO argumenta que se debe proceder al reconocimiento y pago del diferencial de obra de las quince (15) variantes, **teniendo en cuenta que si bien el licenciamiento ambiental fue otorgado antes del licenciamiento, los efectos de dichas licencias se materializarán solamente con la construcción de cada una de las variantes y no con el licenciamiento mismo.***¹⁴ (resaltado fuera del texto original).

Así, las partes concluyen las consideraciones del Otrosí No. 7 reconociendo la falta de claridad del documento de desistimiento bilateral al afirmar: *“Que, en vista de que existe una controversia o diferencia entre las partes respecto de la **cantidad y en consecuencia por tal diferencia el valor que por variantes podrían ser reconocidas por parte de LA AGENCIA al CONCESIONARIO** y de que, pese a haber sostenido varias mesas de trabajo, no se ha podido llegar a un acuerdo que permita solucionar dichas controversias, con fundamento en la Sección 18.02 del CONTRATO las Partes someterán esta controversia a la decisión de un Tribunal de Arbitraje, sin perjuicio de su ejecución*¹⁵ (resaltado fuera del texto original).

Con base en todo lo anterior, es posible sostener que las condiciones planteadas en el documento de desistimiento bilateral para que operara el efecto de cosa juzgada no resultan claros, en cuanto a si las 13 variantes ordenadas por la ANLA, que hicieron parte de los hechos y las pretensiones de la primera demanda, “continuaron”, “se volvieron a presentar” o “se materializaron” luego de la suscripción de aquel pacto procesal. Motivo adicional para concluir que de lo pactado por las partes el 17 de abril de 2015 no se desprenden los efectos de cosa juzgada.

Por las razones expuestas, el Tribunal despachará desfavorablemente la excepción que la ANI denominó “EXISTENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO DE LAS VARIANTES QUE FUERON ORDENADAS POR LA ANLA CON ANTERIORIDAD AL DESISTIMIENTO PRESENTADO POR LAS PARTES EN EL AÑO 2015”.

¹² Hecho 483.

¹³ Consideración I.

¹⁴ Ordinales J y K.

¹⁵ Ordinal M.

2. Equilibrio económico del contrato y riesgos contractuales

En sus pretensiones quinta y sexta, el concesionario solicita lo siguiente:

*QUINTA: Que se declare que la construcción de 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001 201, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión N° 007 de 2010, excede y desborda el alcance del objeto contratado y conlleva a **un riesgo extraordinario** que YUMA CONCESIONARIA S.A. no está obligado a soportar, lo que genera **un desequilibrio económico del contrato** del mencionado contrato, en perjuicio de YUMA CONCESIONARIA S.A., por causas no imputables a esta (negrillas por el Tribunal).*

*SEXTA: Que se declare que la construcción de 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el contrato de concesión N° 007 de 2010, constituye **un riesgo extraordinario no previsto**, que YUMA no está en la obligación de soportar (negrillas por el Tribunal).*

Para resolver las anteriores pretensiones, el Tribunal procede a analizar en este punto la institución del equilibrio económico del contrato y de su relación con la noción de riesgo contractual. En primer lugar, se presentarán algunos planteamientos teóricos sobre la noción de equilibrio del contrato, su conmutatividad y la distribución de riesgos (I), seguidamente se estudiará la normatividad nacional que establece la forma como se deben evaluar y asignar los riesgos en los contratos estatales (II) y, finalmente, se resolverá lo pretendido por la parte convocante analizando la repercusión de los anteriores conceptos frente al caso concreto (III).

2.1.El equilibrio económico del contrato, la conmutatividad y la distribución de riesgos

En Colombia, a diferencia de la tradición del derecho administrativo francés¹⁶, la figura del equilibrio económico del contrato estatal se fundamenta en el particular alcance que se le ha dado al principio de conmutatividad: mientras en el derecho privado las partes deben ajustar las condiciones en que fue celebrado el pacto a las circunstancias cambiantes, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, en la contratación pública el principio de conmutatividad ha apuntalado a la conservación prácticamente aritmética de la equivalencia de prestaciones iniciales¹⁷. Es, entonces, de la naturaleza del contrato estatal que las condiciones existentes al momento de su celebración rijan o se extiendan durante la ejecución y vigencia del contrato, y es de esta concepción de donde han surgido las nociones de ecuación contractual y equilibrio económico del contrato.

¹⁶ En Francia, por ejemplo, el equilibrio económico del contrato se origina en el espíritu de solidaridad de la administración con el contratista por los sacrificios especiales que debe asumir en la ejecución del contrato. En: BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá, 2004. Edición Universidad Externado de Colombia. Página 144.

¹⁷ Ver artículos 3° y 27 de la Ley 80 de 1993.

Al analizar este principio, el tratadista Jaime Orlando Santofimio señala que la conmutatividad de los contratos administrativos es precisa y objetiva, a diferencia de la consagrada en el derecho civil:

“Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4º, numeral 3, 5º numeral 1, 27, 28, de la ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujetos a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de una sencilla lectura de la normatividad civil, en donde no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva, o que deba mantenerse durante el contrato”¹⁸.

Desde la perspectiva normativa, esta institución ha sido recogida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que también hace énfasis en el respeto por la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar:

“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.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Entonces, aunque el contrato tenga un carácter duradero y dinámico, corresponde al Estado garantizar la permanencia material de las condiciones contractuales que se pactaron en un inicio. De allí que el ordenamiento, en su propósito de mantener las condiciones iniciales durante el plazo del contrato, regule las herramientas que les permita a las entidades enfrentar la complejidad que supone la ejecución de este tipo de negocios jurídicos, la probabilidad de que se presenten situaciones que varíen las prestaciones originales y la continuidad en la prestación de los servicios contratados.

Podría decirse, como lo afirma Sandra Patricia Verano, que este principio es una respuesta a la mutabilidad del servicio público:

¹⁸ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017. Universidad Externado de Colombia. Pág.695.

“Aceptando el principio de mutabilidad de los contratos y dando una interpretación correcta al principio de la justicia contractual, se ha dado paso a la aplicación del principio económico del contrato, para preservar la continua prestación del servicio público y apoyar en forma solidaria al contratista colaborador”¹⁹.

Esta figura del restablecimiento del equilibrio prestacional debe aplicarse, entonces, cuando en el desarrollo de la relación contractual se presentan hechos perturbadores que modifican la conmutatividad inicial del contrato. Funciona como una fórmula que corrige las alteraciones de la equivalencia de las prestaciones y las ventajas y cargas asumidas por las partes. Como bien lo señala el doctrinante Libardo Rodríguez:

“El principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca”²⁰.

Ahora, en este punto debe precisarse que no toda vicisitud que se presente en la ejecución tiene la potencialidad de alterar las condiciones del negocio jurídico y da lugar automáticamente a una modificación de la ecuación contractual, sino que, previo un análisis sistemático y completo que permita establecer con claridad cuáles eran las condiciones que las partes pactaron voluntariamente, resulte demostrada la ruptura del referido equilibrio contractual. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al advertir que el equilibrio económico del contrato no es lo mismo que la “gestión equilibrada de la empresa”:

“Es necesario precisar la significación y el alcance del principio del equilibrio financiero del contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto.

“El equilibrio económico del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.

“Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el co contratante ha tomado en consideración; “como un

¹⁹ VERANO, Sandra Patricia. La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero. En, Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017. Universidad Externado de Colombia. Página 569.

²⁰ RODRIGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. Bogotá 2012. Temis, segunda edición. Página 11.

cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

“Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo, porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante en el contrato”²¹.

Como ya se ha expresado, el esfuerzo por conservar la equivalencia de la ecuación contractual persigue, en últimas, garantizar la adecuada y continua prestación del servicio que la entidad estatal ha encomendado a un particular mediante la celebración de un contrato. No es un instrumento para proteger a las partes individualmente concebidas ni, por lo tanto, una forma de indemnización subjetiva. Lo que se ampara es el interés general y por eso se salvaguarda la conmutatividad del contrato objetivamente considerada. En palabras del Consejo de Estado:

“El restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato”²².

El desequilibrio de un contrato estatal nace, eventualmente, a partir del momento en el que se rompe la conmutatividad, es decir, a partir del instante en que se impone una obligación que afecta real y significativamente la equivalencia de las prestaciones iniciales. Así, para que se pueda hablar de lesión a la ecuación contractual no se requiere de la materialización actual de un daño o de la muestra concreta de la afectación, motivo por el cual no tiene asidero la posición que sostiene que no puede haber desequilibrio económico si alguna de las partes aún no ha sido afectada con un daño que se haya concretado y consolidado.

Jurisprudencia y doctrina han coincidido en que la ruptura del equilibrio contractual puede obedecer a una serie de causas que varían jurídicamente, no sólo por los elementos que determinan su configuración, sino también por las formas en cómo se debe restablecer. A rasgos generales, una y otra han señalado que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: a) actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o le introduce modificaciones unilaterales *–ius variandi–*, sean éstas abusivas o no; b) actos generales de la administración o teoría del hecho del príncipe, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales o legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, el Estado afecta negativamente el contrato; y, c) factores exógenos a las partes del negocio, o teoría de la imprevisión, o sujeciones materiales imprevistas, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero con incidencia en él²³.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007. expediente 15799. Consejero Ponente Enrique Botero Gil.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 24637. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 31 de agosto de 2011, expediente 18080. Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

La importancia de esta distinción radica en que, dependiendo de la causa generadora del rompimiento de la ecuación del contrato, corresponden soluciones diferentes para resolver la situación de desequilibrio. Así, por ejemplo, en caso de que se trate de la aplicación de la teoría de la imprevisión, el juez deberá ocuparse de verificar que se esté frente a un hecho exógeno a las partes del contrato, mientras que si se trata de un hecho imputable a una de las partes el problema deberá resolverse estableciendo si tal hecho derivó en una carga desproporcionada para la otra parte.

Ahora, aunque la ruptura de la conmutatividad puede presentarse por el acaecimiento de fenómenos ajenos a las partes o por actos o hechos imputables a una de éstas, lo cierto es que el equilibrio económico siempre resultará afectado **por el acaecimiento de una situación respecto de la cual no hubo un pacto expreso que, por consiguiente, ubica la controversia en el escenario del riesgo.** En efecto, la afectación del equilibrio económico obedece a la materialización de un riesgo, entendido como la carga contractual en su sentido más estricto y que comporta el deber de soportar su suceso.

Dicho lo anterior, conviene aclarar, para evitar posibles confusiones conceptuales, cuál es la diferencia entre la hipótesis de desequilibrio económico imputable a la parte contratante y el eventual incumplimiento contractual de esta.

El primer caso -es decir, desequilibrio económico por hecho imputable a una de las partes-, hace referencia a una situación donde la Administración con su conducta, genera un riesgo que afecta la ecuación contractual: el debate en este contexto se ubica en un escenario de imputación del riesgo, en el cual, mediando un análisis objetivo, se busca entender a quién le son imputables las consecuencias económicas de dicho albur. El incumplimiento contractual, en cambio, encuentra su origen en el daño antijurídico ocasionado a una de las partes por el actuar antijurídico de la otra. En este caso, la disputa se traslada al terreno de la responsabilidad, donde el análisis es subjetivo, esto es, del comportamiento de las partes.

Y es que la **afectación objetiva de la ecuación contractual** es precisamente el elemento determinante para saber si existe un escenario de desequilibrio económico. En ese sentido, Consejo de Estado ha manifestado en varias ocasiones que, cuando en una controversia se alega desequilibrio económico del contrato por incumplimiento de una de las partes, lo más importante es demostrar la real afectación de la conmutatividad contractual:

“La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento. **De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato**

por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida²⁴ (subrayado por el Tribunal)

Como se puede apreciar, es claro que el requisito esencial para que se pueda hablar de desequilibrio económico es la afectación a la conmutatividad objetivamente considerada, y, por tanto, quien decida sobre este argumento deberá fijarse esencialmente en la conservación de las condiciones iniciales del contrato y no en la eventual afectación de las partes individualmente consideradas.

El autor francés De Laubaudère fundamenta lo anterior al manifestar que el equilibrio financiero se rompe desde el momento en el que la proporción de los deberes y obligaciones se ve afectada, siendo este el componente esencial de la figura:

“El equilibrio financiero es la ‘equivalencia honesta o correcta’ entre cargas y ventajas que el contratante tuvo en cuenta, ‘como un cálculo’, al momento de la celebración del contrato y que lo llevó a concluirlo. **Es cuando se rompe esta balanza razonable que es justo restablecerla porque fue tomada en consideración como elemento determinante del contrato**”²⁵.

No se trata entonces de hacer un análisis del comportamiento de las partes, sino de indagar, cuando se trate de la administración pública, si la utilización o no de sus prerrogativas produjo efectos objetivos en la equivalencia de las prestaciones contractuales. En el capítulo denominado “la caracterización de la inexecución imputable al contratante” y partiendo de que usualmente se considera la inexecución como culposa, el autor Bucher critica la “simplificación” de la asimilación entre inexecución y culpa. Más precisamente, en la Sección Primera de dicho capítulo, denominada “Inexecución objetiva, inexecución no culposa”, analiza la hipótesis de la irregularidad en la ausencia de una condición en el ejercicio de prerrogativas, que es de lo que se trata en el asunto sometido al presente tribunal, en el cual se observa que la administración no agotó las prerrogativas precontractuales que tenía en la determinación de los riesgos en la estructuración del pliego de condiciones. Sobre el tema explica el mencionado autor:

²⁴ Consejo de estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 17031. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Exp: 15119, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 20 de octubre de 2014. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 24809.

²⁵ LAUBAUDÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*, L,G,D,J, Paris, 1983, Tomo I, p. 717.

“El empleo de una prerrogativa está condicionado por elementos de forma, de procedimiento y de fondo que pueden estar indicados en las estipulaciones contractuales, en la jurisprudencia o en la ley. La irregularidad puede consistir simplemente en una diferencia que se presenta al comparar las condiciones exigidas para el uso de la prerrogativa y aquellas que se presentan en el caso concreto. La irregularidad en el uso de la prerrogativa se caracteriza de manera exclusivamente objetiva. En derecho administrativo, la no utilización de una condición para ejercer una prerrogativa es tratada de manera puramente objetiva. El juez se limita a constatar que dicha condición está ausente (...) El juez administrativo toma solamente en cuenta la diferencia entre las condiciones exigidas por la utilización de la prerrogativa y aquellas que se encuentran en el caso concreto, sin que ello implique una apreciación sobre la conducta de la administración”²⁶.

Por tanto, si al estudiar la figura del desequilibrio económico del contrato, se menciona una inejecución de la Administración, no debe pensarse que se están aplicando los presupuestos de la responsabilidad contractual, sino que, por el contrario, se están analizando las reglas y exigencias que permiten descifrar si se ha afectado la ecuación contractual.

Precisado lo anterior, para el Tribunal es claro que, como las pretensiones expuestas en la reforma de la demanda enmarcaron el litigio en un escenario de desequilibrio económico, el análisis se centrará en el estudio de los riesgos – y no de la responsabilidad- , para determinar a quién estos le son imputables.

Al tener la noción de riesgo una importancia crucial en la teoría del desequilibrio económico del contrato, es indispensable estudiar en el concepto de previsibilidad que se encuentra en su base. En efecto, uno de los requisitos para la aplicación de este principio es que la contingencia sea **imprevisible**, y, por lo tanto, se requiere que la parte que alega la ruptura de la ecuación no tenga la capacidad de prever la eventual materialización de la contingencia.

En tal medida, el inciso primero del ya mencionado artículo 27 de la ley 80 tiene como premisa básica que, en caso de ruptura, esta debe ser asumida por quien no dio lugar a ella, pues se concibe que la parte para quien el riesgo era previsible asume las consecuencias de dicho albur desde un principio. Al decir del profesor Cabarcas, “no podría admitirse que en una relación contractual de derecho público el contratista soporte riesgos anormales o extraordinarios, *distintos de los válidamente asumidos*, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato”²⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha confirmado dicha regla, al establecer que el desequilibrio creado por el contratista debe ser asumido por él mismo:

²⁶ BUCHER, Charles-Édouard, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne, Dalloz, París, 2011, p. 90.

²⁷ CABARCAS GÓMEZ, Freddy M., Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 154.

“Una entidad pública no debe pagar por todos los sobrecostos que se generen en el desarrollo de un contrato, ya que sólo debe reconocer los no imputables al contratista. El Estatuto de Contratación Pública establece que se debe respetar el equilibrio económico del contrato, de tal forma que se debe mantener una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se acordaron desde el inicio del contrato. Este equilibrio se afecta cuando se genera un desbalance en las obligaciones, como son los sobrecostos, por: 1) actos o hechos imputables a la entidad contratante, 2) por actuaciones del Estado calificados como “hechos del príncipe” o 3) por actos imprevisibles. **Por lo tanto, ante la ocurrencia de estos hechos la entidad contratante debe pagar por los sobrecostos que se generen para mantener la equivalencia de las obligaciones, pero el desequilibrio creado por el contratista debe ser asumido por él mismo**”. (negrillas fuera de texto)²⁸

Así las cosas, es claro que el debate de la previsibilidad es consustancial al caso que ocupa al Tribunal, pues la eventual previsibilidad del riesgo determinará a cuál de las partes le era imputable su materialización.

Entrando en materia, en el caso que ocupa la atención del Tribunal, la sociedad convocante alega que acaeció un riesgo extraordinario que afectó el equilibrio económico del contrato. Afirma que este riesgo era imprevisible, puesto que el contrato sólo preveía la construcción de una variante. En su entender, este riesgo se materializó cuando “el Instituto Nacional de Concesiones incumplió lo establecido por el artículo 4º de la ley 1150 de 2007 y el artículo 88 del decreto 2474 de 2008, por cuanto no cuantificó, ni estimó el riesgo ambiental previsible en el proceso de selección sea-lp-001-2010”. Se trataría entonces de una hipótesis de hecho sobreviniente imputable a una de las partes, y no de un hecho extraordinario que les era totalmente ajeno y que dé lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión²⁹.

En efecto, para YUMA CONCESIONARIA S.A., la construcción de catorce (14) variantes adicionales a la contemplada en el pliego de condiciones, no es una contingencia que se hubiera contemplado previamente y, por lo tanto, es un riesgo que excede lo planteado inicialmente en la ecuación contractual. Jaime Orlando Santofimio, en su ya citado Compendio de Derecho Administrativo, describe de manera clara la situación planteada por la convocante:

“Se configura esta hipótesis –de desequilibrio económico- en los casos en que la administración no cumple en debida forma las obligaciones que el contrato puso a su cargo, o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación que afectan el equilibrio correspondiente, o efectúa exigencias no contenidas en el contrato; igualmente, cuando no

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Exp: 20683. Valle de la OZ, Olga Mérida. Resumen realizado por Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7435>.

²⁹ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 7 de marzo de 2011, expediente 20683; 31 de agosto de 2011, expediente 18080 y 30 de enero de 2013, expediente 24510.

satisface plenamente el régimen de obligaciones y cargas contingentes que le fueron debidamente asignadas o incluso, en razón a la deficiente o la nula planeación. En fin, no existe una lista oficial o legal de causas imputables a la administración para configurar situaciones negativas al equilibrio económico del contrato”.

Y a renglón seguido, cuando precisa el alcance anterior para el evento de incumplimiento, afirma:

“Esta hipótesis se configura cuando la administración estructura de manera deficiente el negocio correspondiente de manera tal que al momento de su ejecución, y como consecuencia de esas profundas deficiencias, se induce al contratista a situaciones de ruptura irremediable del equilibrio económico del contrato. Se trata de una hipótesis en la cual la administración no cumple cabalmente con sus obligaciones estructuradoras plenas del negocio, colocándose en posición de determinante de la ruptura del equilibrio económico”³⁰.

En este escenario, el desequilibrio se presenta al asignar al contratista una obligación que, en su concepto, no le es exigible. Es decir, para el concesionario la prestación que se le impone excede lo pactado originalmente y, por lo tanto, desborda el objeto y rompe la ecuación económica del contrato.

Es claro, entonces, que en este asunto el debate no es otro que el de los riesgos contractuales y que, por consiguiente, para resolver la controversia debe determinarse qué riesgos asumieron las partes y cuál de ellas está en el deber de soportar económicamente las consecuencias perjudiciales de las situaciones que alteraron el equilibrio contractual, esto es, por cuenta de cuál de ellas deben construirse las catorce (14) variantes adicionales.

Para tal definición es indispensable establecer cuáles riesgos fueron asumidos por la concesionaria, puesto que estos inciden en el objeto del contrato y en la ecuación contractual. Habría un desequilibrio si las cargas impuestas van más allá de los riesgos asumidos, pero si, en cambio, estaban inmersos en esa asunción, no habría alteración de la conmutatividad obligacional. Así, harán parte de la ecuación contractual aquellos riesgos que eran previsibles, porque las partes los tipificaron previamente o porque son riesgos evidentes connaturales a la obligación.

Como bien precisa la doctrina nacional: *“El riesgo previsible o normal que puede suceder durante la ejecución del contrato entra así a formar parte de su objeto, de su ejecución, de las estipulaciones hechas por las partes en el momento de su celebración; está incluido dentro de la ecuación económica del contrato”*³¹. Igualmente ocurre con la doctrina foránea, al indicar que, “el riesgo es un alea normal, es decir aquel que entra normalmente en las previsiones de las partes, ya sea favorable o desfavorable. El alea

³⁰ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017, Universidad Externado de Colombia, pág. 699 y 700.

³¹ VERANO, Sandra patricia. La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero. En Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017. Universidad Externado de Colombia. Pág. 560.

extraordinario, es aquel que el contratista no pudo razonablemente prever³². Como se observa, son pues dos los riesgos que pueden acaecer durante la ejecución del contrato y la aplicación del restablecimiento del equilibrio financiero solo se da frente a los extraordinarios.

Se insiste, entonces, en que forman parte de la ecuación contractual aquellos riesgos que una parte asumió explícitamente o que son propios de las obligaciones pactadas y, por lo tanto, si en el presente caso el supuesto fáctico fuera un riesgo previsible o explícitamente asumido, no habría desequilibrio económico. En cambio, si se tratara de un riesgo que la parte no está en la obligación de soportar, ya sea porque supera los asumidos o porque no corresponde a su diligencia profesional, habría un desequilibrio económico.

De ahí que al Tribunal se imponga, para resolver el problema jurídico planteado, precisar cuáles fueron los riesgos asumidos y cuál es el alcance preciso del objeto contractual, como condición necesaria para establecer si la construcción de las catorce (14) variantes adicionales a la contemplada en los pliegos excede el contenido obligacional del contrato o si, por el contrario, se trata de una prestación que estaba incluida dentro de lo pactado por las partes. O, con mayor precisión, si la construcción de las catorce (14) variantes adicionales ordenadas por la ANLA hace parte de los riesgos asumidos por el contratista o no, de manera que, si se llegare a la conclusión de que no fueron asumidos por éste, correspondería a la entidad estatal soportar la carga económica que deviene de la ejecución de esa actividad.

Para ese propósito, el Tribunal pasa a estudiar en qué consiste el deber de asignación de riesgos, cómo se identifican las contingencias y cómo se determinan los riesgos asumidos por las partes; para, posteriormente y como se ha dicho al inicio del presente capítulo del laudo, analizar si en el caso concreto las prestaciones impuestas por la ANLA son inherentes a la ecuación económica del contrato.

2.2. Las normas que rigen la asignación y distribución de riesgos en el contrato administrativo

El proceso de asignación o distribución consiste en el reparto de los riesgos preVISIBLES entre las partes del contrato. Comprende su identificación y valoración por quienes contratan, la determinación del impacto que tendrían y la probabilidad de ocurrencia de aquellos que se identifiquen, lo cual constituye el fundamento de la decisión de quien los asume y corre con el costo que se deriva de su eventual materialización. Los riesgos identificados quedarán inmersos dentro de la ecuación financiera del contrato y, por lo tanto, serán remunerados con cargo al valor pactado.

En contratación estatal la distribución de los riesgos se ha construido de manera diferente que en el llamado derecho común, que se funda en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y el uso marginal de disposiciones legisladas. En palabras de la doctrina:

³² PEZ, Thomas. *Le Risque Dans Les Contrats Administratifs*, Ed. L.G.D.J., París, 2013, p. 69.

“La consensualidad permite considerar que los particulares, como legisladores de sus propias relaciones jurídicas, diseñan tantas formas contractuales como estimen convenientes”³³.

En derecho civil los contratos bilaterales implican una situación más compleja. Cuando la obligación contractual no puede ser cumplida por la aparición de un obstáculo constitutivo de fuerza mayor, la obligación o se extingue, como cuando versa sobre un cuerpo cierto (artículo 1729 del Código Civil), o aun manteniéndose la obligación en otros casos, la ley excluye el efecto indemnizatorio (artículo 1616 del Código Civil). El problema entonces consiste en determinar si cuando una parte contratante no puede ejecutar su prestación por la aparición de un evento de fuerza mayor, la otra permanece ligada por su obligación y debe cumplirla, pese a no obtener una retribución o si, por el contrario, se ve igualmente liberada a su turno por cuanto no ha obtenido la contraprestación que la afectaba. Este problema, el de los riesgos contractuales, se resolvería de la siguiente manera:

*“Será imputable el riesgo al deudor de la prestación que se tornó imposible de ejecutar, si se decide que él no puede forzar la ejecución de la obligación de la otra parte (*res perit debitoris*). Por el contrario, el riesgo será para el acreedor de la prestación que se tornó imposible, si se decide obligarla a ejecutar su prestación, aunque no reciba nada (*res perit creditor*)”³⁴.*

No obstante, en materia de derecho administrativo el asunto no se puede resolver únicamente acudiendo a los supuestos de la teoría de riesgos en la concepción privatista puesto que, siendo de la esencia del contrato administrativo la adecuada y continua prestación del servicio público, es indispensable mitigar cualquier situación que impida la cabal ejecución del contrato.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, la gestión de los riesgos en los contratos estatales no era un asunto que tuvieran que ventilar abiertamente las partes. Se trataba de una suerte de distribución tácita del riesgo, en virtud de la cual las partes asumían indistintamente todos los riesgos que pertenecían a la naturaleza de las obligaciones derivadas del contrato. Las controversias que surgieran en torno a situaciones imprevisibles que perturbaran la ejecución contractual, eran solucionadas según la equidad, la naturaleza del contrato, las cláusulas de responsabilidad y la teoría de riesgos:

“Antes de la ley 1150 los contratos se ejecutaban dando cumplimiento no solo a las obligaciones propias del objeto contractual, adquiridas en el momento de su celebración, sino también a todas aquellas que por su contenido y naturaleza pertenecieran al negocio mismo sin que las

³³ SARMIENTO, Juan Pablo. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. Derecho del Estado N° 37. Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 189-211.

³⁴ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. 2da. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Página 447.

partes realizaran un ejercicio de identificación y evaluación de los sucesos que podrían afectar la debida ejecución del contrato estatal”³⁵.

Pero la aplicación de esta práctica trajo consigo muchos inconvenientes, ya que cuando los riesgos se materializaban no se sabía cuál de las partes debía soportar esa carga sobreviniente; con el añadido de que las reclamaciones surgidas de su acaecimiento afectaban, cuando no paralizaban, la ejecución de las prestaciones de los contratos. Se requería, entonces, de una fórmula que permitiera repartir de antemano esas cargas.

Tal fue la situación que dio lugar a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y del decreto 2474 de 2008, que la reglamentó.

Estas normas consagraron un nuevo sistema de administración de riesgos, que atribuyó a las partes el deber de identificar, antes de contratar, los riesgos contractuales y de distribuirlos entre ellas. El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, estableció que la identificación de los riesgos involucrados en la contratación debía ser incluida en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad contratante:

“Artículo 4º. 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. 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”.

De este precepto se desprende el deber de la Administración de consagrar en los pliegos de condiciones el análisis de las contingencias a las que han de sujetarse las partes, tipificarlas y distribuir las de manera adecuada. Como bien lo dice el citado profesor Cabarcas al comentar el presente artículo, “el contratista casi siempre está dispuesto a ejecutar los proyectos que sean promisorios en utilidad, medida en valor presente neto. Su posición frente al contratante se caracteriza por la búsqueda del mayor rendimiento a su inversión. En la literatura sobre riesgo se ha convertido en un lugar común la frase: ‘el riesgo debe trasladarse a quien esté en mejor posición de controlarlo’. Sin embargo, lo verdaderamente crítico en un análisis de asignación de riesgo es la identificación del nivel de incertidumbre inicial y cómo se asigna responsabilidad ante esa incertidumbre; es decir, quién asume el costo si el riesgo se materializa”³⁶.

En la misma tónica, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, vigente para el momento en el que se depositó la oferta por parte de YUMA en la licitación pública, detalla las condiciones en las que debe realizarse esta asignación:

³⁵ VERANO, Sandra Patricia. La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero. En Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017. Universidad Externado de Colombia. Pág. 553.

³⁶ CABARCAS GÓMEZ, Freddy M., Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 150.

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

“La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

“La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego”.

Es claro que esta disposición integró al contratista en el ejercicio de distribución de riesgos: las dos partes tienen la obligación legal de administrar bilateralmente el riesgo y de adjudicarlo antes de contratar, idea que también es de importancia para la resolución del presente litigio. La evaluación de los riesgos contractuales se convirtió entonces en una de las manifestaciones concretas del principio de planeación y de previsibilidad en la contratación estatal.

Ahora bien, como las normas no reglaban detalles, fue necesaria la expedición de otra normativa que precisara la obligación de identificación, estimación y asignación del riesgo previsible.

El Decreto 1015 de 2013, por ejemplo, no sólo propuso una definición de riesgos previsibles que sirviera como referente para las partes, sino que además especificó las condiciones en las cuales se debía dar su asignación:

“Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

“En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

“Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

“La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego”.

A su turno, el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, propone también una definición de riesgo previsible como *“el evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de Contratación, en la ejecución de un contrato”*.

Por otra parte, los documentos expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) también juegan un papel esencial en la determinación de los parámetros de designación del riesgo. Aunque en realidad estas disposiciones tienen una fuerza vinculante limitada que dependerá de su inserción o no en los contratos estatales, han servido como criterio de orientación de las entidades al momento de la distribución del riesgo. Es más, los artículos 15,16, y 17 del Decreto 423 de 2001 disponen que estos documentos consagran la política pública del manejo del riesgo:

“ARTÍCULO 15.- De la política de riesgo contractual del Estado. Las entidades estatales sometidas al régimen aquí previsto deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo.

“ARTÍCULO 16.- Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado. El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.

“ARTÍCULO 17.- Funciones del Consejo de Política Económica y Social, Conpes, en materia de política de riesgo contractual del Estado.

Corresponde al Consejo de Política Económica y Social, Conpes, en materia de política de riesgo contractual del Estado recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes.

“PARÁGRAFO.- El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, revisará por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo establecida conforme al presente artículo, con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país”.

Es así que en el documento CONPES 3107 de 2001, expedido con bastante anticipación a la Ley 1150 de 2007, ese Consejo fijó lo que sería la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura", y dispuso, de manera general, que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquellos riesgos determinados por el objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad.

Posteriormente, se expidió el documento CONPES 3714 de 2011, que se refiere al *riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*, que ha sido un marco de referencia forzosa de la Administración, pues se expidió precisamente para complementar el artículo 4º de la ley 1150 de 2007. El documento estableció los criterios para la tipificación, estimación y asignación del riesgo y determinó cuáles eran las principales clases o especies de riesgos a que puedan verse expuestas las partes en la ejecución de los contratos:

“1. Riesgos Económicos: Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros. Por ejemplo, es usual que en contratos que involucran la ejecución de actividades en cuya estructura se ha definido un marco cambiario, se identifiquen alteraciones por el comportamiento de la moneda o por circunstancias colaterales que imponen una incidencia crítica. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, donde no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. Su inclusión dependerá de la posibilidad de previsión del mismo.

“2. Riesgos Sociales o Políticos: Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsible, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. También suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí, el Gobierno y la población, grupos de interés o la sociedad. Por ejemplo, los paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad podrá acudir a las autoridades públicas competentes en la recopilación

de datos estadísticos o fuentes oficiales (POLICIA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, etc.).

“3. Riesgos Operacionales: Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre estos encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes. Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato. En general no son riesgos operacionales las especificaciones de materiales o servicios incorrectos, fallas en el embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia en los proveedores, pérdida o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos, entre otros.

“4. Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros. El riesgo predial no se incluye dentro del documento, ya que es un riesgo operacional y es parte fundamental dentro de la operatividad del contrato, en especial en los contratos de obra. Adicionalmente, con la publicación del manual de buenas prácticas este tipo de riesgo no debería existir por ser obligaciones propias de la estructuración de los contratos.

“5. Riesgos Regulatorios: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual. Por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en los regímenes especiales (regalías, pensional), designación de zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.

“6. Riesgos de la Naturaleza: Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI, INGEOMINAS, IDEAM, etc.). Para el ejercicio de tipificación, éstos se refieren a los hechos de la

naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse.

“7. Riesgos Ambientales: Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado no siendo imputables a las partes.

“8. Riesgos Tecnológicos: Se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, así como la obsolescencia tecnológica. Una vez hecha la clasificación por tipo de riesgo se recomienda hacer una definición concreta de cada uno de los riesgos que se incluyan, conforme al lenguaje común de los mismos; y al significado que tengan en el marco del contrato de que se trate en búsqueda de una absoluta claridad en las condiciones. Los riesgos que no lograron la condición de previsibilidad para ser incluidos en el ejercicio del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, en todo caso, deben ser analizados por las Entidades con el fin de que cuenten con un tratamiento propio en el marco de la gestión contractual”.

Otro documento al que acuden las entidades públicas para la estructuración del riesgo contractual es el "Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación", de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, expedido para desarrollar los alcances de las previsiones contenidas en el Decreto 1510 de 2013 y que estructura la administración de riesgos. Así, determinó que dentro del proceso de tipificación, asignación y estimación del riesgo se debe agotar el siguiente procedimiento: *(i) Establecer el contexto; (ii) Identificar y clasificar los riesgos; (iii) Evaluar y calificar los riesgos; (iv) Asignación y tratamiento de los riesgos; y, (v) Monitorear los Riesgos.*

Este procedimiento permite que, una vez identificado, el riesgo sea asignado a una de las partes del negocio en atención a los principios de proporcionalidad y equidad, de manera que se evite la arbitrariedad.

Pues bien, aunque todas estas disposiciones logran dilucidar mejor el alcance del deber de asignación de riesgos contenido en la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que resulta imposible identificar todas las contingencias a las que pueda estar sujeto el contrato. Las partes, en virtud del carácter eminentemente vinculante del riesgo, están obligadas a enfrentar todos los riesgos que asumieron, incluyendo aquellos que, aun no estando tipificados explícitamente, hacen parte del alea normal del contrato.

Y es que la distribución de los riesgos contractuales no sólo se establece mediante una identificación expresa por parte de los contratantes, ya que dentro de los riesgos que asumen están aquellos ligados a la naturaleza de

las prestaciones contractuales; se trata, en la acertada expresión acuñada por la doctrinante Sandra Patricia Verano, de una “distribución implícita del riesgo”, en tanto las partes deben soportar los efectos nocivos que se derivan del contrato celebrado, que le son propios y que son adyacentes a las obligaciones que han adquirido.

El Consejo de Estado, en un fallo en el que analiza el riesgo derivado de la duración de los trámites relacionados con los recursos naturales afectados por un proyecto de infraestructura, se pronunció en los siguientes términos:

“Se advierte desde ahora que no todo sobrecosto ni toda pérdida conlleva necesariamente la condena a restablecer el equilibrio financiero del contrato, toda vez que ello depende de la ecuación contractual y en ésta suele incorporarse un alea o riesgo propio de la ejecución del contrato”³⁷.

De dicho pronunciamiento se colige que la ecuación contractual está integrada tanto por los riesgos tipificados y asignados expresamente, como por los propios del alea normal de las obligaciones y que se evidencian por la misma naturaleza del contrato.

Para el contratista, el alea normal correspondería a los riesgos asumidos en la asignación realizada por la entidad contratante, como por aquellas obligaciones ligadas a la naturaleza del contrato. Frente a esto, refiere Marienhoff:

“El alea ordinaria es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones. Este alea la soporta el contratante”³⁸.

Para definir, entonces, los alcances de la ecuación contractual es indispensable tener en cuenta todos y cada uno de los riesgos asumidos directamente por el contratista en el pacto de gestión de riesgo, y los que indirectamente le correspondan dada su condición de tal. Es ese el procedimiento a seguir para verificar si la carga impuesta en casos como el presente rompe o no el equilibrio económico del contrato.

Expuestos suficientemente los fundamentos del procedimiento de identificación, asignación y asunción de riesgos tanto en doctrina como en la normativa nacional, el Tribunal pasará ahora a precisar, conforme al plan diseñado, las obligaciones y el alea normal del contrato. Así, partirá de la asignación expresa de los riesgos previsibles efectuada por las partes y de los implícitamente asumidos a partir del contrato, para entender si la imposición de construir las catorce (14) variantes adicionales desequilibra la ecuación contractual pactada al momento de la celebración del contrato.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de febrero de 2017. Rad. 53875. Consejero Ponente Martha Nubia Velázquez.

³⁸ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Vol. 3-A. Buenos Aires, 1979. Editorial Abeledo-Perrot. Pág. 470.

2.3. Distribución de los riesgos entre la ANI y YUMA CONCESIONARIA S.A.

De otro lado, está demostrado en el expediente que la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, mediante actos administrativos en firme, impuso a la Convocante la obligación de construir 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el contrato de Concesión 007 de 2010. Este es un tema claro y que no se ha discutido en el presente debate, razón por la cual el Tribunal despachará favorablemente la pretensión cuarta declarativa de la demanda reformada.

En este punto corresponde establecer si el riesgo alegado en el presente trámite arbitral –que se traduce en la construcción de catorce (14) variantes adicionales a las acordadas en el pliego de condiciones– había sido asumido o no por la convocante en el momento de contratar. Es decir, se pretende indagar si se trata de una contingencia prevista y por lo tanto asumida, o de un evento que las partes no contemplaron y por lo tanto excede la ecuación contractual inicial.

Ciertamente, el desequilibrio alegado por la sociedad concesionaria se habría causado si se hubiere demostrado que el riesgo materializado no estaba debidamente asignado desde un principio porque, en caso contrario, no podría solicitar que la entidad pública asumiera los sobrecostos derivados de esta materialización, pues se trataría de una carga que habría aceptado y que, por lo tanto, entraría en la ecuación contractual. Se reitera que los riesgos distribuidos entre las partes al celebrar el contrato se incorporan a su equilibrio económico, que además debe mantenerse durante el plazo de su ejecución.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado esta materia en los siguientes términos:

“En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, **cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.**

“Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca en los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la

respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada” (negrillas fuera de texto)³⁹.

Por tanto, para analizar el equilibrio de la ecuación contractual se debe establecer, en un primer término, el alcance de la asunción de riesgos del contratista. Como se expuso anteriormente, los riesgos asumidos por el concesionario son aquellos determinados expresamente al momento de la asignación, y aquellos que le son imputables en razón a la naturaleza de las prestaciones contractuales. En esa medida, el Tribunal procede a analizar cuáles fueron los riesgos asumidos por el contratista (i) expresamente en el ejercicio de distribución de riesgos y (ii) los riesgos que se derivan de las obligaciones adquiridas por YUMA CONCESIONARIA S.A. en el pliego de condiciones y la oferta mejorada.

2.3.1. Riesgos determinados en el proceso de tipificación, estimación y asignación

Atendiendo a lo anterior, el Tribunal abordará el estudio de la tipificación, valoración y asignación del riesgo realizada en el proceso licitatorio, como punto de partida que le permitirá establecer si la carga impuesta a la convocada desborda los límites de su asunción al momento de distribuir el riesgo.

Conviene advertir que el riesgo derivado de la construcción de las catorce (14) variantes adicionales hace parte de los llamados riesgos ambientales, toda vez que se trata de una carga que se presentó con ocasión del trámite de licenciamiento ambiental que correspondía surtir a la convocada, en cumplimiento de lo dispuesto en el Contrato de Concesión N° 007 de 2010. Por lo tanto, al analizar la estimación y designación del riesgo realizadas por las partes, se profundizará en este tipo de riesgo en particular.

El Decreto 2474 de 2008, por el cual se reglamentaron parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, establece –como ya se ha dicho- que la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos contractuales debe constar en los estudios y documentos previos presentados por las entidades públicas a la hora de contratar:

“Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2017 en el expediente: 51526.

“Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

“1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

“2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.

“3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

“4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

“5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

“6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

“7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular” (negrillas fuera de texto).

Pues bien, en el presente asunto la matriz de riesgos, instrumento que permite la tipificación del riesgo, fue efectivamente incluida por la entidad contratante en los estudios previos presentados en etapa precontractual. Este documento, que fue expuesto en la audiencia de asignación de riesgos del 11 de marzo de 2010, consagra en su numeral séptimo el acápite de ESTIMACIÓN TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS:



Matriz de riesgos

Área	Tipo de riesgo	Efecto	Asignación
Comercial*	Volumen de tráfico	Menores ingresos	Privado
	Evasión	Menores ingresos	Privado
	Elusión	Menores ingresos	Privado
Financiación	Tipo de cambio	Devaluación	Público-Privado
	Financiación	Cierre financiero y tasa de interés	Privado
Regulatorio	Tarifas	Menores ingresos	Público
	Normatividad - Tributario	Menores ingresos	Privado
Fuerza mayor asegurable	Amparo de estabilidad y otros	Mayores costos y plazos	Privado
Fuerza mayor no asegurable	Daño emergente causado por la ocurrencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito relacionados con guerra, actos terroristas, guerra civil, golpe de Estado, huelgas, hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos	Mayores costos y plazos	Público

*En el caso que el total de VPIT ofertado no se haya recibido en el año 25 de la concesión, el INCO pagará el saldo.



Matriz de riesgos

Área	Tipo de riesgo	Efecto	Asignación
Predial	Gestión predial	Disponibilidad de predios	Público-Privado
	Costo predial rural y urbano	Mayores costos - sobre costo	Público-Privado
	Mayor afectación predial	Mayor número de predios y costos	Público-Privado
Ambientales	Gestión ambiental	Mayor plazo	Privado
Construcción	Diseño	Mayores plazos y mayores costos del diseño	Privado
	Mayor cantidad de obras	Mayores costos de la obra	Privado
	Precios de los insumos	Mayores costos de la obra	Privado
Operación	Operación	Mayores costos operación y mantenimiento	Privado

Para precisar el alcance de esta matriz, el numeral, 7.3. de los Estudios Previos presentados por el INCO –hoy ANI- definió en qué consiste la estimación del riesgo:

“La estimación del riesgo es la valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del Contrato, que hace el Instituto de ellos, de acuerdo con la tipificación que ha establecido y con base en la información fehaciente y soportada que tenga a su alcance la entidad contratante de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008”.

Por su parte, el numeral 7.5. expone los principios que determinan la asignación del riesgo:

“Los riesgos derivados del Contrato serán asignados de acuerdo con el principio según el cual, cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar. De hecho, el Gobierno Nacional, a través del Documento CONPES Número 3107 de 2001, estableció dicho criterio cuando señaló: “Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación”.

Sin embargo, se observa que la matriz presentada en la audiencia de aclaración el 11 de marzo de 2010 no es la única que obra en el expediente. Efectivamente, por disposición del Tribunal y por requerimiento de YUMA CONCESIONARIA S.A., la parte convocada aportó, con memorial del 7 de noviembre de 2019, un archivo Excel denominado “Matriz de Riesgos RADS-3” (Ubicado en la carpeta 2MM. Versión 12 de febrero), en el que se incluye una matriz de riesgos con su tipificación, estimación y asignación. Esta matriz difiere un poco de la anterior y establece lo siguiente:

Riesgo	Valor
B	1
M	2
A	3

Impacto - Costos	Rangos
A	31% - 100% del valor del proyecto
M	11% - 30% del valor del proyecto
B	0% - 10% del valor del proyecto

Impacto - Ingresos	Rangos
A	31% - 100% del valor de los Ingresos
M	11% - 30% del valor de los Ingresos
B	0% - 10% del valor de los Ingresos

Riesgos del Proyecto

Total

Área	Tipo de riesgo	Efecto	Probabilidad - Frecuencia	Impacto - Costo	Observación Probabilidad e impacto	Asignación Contrato Actual	Valor Prob.	Valor Imp.	Región	x	y
Predial	Gestión Predial	Disponibilidad de predios	A	M	El sector privado asumirá hasta el 20% del sobre costo causado en las negociaciones de adquisición de predios incluyendo la compensación social y económica. Los sobre costos se calculan considerando los valores de referencia consignados en el contrato de concesión. La nación por su parte crea un soporte por riesgo predial que cubrirá el sobre costo adicional que se genere. El soporte se encuentra sustentado en el estudio de riesgos contingentes realizado para el proyecto.	PÚBLICO-PRIVADO	3	2	8	3,33333333	4,16666667
	Costo Predial Urbano	Mayores Costos - Sobre costo	A	M		PÚBLICO-PRIVADO	2	2	5	2,5	2,5
	Costo Predial Rural	Mayores Costos - Sobre costo	M	B		PÚBLICO-PRIVADO	3	1	7	0,83333333	4,16666667
	Mayor afectación predial	Mayor número de predios y costos	M	M		PÚBLICO-PRIVADO	2	2	5	2,5	2,5
Ambientales	Gestión Ambiental	Mayor Plazo	M	B	En todo el trazado de la obra	PRIVADO	2	1	4	0,83333333	3,33333333
Construcción	Diseño	Mayores plazos y mayores costos del diseño	B	B	Imposibilidad de realizar la obra en el trazado contratado	PRIVADO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
	Mayor cantidad de obras	Mayores costos de la obra	M	M	En todo el trazado de la obra	PRIVADO	2	2	5	2,5	2,5

Tribunal Arbitral de Yuma Concesionaria S.A. En Reorganización contra Agencia Nacional de Infraestructura

	Precios de los Insumos	Mayores costos de la obra	M	M	Precios del asfalto (relacionada al Petróleo)	PRIVADO	2	2	5	2,5	2,5
Operación	Operación	Mayores costos operación y mantenimiento	B	B	Relacionado al precio de los insumos	PRIVADO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
Comercial	Demanda por volumen de tráfico	Menores ingresos	M	B	Relacionado con el orden público y condiciones macroeconómicas	PRIVADO	2	1	4	0,83333333	3,33333333
	Evasión	Menores ingresos	B	B		PRIVADO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
	Elusión	Menores ingresos	B	B	Utilización de rutas alternas	PRIVADO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
Financiación	Tipo de Cambio	Devaluacion	M	B	Vigencias de la Nación fijadas en dólares americanos	PUBLICO	2	1	4	0,83333333	3,33333333
	Inflación	Inflacion externa (USA)	B	B	Indexación de las vigencias con el ICP	PUBLICO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
	Inflación	Inflacion interna	M	B	Cambio en tarifas	PRIVADO	2	1	4	0,83333333	3,33333333
	Financiación	Cierre Financiero y Tasa de Interés	M	A	Cambio en condiciones del mercado financiero	PRIVADO	2	3	6	4,16666667	3,33333333
Regulatorio	Tarifas	Menores ingresos	B	B	Congelamiento de las tarifas	PÚBLICO	1	1	1	0,83333333	0,83333333
	Cambio normatividad - Tributario	Menores ingresos	M	B	Contrato a 20 años o más	PRIVADO	2	1	4	0,83333333	3,33333333
Fuerza mayor - Eventos asegurables	Amparo de estabilidad y otros	Mayores costos y plazos	B	A		PRIVADO	1	3	3	4,16666667	1,66666667
Fuerza mayor - Eventos no asegurables	El daño emergente causado por la ocurrencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito relacionados con (a) guerra exterior declarada o no declarada, (b) actos terroristas, (c) guerra civil, (d) golpe de Estado, huelgas nacionales o regionales, en	Mayores costos y plazos	B	A	En todo el trazado de la obra	PÚBLICO	1	3	3	4,16666667	1,66666667

las cuales no participó directamente el Concesionario ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza y (e) hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos									
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Sin embargo, es importante aclarar que no hay prueba de que dicha matriz se hubiera presentado a los proponentes en la audiencia del 11 de marzo de 2010, ni en ningún momento del proceso de licitación.

Por ejemplo, en su testimonio, Paola Andrea Reyes manifestó que la ANI se negó a entregar la cuantificación realizada en esta matriz:

“SRA. REYES: Cuando se le solicitó a la ANI la cuantificación de los riesgos, la respuesta que ella dio simplemente fue citando, no me acuerdo el Artículo ahorita del decreto 2474 que no tenían obligación a entregarlo porque hacía parte del modelo financiero, evidentemente confunde lo que es la entrega del modelo financiero y de digamos la restricción que tenía de entregar el mismo frente a la cuantificación y tipificación y estimación que tenía que hacer de los riesgos del contrato y que ese era un documento que debía entregar al momento de la licitación.

“DRA. MONROY: Es decir, le entiendo que la ANI se negó a entregar el INCO en ese momento, se negó a entregar la ... (Interpelado)

“SRA. REYES: La cuantificación.

“DRA. MONROY: ¿La cuantificación, si es que la tenía?

“SRA. REYES: Nunca lo supimos”.

También se aportó al proceso, por parte de la convocada, el documento del 23 febrero de 2010, con radicado 2010-409-004084-2⁴⁰, mediante el cual la Directora General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda da alcance a la solicitud de aprobación del análisis de riesgos de la Concesión Ruta del Sol Sector 3. En este documento se manifiesta que el único riesgo sujeto a valoración es el predial:

“Apreciado Doctor Villalba:

“Dando respuesta al oficio No. 1-2010-01113 el 22 de febrero y de acuerdo a la facultad otorgada por la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001, mediante la cual la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional determina cuales de los riesgos certificados por la Entidad deben ser atendidos por el Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales me permito hacer los siguientes comentarios:

“1. La matriz de riesgo entregada por el INCO define que el único riesgo sujeto a valorización es el riesgo predial, relacionado a sobrecostos en la adquisición predial. El sector privado asumirá hasta un 20% del sobrecosto causado en la adquisición de predios.

“Conforme a la valorización de riesgos, se determinó que se requiere aportes al Fondo de Contingencias por la generación de sobrecostos por encima del 20%. A continuación se relaciona el plan de aportes correspondiente al riesgo predial.

Plan de Aportes Fondo de Contingencias al 95%	
Año	Aporte
2011	\$ 6.889,61
2012	\$ 6.889,61
2013	\$ 6.889,61

Cifras en millones de pesos contantes Dic-08

“2. Tras la revisión de la documentación entregada por el INCO, encontramos que en la cláusula 17.03 del contrato, se pacta una compensación a favor del concesionario en el evento que al cabo del plazo total estimado no se haya alcanzado el VPIT. En tal sentido se establece que el plan de aportes al Fondo de Contingencias a un 95% de confianza es la siguiente...”.

De la misma forma, se encuentra acreditado el documento denominado “Análisis y Cuantificación de Riesgos Para El Sector 3 (San Roque – Ye de Ciénaga – Carmen de Bolívar) de la Concesión Vial Autopista Ruta Del Sol”, realizado por la entidad en febrero de 2010, y presentado a las diferentes entidades pertinentes para solicitar la aprobación del análisis de riesgos. En este escrito se lee:

⁴⁰ Ubicado en Carpeta de Pruebas 1 se encuentra un CD con copia digital de los documentos enunciados, en la carpeta denominada oficios y numeral 2> versión 12 de febrero.

“1. INTRODUCCIÓN

“Con motivo de la declaración por parte del CONPES (documento 3413) como de importancia estratégica al “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014”, el Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) identificaron como proyecto de impacto directo sobre la competitividad y productividad del país a la concesión vial Ruta del Sol la cual se extiende desde Villeta hasta Valledupar.

“Para definir las directrices del desarrollo del proyecto el INCO encargó a la International Finance Corporation (IFC) para elaborar el estudio de viabilidad para la construcción y rehabilitación del proyecto vial ruta del sol. Producto del estudio se definió que la Nación compartiría los riesgos geológicos resultado de la construcción de túneles, el riesgo subyacente de la adquisición de predios (costo de los predios) y compensaría al concesionario en caso de no obtener el ingreso esperado en el plazo máximo estipulado en el contrato. En el caso del Sector 3 la valoración del riesgo contingente solo se extiende a la adquisición de predios incluyendo el componente social y compensaciones por ingreso esperado.

“Para dar soporte a los riesgos contingentes asociados a entidades públicas y como lo disponen la Ley 448 de 1998, la cual establece la obligación de generar provisiones presupuestales para las contingencias subyacentes en los proyectos que realizan y que involucran recursos públicos futuros, y los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001 que dictan los lineamientos generales de la política de riesgos en Colombia, se valoraron los riesgos arriba citados (aquellos cuantificables) con el fin de crear provisiones mínimas que proporcionen cobertura suficiente a los riesgos asignados al sector público.

“La estimación de riesgo se realizó asignando una función de densidad probabilística que se ajusta a la información disponible. Como resultado del ejercicio se determina con un nivel de confianza (95% - 99%) el valor a aprovisionar para cubrir el riesgo subyacente.

“Producto del análisis y con un nivel de confianza del 95 % el soporte parcial por riesgo predial y social se estima en COP 7,930. En caso de que la Nación escoja un nivel de confianza del 99 % el soporte parcial por riesgo predial y social asciende a la suma de COP 13,264 millones.

“Por otro lado, se estableció que no existe riesgo alguno por cambios inesperados en el tráfico. Con lo cual no se hace necesario establecer un soporte por riesgo de demanda.

(...)

“Realizadas las estimaciones correspondientes aplicando la metodología mencionada en el numeral 2.1 se encontró que el riesgo asociado con el costo socio predial es el siguiente (ver Tabla 3).

Tabla 3 – Soporte Parcial por Riesgo Predial y Social

	2.011	2.012	2.013
Contingente 95%	0	0	7.930.152.160
Contingente 99%	0	1.998.875.867	13.264.981.795

“Producto del análisis anterior se concluye que el riesgo predial y social a un nivel de confianza del 95 % asciende a la suma de COP 7,930 millones y con un nivel de confianza del 99 % se estima en COP 13,265 millones” (destacado fuera de texto)

“5.RESULTADOS RIESGO DE DEMANDA

“Utilizando una tasa de descuento (TDI) del 8%el valor presente de los ingresos en pesos constantes de diciembre de 2008 se estima en 2,374, 784.3 millones, este sería el valor de oferta y por el cual se otorgaría una garantía si los ingresos (en valor presente) durante 25 años no alcanzaran a cubrir dicha suma. Como observamos en la Tabla 4 al aplicar choques transitorios el valor presente de los ingresos esperados solo es inferior cuando se está en el límite de los veinte años de la concesión. No obstante, en ningún caso se sobrepasa el límite contractual establecido en veinticinco años.”

Tabla 4 – Valor Presente en Choques Transitorios

Años Incluidos en VP	Periodo de Choque				
	2011	2015	2020	2025	2030
20	2.367.734,5	2.368.655,7	2.370.158,2	2.371.203,9	2.372.108,5
21	2.394.057,7	2.394.978,8	2.396.481,3	2.397.527,0	2.398.531,6
22	2.419.012,4	2.419.933,6	2.421.436,1	2.422.481,7	2.423.286,3
23	2.442.673,2	2.443.594,3	2.445.096,8	2.446.142,5	2.446.947,1
24	2.465.094,1	2.466.015,3	2.467.517,8	2.468.563,4	2.469.368,0
25	2.486.318,1	2.487.239,2	2.488.741,7	2.489.787,4	2.490.592,0

“Período de Choque Años Incluidos en VP. En el caso de los choques transitorios encontramos que cuando el tráfico cae en una tasa del 5% el límite en el cual el proyecto compensa completamente al concesionario se produce cuando el choque ocurre en el año 2017 (ver Tabla 5).

Tabla 5 – Valor Presente en Choques Permanentes (5%)

Años Incluidos en VP	Periodo de Choque				
	2011	2015	2020	2025	2030
20	2.327.697,3	2.341.147,2	2.354.831,1	2.365.296,7	2.371.296,4
21	2.352.704,3	2.366.154,1	2.379.837,0	2.390.293,7	2.398.403,3
22	2.376.411,3	2.389.861,2	2.403.544,1	2.414.000,7	2.422.110,4
23	2.398.889,0	2.412.338,9	2.426.021,7	2.436.478,4	2.444.588,1
24	2.420.188,9	2.433.638,8	2.447.321,7	2.457.778,3	2.465.888,0
25	2.440.331,6	2.453.801,5	2.467.484,4	2.477.941,0	2.486.050,7

“Por último, cuando estresamos un poco más el comportamiento del tráfico y efectuamos un choque permanente del 10% el peor caso ocurre si el choque se da en el año 2011, con lo cual se estima que el concesionario llegaría hasta el año 24 de la concesión sin sobrepasar el límite de la garantía (ver Tabla 6).

Tabla 6 – Valor Presente en Choques Permanentes (10%)

Años lectados en VP	Periodo de Choque				
	2011	2015	2020	2025	2030
20	2.380.630,3	2.307.510,1	2.334.875,8	2.355.793,1	2.372.000,5
21	2.304.301,1	2.331.200,9	2.358.566,6	2.379.479,0	2.395.090,3
22	2.326.760,4	2.353.600,2	2.381.025,0	2.401.939,2	2.418.150,6
23	2.348.055,0	2.374.954,8	2.402.320,6	2.423.233,8	2.439.453,2
24	2.368.233,9	2.395.133,7	2.422.493,4	2.443.412,7	2.459.632,1
25	2.387.335,5	2.414.233,2	2.441.601,0	2.462.514,3	2.478.733,6

Se observa también que frente a la estimación y cuantificación de los riesgos ambientales previsible del Proyecto Ruta del Sol Sector 3 realizado en la matriz de los Estudios Previos presentada el 11 de marzo de 2010, hay unas observaciones por parte del Ministerio Público. Así, el 4 de junio de 2010 la Procuraduría General de la Nación⁴¹, presentó ante el INCO –hoy la ANI- ciertas observaciones respecto del Proceso de Selección SEA-LP-001-2010, en particular, sobre el deber legal que le asistía a la Entidad de cuantificar los riesgos previsible de la contratación y publicarlo en el Pliego de Condiciones. En dicha oportunidad manifestó lo siguiente:

“I. Cuantificación de riesgos previsible

“Teniendo en cuenta las observaciones realizadas por los oferentes en la audiencia de asignación y determinación de riesgos y una vez revisados el pliego de condiciones, se pudo establecer que no se encuentran estimados ni cuantificados los riesgos previsible. Al respecto la Ley 1150 de 2007 es clara en precisar que los pliegos de condiciones deben incluir la estimación, tipificación y asignación de riesgos, al disponer:

(...)

“Por su parte, el Decreto 2274 (sic) de 2008 se refiere a la determinación de los riesgos previsible en los siguientes términos:

(...)

“Por lo anterior, este despacho solicita que se proceda de conformidad, en acato estricto de las disposiciones legales, y por lo tanto se efectúe la estimación y cuantificación de los riesgos del proyecto”.

⁴¹ El documento reposa en la copia magnética del expediente del Proceso Arbitral No. 3047, que se encuentra Carpeta de Pruebas 1, a folio 190, en la siguiente ruta: Carpeta 3047> Carpeta MM> Carpeta MM PRUEBAS> Carpeta en ZIP 3047 CD PRUEBAS No 1 FOLIO 205>, al descomprimir el archivo anterior se abre la Carpeta ANEXOS DEMANDA YUMA> Carpeta 1. Licitación Pública SEA-LP-001-2010>Documento 33. Carta de Procuraduría.

Vistos los antecedentes relatados, el Tribunal observa que el INCO –hoy la ANI– presentó dos matrices de riesgos diferentes: una, exhibida durante la audiencia de aclaración el 11 de marzo de 2010 a los proponentes, y otra aportada por la convocada el 7 de noviembre de 2019 en medio digital.

Frente a la primera se puede constatar que incluye una asignación general de los diferentes riesgos y se establece que los ambientales, referidos al concepto de la gestión ambiental, tienen como efecto el mayor plazo que es asignado al contratista. Sin embargo, se observa que no hay ningún pronunciamiento sobre la cuantificación de este riesgo. El Ministerio Público, al constatar esto, manifestó que, en los pliegos de condiciones, *“no se encuentran estimados ni cuantificados los riesgos previsibles”*.

La segunda matriz, aportada mediante oficio del 7 de noviembre de 2019, por el contrario, sí contenía una evaluación en términos de impacto y probabilidad, lo cual permitía establecer la valoración de los riesgos identificados y las acciones que se debían efectuar. Sin embargo, como lo señala el concepto del Ministerio Público, no se encuentra probado que dicha matriz haya sido presentada a los proponentes en la audiencia de aclaración y por lo tanto no tiene efectos contractuales.

Al contrastar las dos matrices, la conclusión es clara: en la matriz presentada a los proponentes –y, por lo tanto, relevante en el presente trámite– no se evidencia una cuantificación o estimación porcentual del riesgo ambiental, mientras que la que no aparece probada que se presentó tiene más detalles que permitían una eventual valoración del riesgo.

Desde esta perspectiva, resulta claro que la entidad no realizó una debida estimación del riesgo. En efecto, para que se pueda asignar el riesgo en los términos del Decreto 2474 de 2008, se requiere que las dos partes tengan acceso a la información existente, pues cuando la entidad ofrece información suficiente, el contratista tiene los elementos necesarios para complementar y agregar los aspectos que considere relevantes.

De hecho, el deber de tipificación del riesgo se impuso precisamente para que el contratista pudiera, antes de presentar su propuesta, examinar las condiciones planteadas por la entidad, y a partir de eso valorar los efectos de la eventual materialización del riesgo.

Para valorar adecuadamente el riesgo se requiere que la entidad, en el proyecto del pliego, haga la debida cuantificación en términos monetarios o porcentuales en relación con el valor del contrato de los riesgos tipificados inicialmente. Esto con el fin de determinar la posible afectación financiera que pueda implicar la materialización del riesgo. El artículo 88 del Decreto 2474 ya referido, lo establece claramente:

*“(…) La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, **con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente,** la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual,*

cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo (...)” (subrayado fuera de texto).

En el presente caso se advierte que dicho ejercicio fue realizado por la entidad en lo relativo a los riesgos de gestión predial y social. Sin embargo, llama la atención que los riesgos ambientales no se hayan valorado con el mismo nivel de precisión.

En efecto, se observa que en el documento “Análisis y Cuantificación de Riesgos Para El Sector 3 (San Roque – Ye de Ciénaga – Carmen de Bolívar) de la Concesión Vial Autopista Ruta Del Sol”, presentado a la Directora General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda para que se aprobara el estudio de los riesgos, la entidad llega a la conclusión de que “**el riesgo predial y social a un nivel de confianza del 95 % asciende a la suma de COP 7,930 millones y con un nivel de confianza del 99 % se estima en COP 13,265 millones**”. Por lo demás, se observa que la entidad, en el documento Excel presentado por la convocante por medio digital denominado “Modelo Chi cuadrado Anualidades”, estima en términos porcentuales la probabilidad y el costo de la posible materialización de dicho riesgo. La siguiente tabla es sólo uno de los elementos que permiten confirmar el nivel de precisión con el que se consideraron dichas contingencias:

Grados de libertad	4	Fin compra de predios 2015
Periodos (Años)	3	
Costos (millones COP)	\$ 64.020	
Sobre Costo medio (%)	20%	
Asignación de sobre costo (%)	20%	
Tasa de interes (EA)	9,50%	
Probabilidad de exito del evento	1	
Año inicio plan aportes	2011	

De lo anterior, se puede colegir que los términos de valoración de los riesgos ambientales y los riesgos de gestión social y predial no fueron los mismos. Mientras que con estos últimos la entidad hizo una estimación económica del impacto que podía significar la materialización de estos riesgos, frente a los riesgos ambientales sólo se hizo una referencia genérica a un mayor plazo.

Como se aprecia, no cabe duda de que la entidad estatal no cuantificó debidamente los riesgos ambientales: no solamente porque presentó a los oferentes una matriz en la que sólo se hablaba del tipo de riesgo y su asignación –aun existiendo otra en la que sí se realizaba un ejercicio de cuantificación más preciso–, sino también porque no se estableció ninguna especificación en términos monetarios o porcentuales del impacto del riesgo, como sí se hizo con los riesgos de gestión social y predial. Esta inejecución

objetiva, para recordar la cita del doctrinante Bucher, tuvo necesariamente implicaciones sobre la ejecución del contrato y sobre el equilibrio financiero del mismo, porque supuso y condujo inexorablemente a la ruptura de dicho equilibrio.

Lo anterior es apenas natural porque la asignación y cuantificación del riesgo es un concepto esencial en el proceso de su distribución y administración. Se recuerda que uno de los objetivos del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 es definir los riesgos previsibles plenamente tipificados, estimados y asignados por las partes de un contrato estatal, con el fin de que hagan parte de las condiciones del equilibrio económico del contrato. De esta forma, se busca que los riesgos previsibles tengan un tratamiento predeterminado por las reglas consignadas en el contrato, incluyéndolos así dentro de la ecuación contractual.

En este punto el Consejo de Estado ha reconocido que:

*“De cara a esta certeza, la regulación normativa en materia de contratación estatal determinó la necesidad de implementar, como etapa obligatoria, la audiencia de distribución de riesgos, **en desarrollo de la cual las entidades estatales tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos**, asunto sobre el cual no sobra subrayar que dicha actividad debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado” (resaltado fuera del original)⁴².*

Es tan importante la valoración de los riesgos identificados que la misma entidad, en los alegatos de conclusión presentados en el presente trámite, afirma que los riesgos deben ser estimados, así sea en términos de probabilidad:

*“Por lo anterior, si bien en el proceso contractual se debe contar con un soporte de estimación y tipificación de los riesgos para que exista su consecuente asignación que aparece en el contrato, ello no implica que la estimación corresponda a una valoración económica del riesgo, sino que de acuerdo al Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, **dicha estimación corresponde a una evaluación en términos de impacto y probabilidad, la cual permite establecer la valoración de los Riesgos identificados y las acciones que se deban efectuar**” (negrillas del Tribunal).*

Pues bien, lo cierto es que en la primera matriz de riesgos presentada a los oferentes en la audiencia de designación, no hay indicios de valoración alguna del riesgo ambiental, ni en términos monetarios ni porcentuales respecto del valor del Contrato.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017 en el expediente 51526. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico.

Es más, el hecho de que el proyecto no contara con licencia ambiental acentuaba la necesidad de establecer los costos de este riesgo. El CONPES 3133 DE 2001, vigente en la época de elaboración de los pliegos, estableció con precisión que, cuando el proyecto no cuente con licencia ambiental, los costos de los riesgos ambientales se deben estimar y prever:

“Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado. Como lineamiento de política se recomienda que la diferencia de costos no sea pagada con recursos del Fondo de Contingencias. Es imperativo que las entidades estatales hagan todos los esfuerzos a su alcance para contar con las licencias ambientales y planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos” (negrillas del tribunal).

Y es que la debida tipificación, estimación y asignación del riesgo es necesaria por cuanto permite hacer efectivo el principio de previsibilidad o de contingencias plenas que rige las actuaciones de la administración pública, principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada y proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico del contrato⁴³. Esto significa que la administración tiene la ineludible obligación, como se ha dicho, de determinar con anticipación la asignación del riesgo previsible para garantizar la conmutatividad de las prestaciones iniciales.

Desde otra perspectiva, este principio garantiza que el contratista pueda conocer las condiciones asumidas y por lo tanto el alcance de sus obligaciones en el contrato. Al decir del doctrinante Suárez Beltrán:

“En similar sentido, en nuestro criterio, la cuantificación mencionada está referida a establecer ese valor máximo a partir del cual la ocurrencia de un riesgo previsible trasciende esa frontera para convertirse en imprevisible, Como cuando se dice que la tasa de cambio podrá fluctuar hasta en un 7% en un año cualquiera, de manera que sea tal posibilidad la que se distribuya entre las partes. En ese sentido, si en efecto el riesgo de que se trata excede esa estimación, el mismo deberá ser tratado como ‘imprevisible’, toda vez que de conformidad con la normatividad vigente y en aras del equilibrio económico del contrato, **no podrá atribuirse una obligación de ‘quantum’ indeterminado o indeterminable a un contratista, toda vez que ello impediría tener absoluta claridad sobre el valor intrínseco a que se refiere el numeral 1º del artículo 5º de la ley 80 de 1993”.⁴⁴ (negrillas del Tribunal)**

⁴³ SANTOFIMIO Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá, 2017. Universidad Externado de Colombia. Pág.645.

⁴⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de Derecho Contractual Público. Primera edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015. Pág. 19.

El Consejo de Estado, en el mismo sentido, ha reafirmado la importancia de una debida asignación del riesgo pues, si se parte de que se trata de una verdadera distribución anticipada de determinadas responsabilidades, el contratista está en el derecho de conocer las condiciones en las que acepta dicha responsabilidad:

“(…) Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quién podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

“Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, **al estudio en detalle de la relación jurídica del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio**, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público” (negrillas del Tribunal).⁴⁵

Visto todo lo anterior, es claro que la entidad no utilizó a fondo las prerrogativas de las cuales disponía para estructurar en el pliego de condiciones una debida distribución del riesgo, por cuanto no cuantificó –teniendo los elementos para hacerlo– los riesgos ambientales. Al no estructurar de debida forma el contrato y no determinar las condiciones de mitigación del riesgo, se presentó un incumplimiento objetivo en el manejo de los principios de previsibilidad y planeación.

Dicha conclusión parcial tiene unas consecuencias contractuales sustanciales en el presente caso, pues, si en la repartición del riesgo la entidad contratante no incluye todas las contingencias previsibles, no puede exigir posteriormente al contratista que atienda los riesgos que no fueron presentados inicialmente en el pliego, toda vez que uno de los fundamentos de dicha distribución es precisamente que el oferente tenga los elementos que le permitan sopesar los efectos de la eventual materialización de los riesgos que asume, y con base en eso acepte o no la asignación. Es apenas natural que, “aunque es de la esencia del contrato de concesión que su ejecución se realice ‘por cuenta y riesgo del concesionario’, doctrina y jurisprudencia han coincidido en que la definición legal del contrato de concesión no supone un traslado automático de todos los riesgos a una asunción general e ilimitada de todos los que puedan afectar al proyecto (…)

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Exp: 22464. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio.

Los riesgos normales de la contratación, los previstos expresamente por la ley en consideración a ciertos tipos contractuales específicos y los asumidos por las partes en forma expresa e implícita, integran la ecuación o equilibrio económico del contrato”⁴⁶.

En esa medida se reitera que, en virtud del principio de las contingencias plenas explicado anteriormente, la distribución de los riesgos inicial es vinculante para ambas partes, y por lo tanto el concesionario no puede asumir una mayor o menor cantidad de contingencias de las determinadas originalmente. Dicho en otras palabras, el régimen de riesgos acordado no puede modificarse, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

Corolario de lo anterior, para el Tribunal la contingencia de las catorce (14) variantes adicionales no entró, en principio, en el régimen de riesgos acordado inicialmente: en esa medida dicho albur no se puede tener como asumido por el contratista en el proceso de asignación del riesgo y no puede serle exigido por ese concepto. Así, como se verá en los apartados siguientes, la ejecutoria de la Administración tendrá repercusiones esenciales en el análisis de la imputación de riesgos, pues ayudará a determinar si se mantuvo la equivalencia de las prestaciones, o si por el contrario se presentó un desequilibrio económico del contrato.

Y si se ha dicho “en principio”, no es por utilizar una fórmula de estilo. Una cosa es establecer que la agencia estatal no señaló los riesgos que asumiría el contratista y otra bien distinta es analizar cuáles de los riesgos no señalados fueron asumidos directamente por el mismo, dadas las particularidades del contrato, que se pasan a estudiar bajo esta óptica. Es decir, como se explicará a continuación, el Tribunal habrá de estudiar las distintas hipótesis en las cuales repercute la ausencia de fijación del riesgo contractual.

2.3.2. Riesgos que se derivan de las obligaciones adquiridas por YUMA CONCESIONARIA S.A. en el pliego de condiciones y la oferta mejorada

Con base en lo anterior, pasa el Tribunal a analizar las obligaciones a cargo del concesionario, y a partir de esto, determinar los riesgos derivados de las mismas.

Conviene precisar previamente un aspecto esencial para entender cómo se presentó la asunción de riesgos en el presente asunto. En efecto, el Tribunal advierte que las obligaciones adquiridas por la parte privada fueron generadas por dos hechos jurídicos que deben ser diferenciados: las prestaciones estructuradas por la entidad pública en el pliego de condiciones y las prestaciones surgidas a partir de la oferta mejorada que propuso el mismo contratista para obtener puntaje en la etapa licitatoria. En esa medida, como las obligaciones se asumieron por conceptos distintos, los riesgos generados por dichas prestaciones –como se verá más adelante– no pueden ser tratados de manera similar.

⁴⁶ CABARCAS GÓMEZ, Freddy M., Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 153.

Se procede entonces a determinar las obligaciones contraídas por el contratista para que, a partir de este ejercicio, se determine el alcance de las contingencias por él asumidas. Para dicho efecto el tema se abordará diferenciando las dos hipótesis reseñadas en el párrafo anterior, es decir: a) *Obligaciones impuestas por la entidad pública en el pliego de condiciones* y b) *Obligaciones autoimpuestas por el concesionario en la oferta mejorada*.

2.3.2.1. Obligaciones impuestas por la entidad pública en el pliego de condiciones

Al analizar el contrato de concesión, el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Apéndice Técnico, el Tribunal estima que sólo se impuso la construcción de una (1) variante.

2.3.2.1.1. El contrato de concesión y el Apéndice Técnico sólo impusieron la construcción de una (1) variante y, a la par, múltiples pasos poblados

En efecto, en el contrato de concesión quedó explícitamente definido por las partes el término “*Variante*” o “*Variante de Población*”. Así, en la Sección 1.01, ordinal (nnnn) se lee lo siguiente:

“(nnnn) “Variante” o “Variante de Población”. Es el corredor determinado por el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico realizado con el fin de evitar el ingreso al casco urbano de la población que atraviesa el Sector y así poder darle continuidad al mismo. Las variantes definidas para el proyecto se encuentran en la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A.”⁴⁷ (Subraya el Tribunal)

El mentado Apéndice Técnico Parte A es el documento precontractual divulgado por el entonces INCO en la etapa licitatoria, cuyo objeto “es establecer las condiciones técnicas que regirán el Contrato de Concesión”, según se expresa en el numeral 1.1 del mismo⁴⁸, en el que se describen las características funcionales, técnicas y operativas del Sector 3 del proyecto Ruta del Sol, documento que tiene, sin lugar a dudas, pleno valor vinculante y contractual para las partes.

En lo que atañe a las variantes, la referida Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A expresa lo siguiente⁴⁹:

“Variantes de Población:

Se incluye en el Sector la Variante de Bosconia, para la que se ha previsto intersecciones a nivel tipo glorieta con las vías que intercepta. Toda variante construida debe ser diseñada y desarrollada como una

⁴⁷ Página 20 del Contrato de Concesión, obrante en obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD PRUEBAS No 1 FOLIO 1 \2. ETAPA CONTRACTUAL.

⁴⁸ Página 1 del Apéndice Técnico Parte A, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

⁴⁹ Páginas 24 y 25 del Apéndice Técnico Parte A, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

vía cerrada y protegida, con el propósito de evitar invasiones al derecho de vía en el futuro.

Cuadro 4. Variantes de Población

Variante	Descripción	Ramal	Inicio		Final	
			PR Inicio	Ruta	PR Final	Ruta
Bosconia	Se conforma como anillo vial con intersecciones tipo glorieta para los cruces hacia Santa Marta, Cartagena, Valledupar y Bogotá.	Bogotá - Cartagena	85+600	4516	24+000	8003
		Cartagena - Santa Marta	24+000	8003	3+000	4517
		Santa Marta - Valledupar	3+000	4517	28+100	8003
		Valledupar - Bogotá	28+100	8003	85+600	4516

Nótese que en el cuadro se identifica explícitamente una (1) variante, esto es, la de Bosconia, pero, a renglón seguido, se lee que “[t]oda variante construida debe ser diseñada y desarrollada como una vía cerrada y protegida, con el propósito de evitar invasiones al derecho de vía en el futuro”, con lo cual podría entenderse a primera vista que la identificación de la variante de Bosconia lo es únicamente a título enunciativo, sin que se cierre la posibilidad de construir variantes adicionales a la de dicho municipio.

No obstante, para el Tribunal es claro que desde la etapa de estructuración el INCO sólo previó una (1) variante, esto es, la del municipio de Bosconia, en la inteligencia que para las demás poblaciones era obligación del futuro concesionario construir pasos poblados, con las especificaciones que el mismo Apéndice Técnico describió.

Así, inmediatamente después del precitado literal (c) de la Sección 3.1.4 del Apéndice Técnico, se definió por el INCO en el literal (d) las obligaciones técnicas del futuro concesionario cuando en el trazado de la vía se ubicaran o situaran poblaciones:

“(d) Pasos Poblacionales

Los pasos a través de poblaciones mayores relacionadas en el Cuadro 5 contemplan vías de servicio laterales de seis (6) metros de ancho aisladas de la vía principal con separadores (Figura 3). Los pasos por poblaciones de menor tamaño deberán contar con vías de servicio si son propuestas por el Concesionario y verificadas por la Interventoría. Para todos los pasos poblacionales se deberá garantizar un flujo vehicular continuo con una vía cerrada al tiempo que se mantienen condiciones adecuadas de seguridad para la población, ofreciendo además suficientes accesos peatonales y retornos de acuerdo con lo especificado en los literales anteriores. Se contemplan los siguientes pasos en poblaciones mayores con vías de servicio laterales: [...]”⁵⁰

⁵⁰ Página 25 del Apéndice Técnico Parte A, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

Al considerar las dos estipulaciones que se han citado, esto es, tanto el literal (c) como el (d) de la misma Sección del Apéndice Técnico, es claro para el Tribunal que el INCO previó en la etapa licitatoria únicamente la variante de Bosconia y, para el resto de poblaciones, pasos poblados, según sean éstos últimos mayores o no.

Pero además de lo que se viene comentando, destaca éste Panel Arbitral que, así como explícitamente sólo se mencionó o contempló la variante de Bosconia, explícitamente también se contemplaron cuáles eran los “pasos poblados mayores” en la tabla que aparece inmediatamente después del fragmento del literal (d) precitado, en relación a los cuales la obligación del concesionario era construir los pasos poblados —que no variantes— con “vías de servicio laterales de seis (6) metros de ancho aisladas de la vía principal con separadores”.

En el siguiente cuadro el Tribunal relaciona las poblaciones situadas en el tramo entre San Roque y Ye de Ciénaga y para las cuales la ANLA exigió variante, no obstante que lo previsto por el INCO era la construcción de pasos poblados con vías de servicio laterales de seis (6) metros, según el Apéndice Técnico Parte A:

Población	Lo previsto en el Apéndice Técnico Parte A	Lo solicitado por la ANLA
El Copey	Paso poblado mayor (es decir, paso poblado con vías de servicio laterales de 6 metros)	Variante
Loma de Bálsamo		
La Tranvía ⁵¹		
Zawady		
La Isabel		

A las anteriores poblaciones debe adicionarse Cuatro Vientos que, si bien no se contempló como paso poblado mayor, sí fue objeto de imposición de variante por parte de la ANLA, por lo que lo previsto en el Apéndice Técnico Parte A era la construcción de paso poblado sin vías de servicio.

En lo relativo al Pliego de Condiciones para la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, en el punto 4.2.3., se advierte que éste también remite explícitamente al Apéndice Técnico en relación con el alcance básico de las obligaciones del concesionario de la siguiente manera:

“Respecto del Alcance Básico, el Concesionario deberá cumplir con las obligaciones contractuales incluyendo pero sin limitarse a todas las especificaciones técnicas establecidas para el efecto en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión”

Apéndice Técnico en donde, como ya se ha explicado anteriormente, solamente se incluyó la construcción de la variante Bosconia en el contrato de Concesión. De manera que en virtud de tal referencia se puede concluir que en dicho Pliego de Condiciones solamente se incluyó una (1) variante.

⁵¹ El Tribunal llama la atención que esta expresión está en el Apéndice Técnico y en el dictamen del señor Carrasco; pero en la demanda, en los documentos de la ANLA y en el otrosí No. 7, entre otros, se hace referencia a “La Gran Vía”.

Consecuentemente, en el Acta de las preguntas y respuestas de la Audiencia de Aclaración del Pliego de Condiciones del 17 de marzo de 2010, tampoco consta manifestación alguna que permitiera concluir que existe la obligación de construir variantes adicionales a la de Bosconia.

Lo hasta aquí expuesto le permite concluir al Tribunal, contrario a lo planteado por la ANI en este proceso arbitral, que el INCO previó en la etapa licitatoria únicamente la variante de Bosconia y, para el resto de las poblaciones, pasos poblados, con o sin vías de servicio, según sean éstos últimos mayores o no.

Por todo lo anterior, el Tribunal despachará favorablemente las pretensiones declarativas primera, segunda y tercera de la demanda reformada, mediante las que la convocante solicitó al Tribunal declarar que en la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y en sus aclaraciones, solo se previó la construcción de una (1) variante

En concordancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que en el expediente está demostrado que la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, mediante actos administrativos en firme⁵² impuso a la convocante la obligación de construir 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el contrato de Concesión 007 de 2010, también se despachará favorablemente la pretensión cuarta declarativa de la demanda reformada.

Lo hasta aquí expuesto le permite concluir al Tribunal, contrario a lo planteado por la convocada en este proceso arbitral, que en la etapa licitatoria únicamente se previó la variante de Bosconia y, para el resto de poblaciones, pasos poblados, con o sin vías de servicio, según sean éstos últimos mayores o no.

Lo anterior se ve confirmado por lo declarado y acordado por las partes en el Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión, como pasa a verse.

2.3.2.1.2. En el Otrosí No. 7 las partes reconocen que en el Contrato de Concesión solamente previó una variante

En el Otrosí No. 7 no sólo se introdujeron sendas modificaciones al Contrato de Concesión y sus documentos integrantes, sino que también se realizó un recuento bastante ilustrativo sobre la posición de las partes en relación a las variantes adicionales exigidas por la ANLA y las discrepancias acaecidas entre la ANI y YUMA.

Así, en los considerandos de dicha enmienda contractual, queda nítidamente claro para ambas partes (i) que sólo se previó una (1) variante para todo el Sector 3 del proyecto, (ii) que no obstante lo anterior, la ANLA exigió la construcción de variantes adicionales y (iii) que existía un desacuerdo únicamente circunscrito a la cantidad de variantes adicionales y al valor a

⁵² Disco compacto y memorial USB que obran a folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas No. 1.

reconocer, en razón a que la ANI consideraba renunciadas las seis (6) variantes que contaban con licencia ambiental emitida al momento en que quedó en firme el desistimiento de las pretensiones en el primer tribunal de arbitramento, frente a la posición del concesionario, para quien la ANI debía reconocer todas las quince (15) variantes adicionales:

“CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES RESPECTO A LA CONSTRUCCIÓN DE VARIANTES

A. Que el Literal c) del numeral 3.1.4. del Apéndice Técnico Parte A establece la obligación del Concesionario de construcción de las variantes de Población, y se describe una sola, denominada como Variante Bosconia.

[...]

D. Que dentro del Diagnóstico Ambiental de Alternativas por determinación de la ANLA, se generó para el Concesionario la obligación de construir 15 variantes adicionales a las contempladas en el Contrato, llegando a un total de 16 variantes dentro del corredor vial, las cuales se relacionan en el cuadro que sigue:

[...]

I. Que a partir del 5 de mayo de 2015, fecha en que quedó en firme el desistimiento de las partes a las pretensiones arbitrales, la ANLA ha emitido 8 Licencias Ambientales y está pendiente por emitir una Licencia Ambiental más [...].

M. Que, en vista de que existe una controversia o diferencia entre las partes respecto de la cantidad y en consecuencia por tal diferencia el valor que por variantes podrían ser reconocidas por parte de LA AGENCIA al CONCESIONARIO, y de que, pese a haber sostenido varias mesas de trabajo, no se ha podido llegar a un acuerdo que permita solucionar dichas controversias, con fundamento en la Sección 18.02 del CONTRATO las Partes someterán ésta controversia a la decisión de un Tribunal de Arbitraje, sin perjuicio de su ejecución.⁵³
(Destaca el Tribunal)

De manera diáfana en la consideración D) del referido Otrosí No. 7 las partes explícitamente admitieron que dentro del Diagnóstico Ambiental de Alternativas por determinación de la ANLA, se generó para el Concesionario la obligación de construir variantes adicionales a las contempladas en el Contrato.

No cabe duda de que, más allá de las interpretaciones que las partes puedan hacer respecto de la existencia de obligaciones adicionales a las pactadas expresamente en el Contrato, tanto demandante como demandado reconocieron expresamente en el Otrosí No. 7 que el Contrato de Concesión solamente previó una variante, correspondiente al anillo vial de Bosconia, mientras que el resto de ellas corresponden a actividades adicionales.

Por esa razón, no escapa al Tribunal la posición de la ANI en defender infundadamente el supuesto carácter normal o previsible de las variantes exigidas por la ANLA al momento de licenciar ambientalmente el proyecto,

⁵³ Páginas 11 a 13 del Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \2. Etapa Contractual.

cuando la misma entidad había reconocido que se trataba de actividades adicionales y que lo único que la alejaba del concesionario era, no su carácter adicional, sino la cantidad de variantes a reconocer en atención al pacto procesal de desistimiento que presentaron en el tribunal anterior.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede observar con el derecho europeo que, “si los hechos alteran las previsiones de las partes en lo atinente a un cambio de circunstancias, las partes pueden, gracias a la libertad contractual, negociar los términos de un contrato público inicial. Las consecuencias del alea del contrato se pueden tratar por un nuevo acuerdo de voluntades. Su objeto es la adaptación del contrato a la evolución del interés de la persona pública o el permitir la continuidad de su ejecución, en el evento en el que la misma se encuentre amenazada por hechos cuyas consecuencias nefastas no pudieron ser retenidas con anterioridad”⁵⁴. Es lo que se puede predicar del Otrosí N° 7 en el cual las partes, ante la dificultad enorme en la ejecución del contrato que a la postre llevó a su paralización, buscaron de varias formas superar, sin éxito, las desavenencias que se había originado por la ruptura del equilibrio que suponían las exigencias de la ANLA. No solo es un hecho documentado sino, como se verá a continuación, sustentado en testimonios.

La prueba testimonial recaudada bajo juramento en el presente debate así lo corrobora.

El testigo Leonardo Castro depuso lo siguiente:

“SR. CASTRO: Es decir, la controversia con la ANI originalmente está plasmado dentro del otrosí 7 y tiene que ver con respecto de cuántas variantes se deben de reconocer, tenemos una controversia respecto que eran los considerandos del otrosí N. 7, a nuestro entender nosotros reclamamos justamente el costo de la ejecución de 15 variantes adicionales oportunamente.

Al momento de la discusión del otrosí No. 7 la ANI dijo que 6 las variantes, las entendía renunciadas con un desistimiento que se firmó oportunamente sobre el primer Tribunal arbitral, cosa que según nuestro entender ese desistimiento no había ocurrido debido a que se habían desistido únicamente las pretensiones solicitadas en el Tribunal arbitral y dentro del Tribunal arbitral lo que se había solicitado era el reconocimiento de los pagos de los estudios y diseños.

Como digo, la controversia está dada por el número de variantes a reconocer y está establecida la metodología del cálculo dentro el otrosí No. 7 en el cual las partes estábamos de acuerdo con la metodología de cálculo que era la diferencia entre lo que preveía el pliego de licitaciones y el contrato respecto a los pasos poblacionales que tienen una sección típica especiada dentro del pliego y dentro del contrato, y la nueva obra que se solicitó totalmente distinta que son las variantes que la ANLA solicitó que se hicieran y que produce un cambio respecto de lo que estaba previsto hacer a lo que se tiene que hacer, entonces lo

⁵⁴ GABAYET, Nicolas. L’aléa Dans Les Contrats Publics en Droit Anglais et Droit Francais, L.G.D.J., París, 2015, p. 323.

que se evaluó fue la diferencia de valor dentro de lo que estaba previsto y lo que se tiene que hacer en función de esta obligación.

[...]

SR. CASTRO: La entidad reconoce que las 15 variantes no estaban contempladas, como digo, el motivo de controversia aquí es que la entidad entendía que el reconocimiento 6 de las variantes estaba desistido debido a que ya se contaba con licencia ambiental de las variantes al momento de la firma.”

De manera concordante, la testigo Paola Reyes explicó que las partes se dispusieron a negociar el valor a reconocer por concepto de variantes adicionales y que lo que las separó fue, no el carácter adicional de ellas, sino la cantidad a valorar por el entendimiento que cada una tenía sobre los efectos del desistimiento:

“[...] cuando llegamos al otrosí número 7 estábamos en negociaciones con la entidad, digamos para llegar a una conciliación en el pago de las variantes, sin embargo esa conciliación fue frustrada en ese momento y lo que fue frustrado es porque no llegamos a un acuerdo con la entidad de cara a cuales variantes se debían pagar, la controversia se suscita porque la entidad consideraba que al momento de que íbamos a llegar a la conciliación para la firma del otrosí número 7 entendía que nosotros habíamos desistido de 6 variantes.

[...]

Digamos que bajo ese entendimiento fue que las partes suscribieron el otrosí número 7 con el fin de determinar que, si controversia se circunscribía no al reconocimiento y que las variantes fueran adicionales, sino al pago de cuantas variantes se debían hacer como consecuencia del desistimiento.”

En consecuencia, más allá del uso de la palabra variantes (en plural) en algunos apartados del contrato, la voluntad de las partes resulta clara al haber referido la definición de “variante” o “variante de población” a la precisa individualización presentada en el ordinal c) del numeral 3.1.4. del Apéndice Técnico Parte A. Sobre el particular, se encuentra probado⁵⁵ en el presente proceso que en su momento el INCO (hoy ANI) utilizó la misma minuta para los contratos de concesión correspondientes a la Ruta del Sol sectores 2 y 3, de manera que, las menciones de variantes (en plural) obedecen a las referencias omnicomprendivas para ambos proyectos. Y, por el contrario, no se logró contradecir la manifestación de voluntad de las partes al haber individualizado solamente una variante e identificado el resto como pasos poblacionales en el contrato de concesión suscrito por ambas partes. En criterio del Tribunal es clara la voluntad de las partes al haber “incluido” solo una variante para el contrato de concesión (Bosconia) y “contemplado” el resto como pasos poblados.

⁵⁵ Tal y como lo afirmó la testigo Paola Reyes en testimonio rendido en este proceso.

Así, no hay duda entonces que la obligación expresamente adquirida por el concesionario en el pliego de condiciones se traduce en la construcción de una variante -la de Bosconia- y, en esa medida, el concesionario debe asumir únicamente los riesgos que pudieren llegar a presentarse en el cumplimiento de dicha prestación.

Para el Tribunal es claro que la construcción de las catorce (14) variantes adicionales decididas por la ANLA no son un riesgo inherente a la obligación que asumió la concesionaria de construir tan sólo una (1) variante, pues no se puede decir razonablemente que a partir de esa precisa obligación se hubiera podido estimar el riesgo de construcción de muchas más. En efecto, recordemos nuevamente en este aparte del laudo que los riesgos normales propios de las obligaciones son aquellos que pueden ser razonablemente previstos. Refiere la doctrina en este sentido:

Son aleas normales u ordinarios las eventualidades que pueden ser razonablemente previstas por las partes al momento de contratar, cuya incidencia dentro del desarrollo contractual es susceptible de cuantificación anticipada y, por tanto, pueden ser tomadas en cuenta por el contratista para la fijación del precio del contrato.⁵⁶

Por lo tanto, en el caso particular, lo cierto es que el riesgo que se materializó en la construcción de variantes adicionales no era previsible a partir de los elementos planteados por la entidad pública, en la medida en que no podía ser identificable ni cuantificable en las condiciones normales de la ejecución de la prestación consignada en el pliego.

Además, el Tribunal no puede pasar por alto el hecho que el INCO –hoy ANI– no estructuró los riesgos previsible en el pliego de condiciones. Desde luego, es evidente que, si lo hubiere hecho, la entidad hubiera podido establecer en la estructuración del proyecto que, de la imposición de una doble calzada, era probable que se presentara la necesidad de construir más de una (1) variante. Por tanto, las consecuencias de dicho actuar le son imputables, en lo que tiene que ver con la doble calzada impuesta en el pliego de condiciones.

En ese sentido, el Tribunal estima que una parte de las variantes –aquellas derivadas de la construcción de doble calzada establecida en el alcance básico de la oferta– excede lo establecido en el régimen de riesgos originalmente contemplado por las partes, y por lo tanto su construcción sobrepasa las obligaciones asumidas por el contratista. Por tanto, las variantes derivadas de la construcción de la doble calzada en el tramo San Roque – Yé de Ciénaga, son riesgos que superan la ecuación contractual, toda vez que debieron haber sido cuantificados y contemplados por el INCO desde un principio.

⁵⁶ Alea normal y alea anormal. El mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato estatal. Práctico Contratación Estatal. Mayo, 2018. Escrito por Eduardo Fonseca Prada, Zaida Liliana Cepeda Camacho, Luís Fernando Oliveros Villarreal, Natalia Pardo del Toro, Laura Amaya Cantor. Disponible en base de datos Universidad Externado de Colombia: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=edsvlx&AN=edsvlx.590688174&lang=es&site=eds-live&scope=site>. Visto en marzo 19, 2020.

En esa medida, como la construcción de dichas variantes (Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela) constituye una carga que no hace parte del objeto contractual inicial, debe ser considerada como una obra adicional, esto es, como una nueva obligación impuesta a la concesionaria, cuyos costos deben ser asumidos por la entidad convocada.

2.3.2.2. Obligaciones autoimpuestas por el concesionario en la oferta mejorada

Para comenzar debe el Tribunal advertir que está demostrado, como se recordará más adelante, que la Convocante, al presentar la oferta dentro del proceso licitatorio, decidió mejorar la oferta para el tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, en relación con el alcance básico que exigían los pliegos.

Como se ha dicho, la conclusión planteada en el punto anterior de este laudo no se puede extender a la controversia respecto de todas las variantes impuestas por la ANLA. El Tribunal advierte que, si bien está demostrado que para el contratista no era previsible la construcción de las variantes adicionales, lo cierto es que su asunción sólo podría presentarse en el escenario inicial, cuando el INCO estructuró el alcance básico mínimo de la oferta. Y por alcance básico mínimo se entiende precisamente aquel en el cual desde el inicio de la estructuración del negocio se estipuló la construcción de la doble calzada (San Roque-Bosconia – Ye de Ciénaga), que es diferente al alcance opcional para la vía Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, concebida para rehabilitación de una calzada, que permitía a los interesados en la licitación ofertar la construcción de doble calzada. Cuando es el particular quien fija mediante su propia oferta la proyección de las obligaciones, es claro que la lógica de la previsibilidad del riesgo no es la misma.

Este panel destaca la necesidad de diferenciar las dos realidades jurídicas, como se ha enunciado, ya que no es lo mismo una obligación determinada por la entidad en el pliego de condiciones, a una obligación autoimpuesta por el Concesionario en una oferta mejorada: cuando la Administración impone la construcción de doble calzada, es ella misma quien debe prever las contingencias derivadas de dicha planeación, pero en el escenario de la oferta mejorada, es el Concesionario mismo quien debe asumir las obligaciones derivadas de su propuesta, y, por lo tanto, al ser él el originador de los riesgos adyacentes a ella, debe preverlos y responder por su eventual materialización.

En efecto, se reitera, es deber de la parte que asume la obligación, entender su alcance, y de esta forma debe determinar los riesgos que le son previsibles. En el caso del tramo San Roque-Bosconia-Ye de Ciénaga, la doble calzada fue impuesta por la entidad pública contratante, y por lo tanto era su deber establecer los riesgos derivados de dicha planeación. En cambio, en el caso de la ruta Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, fue el concesionario quien estableció libre y voluntariamente el alcance de la obligación de construir doble calzada y, por consecuencia, el deber de previsibilidad de los riesgos correlativos.

Es así claro que en el escenario de la oferta mejorada la situación es diferente a la de la oferta básica: al ser el concesionario quien propuso la creación de nuevas obligaciones, era su deber determinar su alcance y detectar los riesgos posibles y previsibles. La relación es consustancial entre los dos conceptos, pues la obligación dimensiona el alcance de los riesgos, no porque éstos se incrusten en ella, sino porque ese cálculo sirve como referente para precisar el alcance que de ella puede derivarse, razón por la cual, cuando el concesionario asume determinadas obligaciones, es ineludible enfrentarse a la problemática de los riesgos.

En el ya referido libro del profesor Pez, se encuentra un capítulo especialmente interesante para las consideraciones de este laudo. Se trata del Título Tercero de la Primera Parte, titulado “combinación del riesgo y de la equivalencia de prestaciones”, con una subparte denominada “el riesgo en los contratos globales (equivalente -con algunas precisiones- a los nuestros de infraestructura): de la calificación jurídica a la definición del equilibrio contractual”. Partiendo de que “a la existencia del riesgo deben sumarse sus efectos sobre la equivalencia de prestaciones” (p. 415), realiza un interesante recorrido donde demuestra cómo la noción de riesgo está ínsita en la definición de obligaciones y sobre todo de sus efectos. Es decir, se trata de afirmar que el riesgo contractual está ínsito en el equilibrio del contrato: “Un contrato global, más que cualquier otro, expresa la ‘balanza de riesgos’ sobre la cual las partes dieron su acuerdo. La idea de contrapartida que supone transferir riesgos caracteriza este tipo de contratos. Especialmente, la remuneración del operador será necesariamente determinada en función de esta repartición de riesgos, que es un elemento esencial en la negociación de los contratos globales. Dicha repartición participa en la definición del equilibrio contractual”⁵⁷.

Por tanto, las variantes impuestas por la ANLA en el tramo comprendido entre Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar **no son un riesgo extraordinario porque se produjeron por un acto jurídicamente atribuible al concesionario.**

Esta conclusión se refuerza con los documentos precontractuales y demás pruebas aportadas al proceso, en los cuales el Tribunal encuentra establecido que la licitación pública que terminó con la adjudicación y firma del contrato fuente de las diferencias, permitió a los proponentes que así lo dispusieran voluntariamente, realizar ofrecimiento de doble calzada adicional a la del corredor San Roque – Ye de Ciénaga, para obtener puntaje por el factor técnico.

En efecto, el Pliego de Condiciones contempló dos alcances, uno, denominado “*Alcance Básico*”, definido como “*el número de kilómetros de doble calzada de la Oferta Técnica, el cual incluye obligatoriamente el Alcance Básico Mínimo*”⁵⁸, que a su vez se concibió como la suma aproximada de “*doscientos diecinueve (219) kilómetros de doble calzada de los tramos comprendidos entre San Roque y Ye de Ciénaga, según se*

⁵⁷ PEZ, Thomas. *Le Risque Dans les Contrats Administratifs*, Ed. L.G.D.J., París, 2013, p. 430-431.

⁵⁸ Página 4 del Pliego de Condiciones, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

encuentran delimitados en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión”.
59

De ésta manera, el proyecto tendría una doble calzada *obligatoria*, comprendida en el tramo San Roque – Bosconia - Ye de Ciénaga, y una doble calzada *facultativa*, es decir, supeditada a las ofertas técnicas de los proponentes, para ejecutarse en el corredor Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar.

Así lo previó el numeral 2.4 del Pliego de Condiciones:

“4.2. OFERTA TÉCNICA

4.2.1. La Oferta Técnica consistirá en el ofrecimiento de construcción del Alcance Básico Mínimo y podrá incluir kilómetros adicionales hasta CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO (464) kilómetros de doble calzada, ofrecimiento que será el Alcance Básico del Contrato de Concesión.

4.2.2. La Oferta Técnica solamente podrá ser en valores enteros, es decir, sin incluir fracciones de kilómetro, y deberá ajustarse al modelo que se incorpora al presente Pliego en el Anexo 8.

4.2.3. Respecto del Alcance Básico, el Concesionario deberá cumplir con las obligaciones contractuales incluyendo pero sin limitarse a todas las especificaciones técnicas establecidas para el efecto en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

*4.2.4. La Oferta Técnica no podrá incluir ningún tipo de condicionamiento ni restricción a las especificaciones técnicas para la construcción de estos segmentos de carretera, los cuales deberán ajustarse en un todo a los requisitos previstos en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión, se aclara a los Proponentes que no se incluirá dentro de la Oferta Técnica la construcción del puente de Plato. Los kilómetros de doble calzada adicionales al número mínimo señalado en el numeral 4.2.1 se distribuirán entre los siguientes tramos: Bosconia*6 – Carmen de Bolívar, Carmen de Bolívar*7 – Bosconia y Valledupar*8 - Bosconia. Si se llegan a ofrecer kilómetros que aplicando la proporción señalada impliquen la terminación de uno de los tramos, los kilómetros restantes serán construidos en el tramo Bosconia – Valledupar continuando el sentido Valledupar – Bosconia.*

*4.2.5. Se rechazarán las Ofertas Técnicas que: (i) ofrezcan 1 más del límite superior de kilómetros de doble calzada, señalado en el numeral 4.2.1; y/o (ii) estén condicionadas; y/o (iii) ofrezcan menos del Alcance Básico Mínimo.”*⁶⁰

Por su parte, el numeral 6.3.1 del Pliego de Condiciones estableció lo siguiente:

“6.3.1. Evaluación de la Oferta Técnica. La Oferta Técnica se evaluará durante la audiencia de adjudicación y se otorgará un máximo de CUATROCIENTOS CUARENTA (440) puntos. Las Ofertas Técnicas se organizarán de mayor a menor y se le otorgarán los cuatrocientos

⁵⁹ Página 4 del Pliego de Condiciones, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

⁶⁰ Página 54 del Pliego de Condiciones, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

cuarenta (440) puntos a la Oferta Técnica con el número máximo de kilómetros es decir los 464 kms., a las demás Ofertas Técnicas se les otorgará el puntaje conforme a la siguiente fórmula [...].”⁶¹

Es un hecho incontrovertido por las partes que YUMA realizó el mejor ofrecimiento técnico posible, al haber propuesto realizar 464 kilómetros de doble calzada, por lo que todo el proyecto contaría con doble calzada. Este ofrecimiento le mereció a YUMA obtener la máxima calificación técnica, alcanzando el primer puesto dentro de la licitación, una vez se aplicaron todos los factores de asignación de puntaje, según se corrobora con la Resolución No. 289 del 22 de julio de 2010, emitida por el INCO, *“Por la cual se adjudica la licitación pública SEA-LP-001-2010”*⁶²

El anterior recuento se torna jurídicamente relevante de cara al estudio de las pretensiones de la reforma de la demanda de YUMA, en la medida que, conforme a la normativa ambiental, la ejecución de proyectos de infraestructura con construcción de segundas calzadas, exige forzosamente la obtención previa de licencia ambiental, trámite dentro del cual fue obligada YUMA a presentar Diagnósticos Ambientales de Alternativas en los que debió incluir la opción de variantes. Por tanto, al ofertar la doble calzada facultativa, el concesionario debió haber previsto la presentación del DAA y con esto, la eventual imposición de las variantes.

Así, el Decreto 1225 del 21 de abril de 2005, *“Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”*, vigente para la época en que se depositó la oferta por parte del futuro concesionario, previó en su artículo 16 que el Diagnóstico Ambiental de Alternativas busca suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Además, dicha norma establece que *“[l]as diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico y sus características ambientales y sociales, análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. || Lo anterior con el fin de aportar los elementos requeridos para seleccionar la alternativa o alternativas que permitan optimizar y racionalizar el uso de recursos y evitar o minimizar los riesgos, efectos e impactos negativos que puedan generarse.”*⁶³

⁶¹ Página 67 del Pliego de Condiciones, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

⁶² Documento que obra en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

⁶³ Dicha norma reglamenta el artículo 56 de la Ley 99 de 1993, del siguiente tenor: *“ARTÍCULO 56. DEL DIAGNÓSTICO AMBIENTAL DE ALTERNATIVAS. En los proyectos que requieran Licencia Ambiental, el interesado deberá solicitar en la etapa de factibilidad a la autoridad ambiental competente, que ésta se pronuncie sobre la necesidad de presentar o no un Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Con base en la información suministrada, la autoridad ambiental decidirá sobre la necesidad o no del mismo y definirá sus términos de referencia en un plazo no mayor de 30 días hábiles. || El Diagnóstico Ambiental de Alternativas incluirá información sobre la localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto, además de un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. || Con base en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, la autoridad elegirá, en un plazo no mayor de 60 días, la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá*

Ahora bien, el ofrecimiento adicional realizado por YUMA para obtener puntaje dentro del factor técnico, llevó ineluctablemente a que el concesionario tuviere que presentar, durante la ejecución contractual, la solicitud de pronunciamiento sobre la necesidad o no de presentar Diagnóstico Ambiental de Alternativas para el corredor Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar (doble calzada *facultativa*), pues, de no haber presentado la oferta mejorada, dicho requerimiento no hubiera sido necesario.

En vigencia del referido Decreto 1225 de 2005, dicha obligación derivaba puntualmente de las siguientes normas:

“ARTÍCULO 17. EXIGIBILIDAD DEL DIAGNÓSTICO AMBIENTAL DE ALTERNATIVAS. El interesado deberá solicitar pronunciamiento respecto de si el proyecto, obra o actividad que se pretende realizar requiere de la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en los siguientes casos:

1. Los proyectos, obras o actividades cuya competencia está atribuida al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. [...].

“ARTÍCULO 8o. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: [...]

8. Proyectos de la red vial nacional referidos a:

a) La construcción de carreteras;

b) La construcción de segundas calzadas; [...].” (Se subraya ahora).

Posteriormente fue expedido el Decreto 2820 del 5 de agosto de 2010, ya referido, *“Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”*, promulgado un día después de la firma del Contrato de Concesión, que si bien derogó el Decreto 1225, mantuvo en esencia el mismo esquema en lo que atañe al Diagnóstico Ambiental de Alternativas, pero haciendo explícita la necesidad de pronunciamiento sobre la necesidad de dicho Diagnóstico cuando se trate de la construcción de infraestructura vial que atraviese pasos poblados:

“ARTÍCULO 18. EXIGIBILIDAD DEL DIAGNÓSTICO AMBIENTAL DE ALTERNATIVAS. Los interesados en los proyectos, obras o actividades que se describen a continuación deberán solicitar pronunciamiento a la autoridad ambiental competente sobre la necesidad de presentar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas - DAA:

[...]

13. La construcción de segundas calzadas cuando no se encuentren adosadas a las vías existentes o cuando consideren la construcción de variantes, par vial o pasen por centros poblados.” (Destaca el Tribunal)

Conforme a lo expuesto, es claro que al haber efectuado un ofrecimiento con el objeto de aspirar al máximo puntaje posible por el factor técnico, YUMA se

elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental antes de otorgarse la respectiva licencia”.

puso en la circunstancia descrita en las normas ambientales para provocar de la autoridad ambiental un pronunciamiento sobre la necesidad o no de presentar un Diagnóstico Ambiental de Alternativas, que a la postre terminó con la imposición de las variantes por el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar, que también son objeto de las pretensiones de la demanda arbitral reformada. Haciendo la oferta mejorada asumió los riesgos que esta conllevaba.

El haber asumido el concesionario el riesgo en su propuesta vinculada con el Sector Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar, como ya se ha dicho, torna inaplicable el principio del equilibrio económico del contrato invocado por la convocante como fuente de sus pedimentos, en tanto que, como es pacíficamente reconocido y como se estableció anteriormente en el presente escrito, **para que se proceda al restablecimiento de la ecuación contractual es necesario que el hecho no provenga de la parte que lo solicita.** La jurisprudencia tiene dicho:

“La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que es cierto que el contrato una vez suscrito es ley para las partes y obliga a su cumplimiento en los términos pactados, sin embargo, también se sostiene que ello no opera de manera absoluta, como quiera que el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato es asunto que se encuentra comprendido. Esto es, los hechos que afectan de manera grave e imprevisible cuando a) en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas de carácter general que sí bien no tocan al contrato directamente, lo afectan negativamente -hecho del príncipe-; b) se ejerce un poder exorbitante o una cláusula excepcional por parte de la administración contratante y c) factores externos surgidos durante la ejecución del contrato, paralelos a este y posteriores a la celebración surgen, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio -teoría de la imprevisión⁶⁴.⁶⁵ (Se destaca por el tribunal).

Para el Tribunal, es claro que la *ajenidad* del hecho no debe entenderse únicamente desde el punto de vista material, en tanto que, como en el *sub examine*, una circunstancia provocada por una decisión autónoma del contratista, que posteriormente se traduce en una decisión de una autoridad ambiental que torna más onerosa la ejecución de las obligaciones, no puede dar lugar al restablecimiento de la conmutatividad contractual por parte de la entidad pública contratante, bajo el principio del equilibrio económico de los contratos estatales.

Admitir dicha posibilidad equivaldría no sólo a desconocer los pilares básicos del principio en comento, sino también a desoír las más elementales reglas derivadas del principio de la buena fe exenta de culpa, aplicable a la formación y ejecución de los contratos estatales, en tanto que mal podría una

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, Sentencia del 1º de agosto de 2016, Consejero Ponente Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp. 25000-23-26-000-2002-02382-01(36359) Acumulado.

de las partes de un negocio provocar una circunstancia para posteriormente reclamar por los efectos nocivos derivados directamente de ella.

En el caso concreto, acreditado se encuentra que si se mantenía el alcance básico mínimo del contrato, enfocado únicamente en la rehabilitación y mejoramiento del tramo que viene de ser mencionado, no devenía obligatoria, por la normativa ambiental ya referida, la solicitud de pronunciamiento de la ANLA respecto del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en los términos de los artículos 7º del Decreto 1220 de 2005⁶⁶ y 7º del Decreto 2820 de 2010⁶⁷, pues la rehabilitación y mejoramiento no comportan, de suyo, construcción de carretera que implique tal exigencia.

Es claro que para el corredor Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar, el proyecto inicial no contemplaba de manera obligatoria o forzosa la construcción de segunda calzada, por lo que no se hubiera hecho necesario iniciar los trámites de licencia ambiental y, con ello, no se había producido la exigencia de la ANLA de construir variantes para dicho tramo. En esa medida, es claro que la imposición de las variantes para este tramo y, con ello, una mayor onerosidad en la ejecución del contrato, es una circunstancia provocada por quien ahora reclama el restablecimiento de la ecuación financiera, circunstancia suficiente para negar el pretendido restablecimiento por dichas variantes.

2.3.3. Conclusiones parciales de lo hasta aquí expuesto

Las anteriores reflexiones le permiten al Tribunal concluir (i) que el INCO no ejerció las facultades legales y reglamentarias que lo obligaban a *estimar* los riesgos previsibles en la ejecución del futuro contrato, omisión que tiene efectos sustantivos en el presente debate, en tanto que le impide ahora a la ANI pretender que sea YUMA quien asuma los efectos del riesgo ambiental; (ii) que no obstante lo anterior, el asunto sometido en consideración del Tribunal también debe abordarse -como en efecto se hizo en líneas anteriores- desde la perspectiva de las obligaciones impuestas en el Pliego de Condiciones, diferenciadas de las obligaciones que asumió libremente el entonces proponente YUMA para obtener puntaje adicional para lograr la adjudicación de la concesión; (iii) que en dicho marco, ciertamente el Pliego de Condiciones y el Apéndice Técnico Parte A únicamente contemplaron la construcción de la variante de Bosconia y, para los demás cascos urbanos, “pasos poblados”, sean mayores o no, según la identificación de poblaciones que se hizo en el referido Apéndice Técnico, razón por la cual la imposición de las variantes hecha por la ANLA desbordó no sólo las previsiones del concesionario sino del propio INCO –hoy ANI–, entidad que había contemplado inicialmente la construcción de pasos poblados; (iv) que el carácter adicional de las variantes también queda revelado por las consideraciones hechas por ambas partes, esto es, por la ANI y YUMA, en el Otrosí No. 7, que revelan -sin duda alguna- su entendimiento respecto al carácter no previsto de las variantes impuestas tras los trámites de licenciamiento ambiental, a tal punto que fueron ellas quienes las catalogaron como “adicionales”; (v) y que pese a lo anterior, no es posible trasladar a la

⁶⁶ “Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8o y 9o del presente decreto.” (Subraya extratextual)

⁶⁷ “Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8o y 9o del presente decreto.” (Se destaca ahora).

ANI los efectos desfavorables de las obligaciones impuestas en las licencias ambientales otorgadas por la ANLA para el tramo comprendido entre Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar, para el cual el propio concesionario asumió la obligación de construir doble calzada y, con ello, la de obtener licencias ambientales, pues aunque tal ofrecimiento fue una posibilidad que incluyó el entonces INCO, como factor de asignación de puntaje, desdibuja el carácter externo o no imputable al contratista.

2.3.4. Análisis de la excepción de la convocada, intitulada “la información entregada en la licitación pública era a título informativo”

La convocada formuló como excepción de mérito aquella que denominó “la información entregada en la licitación pública era a título informativo”. Al respecto, y luego de citar disposiciones de la ley 80 de 1993, expresó:

“Ahora, no acreditó la demandante que, en el presente caso, las reglas establecidas por la concedente en el pliego de condiciones y la información adicional que les fue suministrada a los oferentes —y, particularmente, toda la de carácter público que tuvieron a su disposición para verificarla autónomamente—, hubieran determinado bien que este oferente en particular no pudiera formular su oferta de manera clara y completa, bien que la oferta más favorable —que a la postre fue la suya— no hubiera sido seleccionada de manera objetiva”.

El Tribunal no comparte esta línea de argumentación pues considera que, con apoyo en la disposición contenida en el artículo 8 de la ley 1150 de 2007, la convocante estaba en posición jurídica de considerar que la información puesta a su disposición era veraz, responsable, ecuaníme y suficiente, razón por la cual su entendimiento de que el proyecto solamente preveía una sola variante era perfectamente razonable.

Dispone el mencionado texto legal:

“Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna”.

Si la información que deben proporcionar las entidades públicas en los proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos debe ser “veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna”, con mayor razón la contenida en los pliegos mismos debe tener esas mismas características. En ese sentido, mal puede afirmar ahora las ANI que dicha información era simplemente a título informativo, para eludir los efectos de su propio comportamiento en la etapa precontractual y en el contrato mismo.

Además, el literal d) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establece claramente que “[n]o se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”, razón adicional para despachar negativamente la excepción de marras.

3. Del consecuente reconocimiento de las variantes adicionales

Procede ahora el Tribunal a determinar si tienen mérito las pretensiones **séptima, octava, novena y décima** de la reforma de la demanda, con las que se pide básicamente que este Panel declare que la ANI debe reconocer sobrecostos y perjuicios (pretensión séptima), el valor de las variantes según específica metodología solicitada (pretensión octava), como obra adicional según la metodología que se ordene en el laudo (pretensión décima), con la forma de pago señalada en la pretensión novena. A la par, se abordarán las consecuenciales primera y tercera de las pretensiones condenatorias, con las que se solicita condenar al pago de la diferencia entre el costo total de las obras adicionales para construir las variantes adicionales y el costo total de las obras correspondientes a los pasos poblacionales, incluida la utilidad a la que estima YUMA tener derecho.

3.1. Los mecanismos contractuales predispuestos para el reconocimiento de actividades adicionales

Con la pretensión décima de la reforma de la demanda, la convocante aspira que este Tribunal declare que la ANI tiene la obligación de reconocerle a YUMA, como *“obra adicional”*, el valor de las variantes obtenido de conformidad con la metodología que se ordene en el Laudo.

Para este Tribunal las variantes correspondientes al tramo San Roque – Bosconia – Ye de Ciénaga, constituyen efectivamente obras adicionales. En ese sentido considera que se está en presencia de una de las hipótesis planteadas por el señor Agente del Ministerio Público en su concepto cuando afirmó:

“Si de las pruebas aportadas se encuentra demostrado que la construcción de las 15 variantes de población no estaban previstas en el Contrato, pero guardan relación con su objeto y son necesarias para la ejecución del proyecto, la consecuencia será que deben reconocerse como obras adicionales. Sería necesario, en este evento, definirse la forma de reconocimiento”.

Tal y como se indicó anteriormente, el Tribunal determinó que las variantes comprendidas en el tramo San Roque- Yé de Ciénaga son un **riesgo** que excede la ecuación contractual definida por las partes, y por lo tanto no hacen parte del objeto contractual inicial. En ese sentido, deben ser consideradas como una obra adicional, esto es, como una nueva **obligación** impuesta a la concesionaria, cuyos costos deben ser asumidos por la entidad convocada.

En relación con lo anterior, el Tribunal observa que en el Contrato quedaron explícitamente definidas las reglas aplicables a las *“actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial”*. En la Sección 13.01 del Contrato, referida a su valor, se lee lo siguiente:

“(b) Sin embargo si durante la ejecución del presente Contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente Contrato relacionadas con el Sector, siempre que, conforme a la Ley Aplicable tales actividades se consideren como

adicionales respecto del presente Contrato y el INCO haya obtenido las autorizaciones previstas en la Ley Aplicable, el Concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal (b); (ii) determinar el valor tope de las obras adicionales conjuntamente con el Interventor e iniciar un proceso de licitación privada para la selección del constructor que realice las obras adicionales. Este proceso de licitación privada deberá ser público y permitir la participación plural de cualquier interesado que cumpla con las condiciones técnicas necesarias para adelantar las obras adicionales para lo cual deberá publicar la convocatoria en diarios de amplia circulación nacional al menos dos (2) veces con un espacio de una (1) semana entre cada publicación. De la misma manera, las condiciones técnicas requeridas en el proceso licitatorio privado deberán ser proporcionales a las obras adicionales que se deban realizar El Concesionario tendrá derecho a que se le reconozcan VEINTICUATRO (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el manejo de la licitación de que trata el presente numeral. (iii) En todos los casos, el valor de la Operación y Mantenimiento de las obras adicionales se determinará conjuntamente con el Interventor y en ningún caso podrá exceder los valores de mercado de contratos de operación y mantenimiento con objetos similares que en su momento se tomen como referencia. En caso de desacuerdo, el Concesionario acepta someter la diferencia al Panel de Expertos. El pago de las obras adicionales será determinado conjuntamente entre el Concesionario y el INCO con base en las disposiciones señaladas en la Sección 14.04(c) para restablecer el equilibrio económico del presente Contrato. El Concesionario deberá ampliar la cobertura de la Garantía Única de Cumplimiento, incluyendo los amparos de calidad y estabilidad de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento de manera que amparen las obras adicionales. En ningún caso, la contratación de un tercero conforme a lo señalado en el presente literal implicará la delegación de responsabilidad del Concesionario en relación con las obligaciones derivadas del presente Contrato y de cualquier obra adicional.”⁶⁸ (El subrayado es del original).

Se destaca que, al haber predispuesto las partes un régimen sobre las *actividades adicionales*, es deber del Tribunal seguir este procedimiento para el reconocimiento de dichas variantes, pues la fuerza vinculante del contrato que deriva no sólo del artículo 1603 del Código Civil sino también del artículo 871 del Código de Comercio, impone atender los mecanismos predispuestos por las partes para supuestos de hecho como los que ahora ocupan la atención del Tribunal.

La Corte Constitucional ha explicado lo siguiente sobre la posibilidad de adicionar los contratos de concesión de obra pública:

⁶⁸ Páginas 69 y 69 del Contrato de Concesión, obrante en obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \2. Etapa Contractual.

“[...] la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas “obras accesorias” y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.”⁶⁹

Nótese que, a la luz de la Constitución Política, es válido que las partes de un contrato de concesión puedan ponerse de acuerdo en aquellas obras accesorias indispensables para lograr la prestación del servicio a la que debe servir inexorablemente el contrato, acuerdos que, sobra decirlo, deben respetar los límites que la ley y el orden público imponen.

Y si ello es así, con mayor razón deben tener efectos vinculantes las reglas que las partes, desde la firma del contrato, han fijado justamente para disciplinar el alcance de sus derechos y obligaciones cuando se presenten eventos como los relacionados con las variantes.

En consecuencia, el Tribunal considera que en el presente asunto se deben aplicar las reglas consagradas en la Sección No 13.01 del contrato, que dispone, entre otros, los siguientes pasos:

- (i) Contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales.
- (ii) Determinar el valor tope de las obras adicionales conjuntamente con el Interventor e iniciar un proceso de licitación privada para la selección del constructor que realice las obras adicionales.
- (iii) En todos los casos, el valor de la Operación y Mantenimiento de las obras adicionales se determinará conjuntamente con el Interventor y en ningún caso podrá exceder los valores de mercado de contratos de operación y mantenimiento con objetos similares que en su momento se tomen como referencia.

De lo anterior se advierte lo siguiente: frente al primer paso - consagrado en el romanillo - i) del literal b) se advierte que no será necesario contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales, pues dichos Estudios y Diseños ya existen y fueron presentados por la convocante en las mesas de trabajo desarrolladas en 2015, como se explicará en el apartado siguiente. En cuanto al segundo paso - es decir el romanillo ii) del literal b) - consistente en determinar conjuntamente el valor de las obras adicionales-, no hay consenso entre la Interventoría y YUMA Concesionaria S.A, comoquiera que los valores arrojados por el dictamen pericial de la convocante fueron fuertemente criticados por la Interventoría. Para

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012.

solucionar este conflicto, y de paso resolver lo planteado en las pretensiones **octava** y **décima** de la reforma de la demanda, el Tribunal determinará la metodología aplicable para calcular el costo de dichas obras adicionales. En esa medida, en los apartados siguientes, el Tribunal se encargará de precisar un método de cálculo, para así lograr aplicar la fórmula reseñada en la sección 13.01 del contrato.

Lo anterior significa que se debe estimar parcialmente la pretensión décima de la demanda, con la que se pide declarar que la ANI reconozca a YUMA como obra adicional todas las variantes porque, como ya se ha dicho, se ordenará pagar solamente el valor de las variantes en el tramo San Roque-Yé de Ciénaga.

3.2. La magnitud del reconocimiento económico. Valoración del dictamen pericial elaborado por Javier Gustavo Carrasco Tovar, del Análisis Evaluativo del Interventor y del Otrosí N° 7

Mediante memorial radicado el 10 de octubre de 2018 y obrante a folios 5 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1, se aportaron por la convocante dos pericias de parte, entre ellas, el “**DICTAMEN TÉCNICO Y VALORACIÓN ECONÓMICA SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE VARIANTES Y REHABILITACIÓN DE PASOS URBANOS DEL PROYECTO RUTA DEL SOL TRAMO 3**”, elaborado por el ingeniero civil Javier Gustavo Carrasco Tovar, suscrito el mismo mes y año.

En dicha pericia, legalmente aportada al proceso y controvertida por la convocada en la audiencia de interrogatorio de perito que tuvo lugar el 20 de enero de 2020, se presentó una valoración del impacto económico para YUMA en el evento en que debiera construir las 14 variantes impuestas por la ANLA, tomando como metodología básica la comparación de precios entre lo que el perito denominó “*línea base*”, es decir, construcción de pasos poblados, versus la “*alternativa modificada*”, esto es, la construcción de variantes.

Con arreglo a tal metodología y calculando tanto cantidades de obra como precios unitarios, entre la construcción de pasos poblados y variantes, el perito concluyó que el valor de “*reingeniería*” de variantes ascendía a la suma de \$441.571.487.466, de los cuales \$432.522.866.368 corresponden al valor de las obras adicionales a ejecutar y \$9.048.621.098 corresponde a la tarifa de diseños establecido como un porcentaje del 4% sobre el valor de las obras adicionales⁷⁰.

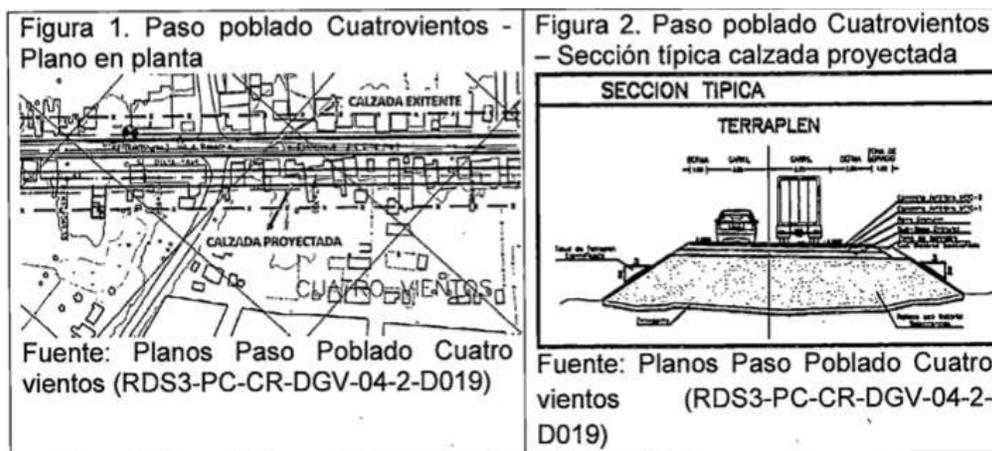
La ANI solicitó prueba por informe para que la Interventoría se pronunciara sobre este dictamen, la cual fue decretada por el Tribunal. Así, el 10 de diciembre de 2019 se recibió “**Informe valoración de variantes del Proyecto de acuerdo con la metodología del Otrosí No.7 y su diferencia con la metodología expuesta por el Concesionario**”⁷¹ donde, como su nombre lo indica, estudia y analiza la referida pericia.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 120.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 179.

En el mencionado Informe de Valoración la Interventoría advierte una serie de inconsistencias en el dictamen pericial del ingeniero Carrasco Tovar presentado por la parte convocante (numeral 3 del documento, llamado Diferencias de metodología con el dictamen pericial de Yuma Concesionaria, y, numeral 4, denominado Inconsistencia y hallazgos detectados en el dictamen pericial). Algunas de las más importantes son las siguientes (numeral 4 del Informe):

1. Los diseños para pasos poblacionales de 2011 no tienen contempladas las calzadas de servicio, incumpliendo los requisitos del Apéndice Técnico parte A⁷² y el Decreto 2976 de 2010⁷³. Para respaldar esta información se presentan a manera de ejemplo las siguientes figuras:



2. Tampoco se tuvieron en cuenta cantidades de obra correspondientes a new jerseys en los separadores, reubicación de redes de servicios públicos y demolición de viviendas.

⁷² El Apéndice Técnico dispone:

“1.5 Características Viales del Sector 3

(a) Características geométricas básicas para los tramos de duplicación de calzada del Sector 3a

- Sección transversal típica en paso poblacional: Doble calzada con separador central reducido de 2,0 metros, con vías laterales de servicio de 6,0 metros en ambas márgenes, berma interna de 1,0 metro y berma externa de 2,5 metros.. El separador entre las calzadas y las vías de servicio será de 1,0 metro. Completan la sección andenes de 3,0 metros, en ambas márgenes.

⁷³ Dicho precepto establece lo siguiente: **Artículo 5°.** Ampliación, cambio de categoría y/o construcción de vías en pasos urbanos. Cuando la entidad que administra la vía a cargo de la Nación requiera realizar la ampliación y/o construcción de vías nuevas en pasos urbanos, las fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión, no podrán ser inferiores al ancho de la vía y cinco (5) metros más, medidos a lado y lado de la vía, de tal forma que se permita dar secuencia y uniformidad a la infraestructura vial.

(...)

Parágrafo 2°. Los proyectos de infraestructura a operar en calzada sencilla, doble calzada o par vial, deberán considerar e incluir en sus diseños la construcción de vías de servicios y su mantenimiento estará a cargo de la entidad territorial. Los cinco (5) metros serán medidos a partir del borde externo de la vía de servicio y su área respectiva podrá ser utilizada para instalación de mobiliario urbano siempre y cuando no afecte la seguridad de los usuarios”.

3. Las longitudes de las variantes y de los pasos poblacionales que usó el perito difieren de las longitudes verificadas por el Concesionario en la Interventoría en 2016.

COMPARACIÓN VOLUMENES VARIANTES						
VARIANTE	VOLUMEN TERRAPLÉN 2016	VOLUMEN TERRAPLÉN 2018		VOLUMEN CORTE 2016	VOLUMEN CORTE 2018	
CUATRO VIENTOS	338,673.79	326,171.78	-4%	624.14	268.13	-57%
EL COPEY	478,854.78	471,980.42	-1%	745944.19	744008.26	0%
LOMA DEL BALSAMO	215,001.98	203,238.69	-5%	2106.83	1507.54	-28%
LA GRAN VIA	184,224.80	173,028.45	-6%	797.18	495.54	-38%
JULIO ZAWADY	313,959.42	290,064.30	-8%	6603.98	2024.20	-69%
LA ISABEL	155,110.23	147,277.68	-5%	623.30	7.80	-99%
PLATO	304,307.99	272,508.16	-10%	1062274.52	1026413.22	-3%
EL BAJO	139,832.98	132,508.78	-5%	80747.06	59883.97	-26%
EL DIFÍCIL	352,169.98	351,823.76	0%	545827.37	480039.34	-12%
NUEVA GRANADA	240,188.05	237,371.85	-1%	46755.90	45017.90	-4%
LA GLORIA	184,795.70	174,333.97	-6%	20051.66	14066.89	-30%
PUEBLO NUEVO	194,967.32	193,286.75	-1%	143363.29	135578.19	-5%
MARIANGOLA	179,852.82	156,102.48	-13%	1133.85	588.56	-48%
AGUAS BLANCAS	378,812.59	341,635.90	-10%	77.58	0.00	-100%
TOTAL	3,660,752.44	3,471,332.97		2,656,930.87	2,509,899.54	

4. En varios ítems, el perito Carrasco se refiere a actividades de reparación, pero no se entiende el fundamento de este concepto, pues dentro de las actividades de rehabilitación ya se relacionan las actividades de fresado y recarpeteo.
5. Parte de los informes de las variantes se encuentran incompletos, como es el caso de la variante La Gloria, el cual no contiene el cuerpo del informe y parte de los anexos, lo cual imposibilita la verificación de la información presentada en los cuadros dentro del peritaje técnico. (página 23 del peritaje)
6. En el cuadro comparativo de volúmenes de paso poblado versus variantes se presentan inconsistencias en las columnas de volumen de terraplén y corte de las variantes respecto a la tabla de la página 23.
7. En la tabla de costo de transporte de material de corte de la línea base del numeral 6.2.9 se incluye el transporte que se reutiliza, no obstante, en la sección 6.2.7 de la página 28 ya se tienen incluidos los costos de dicho transporte. La ANI, en sus alegatos de conclusión, lo explica de la siguiente forma:

“Se encuentra que, para la construcción de la doble calzada por los pasos poblacionales el Ingeniero Carrasco realizó sus cálculos de distancias de acarreo desde canteras cercanas a dichos pasos poblacionales, mientras que para las variantes utilizó canteras mucho más alejadas de los pasos poblacionales, lo cual lógicamente y sin justificación alguna genera una variación cuantitativa en la comparación de costos.

En efecto, en la tabla para terraplenes se relaciona un volumen de terraplén igual a 697.338.42 m³ con distancias medias de transporte de material entre 0.89 Km hasta 14.01 Km para el paso poblado; mientras que en las páginas 51 y 52 se relaciona un volumen de 3.471.322.98 con distancias

medias de transporte entre 10.01 Km hasta 57.27 Km para las variantes.

Lo anterior no tiene sentido, pues el Concesionario puede o debe utilizar las mismas canteras ya sea para las variantes o para los pasos poblados, pues la ubicación de la variante es cerca al paso poblado.”

8. Para excavaciones en roca, el perito usa la especificación técnica No. 600.2.1, con un costo de \$93.231/m³. Se debió utilizar la especificación 210.2.3 con un costo aproximado de \$19.176/m³ de los precios de referencia INVIAS 2018.
9. Otras “inconsistencias y hallazgos” del dictamen pericial (pg. 9 en adelante)⁷⁴.

Esas graves imprecisiones del peritaje presentado por Yuma es lo que le permite concluir que, “la metodología utilizada en el Peritaje Técnico realizado difiere considerablemente de la metodología desarrollada para las valoraciones realizadas durante las mesas de trabajo que dieron lugar al Otrosí N°7”⁷⁵.

Dichas conclusiones se basan en el ejercicio comparativo que realizó la Interventoría entre el Dictamen pericial y la metodología acordada en las mesas de trabajo previas al Otrosí n° 7. Efectivamente, en septiembre de 2015, ante la casi paralización total de las obras objeto del presente contrato, las partes convinieron desarrollar unas mesas de trabajo donde se trataría, entre otros, el tema de las variantes. Es así como el 12 de septiembre de 2015,

“La ANI aceptó la propuesta Salini Impregilo, socio de YUMA concesionaria de continuar con la ejecución del proyecto. De esta reunión quedó un acta de entendimiento en la cual quedaron plasmados en la reunión del 15 de septiembre, así como **el acuerdo de desarrollar mesas de trabajo**. Uno de los temas a tratar en dichas mesas sería el “análisis de viabilidad de sustituir mayores longitudes de obra de variantes derivadas de los DAA presentados por el concesionario ante los requerimientos de la autoridad ambiental, por obras del alcance básico del Contrato”⁷⁶.

Surtidas dichas mesas de trabajo, las partes llegaron a un acuerdo frente a la metodología de cuantificación de la obra mediante un cálculo del valor diferencial.

Del recuento que acaba de realizarse sobre los tres documentos en estudio (peritaje del ingeniero Carrasco, Informe Evaluación que del mismo hizo el Interventor y Otrosí N° 7), concluye el Tribunal varios aspectos:

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 183 y siguientes.

⁷⁵ Página 19 del informe “Valoración de variantes del Proyecto de acuerdo con la metodología del Otrosí No.7 y su diferencia con la metodología expuesta por el Concesionario”.

⁷⁶ Página 2 del informe “Valoración de variantes del Proyecto de acuerdo con la metodología del Otrosí No.7 y su diferencia con la metodología expuesta por el Concesionario”.

a) La metodología aplicable es el valor diferencial entre variantes y pasos poblacionales.

Se constata que, en los tres documentos mencionados, las dos partes concuerdan en aceptar que la metodología aplicable en este caso es el **valor diferencial**, es decir, la diferencia entre el valor de las obras presupuestadas inicialmente, esto es, la construcción de los pasos poblacionales, y la construcción de las variantes.

El esquema de comparación de costos alcanzó un elevado nivel de consenso no sólo entre las partes, sino también entre el concesionario y la interventoría en las mesas de trabajo desarrolladas en 2015.

Ciertamente, es innegable que durante estas reuniones los tres concernidos – Concesionario, ANI e Interventoría - llegaron a un acuerdo en lo referente a la metodología a adoptar para calcular el valor diferencial de la construcción de 15 variantes. En efecto, aunque las partes finalmente discreparon en la cantidad de variantes a reconocer⁷⁷, lo cierto es que, en lo relativo al cálculo del costo de las variantes, había un consenso generalizado.

Así lo expresa la Interventoría en la página 6 del Estudio Evaluativo presentado en 2018:

“A pesar de que **había consenso entre el Concesionario y la Interventoría sobre las diferencias de cantidades de obra entre variantes y pasos poblacionales**, como ya se mencionó, las mesas de trabajo concluyeron sin acuerdo y la ANI consideró que el tema debía someterse a un tribunal de Arbitramento, lo cual quedó consignado en el Otrosí n°7”. (Subrayado por el Tribunal)

De la misma forma, Leonardo Castro, quien fuera el director de Concesionaria Yuma S.A hasta 2017, manifiesta en su testimonio que las partes estaban de acuerdo con la metodología de cálculo de las variantes:

“Como digo, la controversia está dada por el número de variantes a reconocer, y **está establecida la metodología del cálculo dentro del otrosí No. 7 en el cual las partes estábamos de acuerdo con la metodología de cálculo** que era la diferencia entre lo que preveía el pliego de licitaciones y el contrato respecto a los pasos poblacionales que tienen una sección típica espaciada dentro del pliego y dentro del contrato, y la nueva obra que se solicitó totalmente distinta que son las variantes que la ANLA solicitó que se hicieran. (Subrayado por el Tribunal)

Asimismo, manifestó:

⁷⁷ En términos de la interventoría: “La ANI manifestó que seis de las quince variantes ya tenían licencia ambiental cuando se firmó el desistimiento del Otrosí N° 4, por lo cual no podría hacerse un eventual reconocimiento para estas 6 variantes pues ya estaban desistidas (...). El Concesionario por su parte manifestó que ninguna variante había sido construida aún, por lo cual dicho eventual reconocimiento debería hacerse por las 15 variantes” (Página 3 del informe evaluativo).

“Aquí se discutieron 2 cosas, por un lado se discutió la metodología de cómo se calculaba la diferencia de valor entre lo que era el paso poblacional y lo que eran las variantes porque habían unas posturas encontradas porque originalmente lo que pretendían era hacer una proporcionalidad de longitudes sin considerar cantidades de obra **pero luego nos pusimos de acuerdo que la metodología era la obra que se tenía que hacer respecto a la obra, es decir, la obra que se tenía que hacer de acuerdo al alcance contractual comparado con la obra que se tenía que hacer respecto a lo que había determinado la ANLA con la licencia ambiental obligando a hacer las variantes**”. (Subrayado por el Tribunal)

Lo anterior fue corroborado en el testimonio del Sr. Gustavo Uribe Restrepo, funcionario de la Interventoría, quien, al responder a una pregunta sobre los valores a tener en cuenta, afirmó:

“ **Se logró llegar a un acuerdo con el Concesionario en esa época en cuanto a las cantidades de obra**, a las diferentes cantidades de obra con las cuales se podía llegar a una negociación, para hacer eso que se hizo se tomaron los planos de construcción definitivos y aprobados de las variantes y se compararon contra valores estimados de lo que hubiera tal vez posible costado los pasos poblados por las fundaciones, los cruces por los pasos poblados, se sacó la diferente entre las dos alternativas y eso fue lo que se le presentó a la ANI”. (Subrayado por el Tribunal)

También, al responder si había habido discrepancias, declaró:

“**Digamos que la mayor parte de los puntos finos de cantidades de precios unitarios se pudo llegar a acuerdo**, pero la principal diferencia estuvo en dos temas el primero si se iban a evaluar todas las 15 variantes que salieron de los diagnósticos ambientales y alternativas o si se debían evaluar únicamente 9 variantes”. (Subrayado por el Tribunal)

En el mismo sentido, la Ingeniera Diana Gavilán, Directora Técnica de la Concesión, afirmó que “no hubo forma de acuerdo (frente a la cantidad de variantes de variantes) pero en metodología en general sí”.

Es más, al ser requerida por los puntos de mayor acercamiento en dichas mesas manifestó que:

“nosotros aceptamos hacer valor Invías, digamos que la interventoría también lo vio en su momento, pues eso es un valor de referencia que se usa en Colombia usualmente, entonces el valor Invías era el valor. Digamos ambas partes dijimos: listo trabajemos con valor Invías”.

Pues bien, es tan claro que las partes llegaron a un acuerdo en la metodología del valor diferencial - y que la razón para no alcanzar un arreglo definitivo fue la cantidad de variantes a reconocer-, que en el ya mencionado Otrosí nº 7 de 2016, (en su literal j), se dispone lo siguiente:

“Solo de llegar a un Acuerdo procedería el reconocimiento y pago del diferencial de obra a favor del CONCESIONARIO de las nueve (9) variantes descritas en el literal anterior, **bajo la metodología correspondiente a la diferencia entre el valor de las obras**

presupuestadas inicialmente; esto es, la construcción de un paso poblacional y la construcción de variantes, teniendo en cuenta las cantidades y los valores que lleguen a acordar las partes” (Subrayado por el Tribunal)

Lo anterior se ratifica en el literal k) donde se afirma que, “el CONCESIONARIO argumenta que se debe proceder al reconocimiento y pago del diferencial de la obra de las quince (15) variantes (...)”.

Por lo tanto, para el Tribunal es evidente que el esquema para calcular el costo de las variantes adicionales no puede ser otro que la comparación de costos entre la ejecución de pasos poblados y la construcción de variantes, por cuanto se encuentra respaldado por el peritaje, consentido por ambas partes y avalado por el Interventor.

b) No se pueden admitir los valores presentados en los estudios de diseño realizados por la empresa INGETEC

Para este Panel es claro que no se puede acoger el peritaje presentado por el experto Javier Gustavo Carrasco Tovar, por cuanto las cantidades de obra allí señaladas cuentan con una serie de reproches –ya enlistados-debidamente sustentados por la Interventoría. En esa medida, para aplicar la metodología del valor diferencial ya mencionada, no se tendrán en cuenta los estudios de diseño realizados por INGETEC –sobre los cuales se sustenta el perito Carrasco- y expuestos en el dictamen pericial aportado por la parte convocante.

Lo anterior porque, a más de lo dicho, tales estudios cuentan con varios aspectos inciertos. Por ejemplo, llama la atención que, en 2015, cuando se estudió el tema del cálculo del costo de las variantes, la convocante manifestara que no existían diseños para estimar las cantidades de obra que se habrían necesitado para construir la doble calzada pasando por los pasos poblacionales, cuando se supone que los estudios de detalle elaborados por INGETEC- en los que se sustentó el peritaje- habían sido realizados desde 2011.

c) La metodología para determinar el valor de las variantes debe establecerse con base en el Estudio Evaluativo del interventor y del Otrosí N° 7

Como se demostró anteriormente, en las Mesas de Trabajo la interventoría y las partes llegaron a un acuerdo donde manifestaban que la metodología aplicable para calcular el costo de las obras adicionales es el valor diferencial entre variantes y pasos poblacionales. Por esa razón- y porque se trata de un método que cuenta con sustentación técnica razonable y sensata- el Tribunal acogerá este método de cálculo. Para determinar la cantidad de obra de los pasos poblados y las variantes, no se tendrán en cuenta los valores arrojados por el estudio realizado por la empresa INGETEC, sino los criterios de la estimación realizada conjuntamente en las mesas de trabajo por el concesionario y la Interventoría, donde se llegó a un acuerdo sobre el valor específico de la diferencia entre las cantidades de obra de la doble calzada por los pasos poblados y las variantes.

Este hecho es de suma importancia porque, como se acaba de definir en el acápite anterior del presente laudo, se considera que para zanjar el litigio se debe acudir a la figura de las Obras Adicionales, que tiene especial tratamiento en el clausulado del contrato.

En efecto, conforme con el numeral ii) del literal b) del numeral 13.01, ya citado, la determinación del “valor tope de las obras adicionales” se determina “juntamente con el interventor”, lo cual es precisamente lo que ocurrió en las mesas de trabajo según las pruebas obrantes en el expediente que acaban de ser analizadas.

Sin embargo, el Tribunal no cuenta con los elementos suficientes para determinar cuál es “el valor tope de las obras adicionales” en términos económicos, pues, aunque en la página 6 del Informe Evaluativo⁷⁸ de la Interventoría se advierte un valor de \$ 144.505.017.168 para la diferencia de costos para las 15 variantes, lo cierto es que dicha cifra fue calculada con los precios unitarios de INVIAS 2015, y por lo tanto se trata de valores que no están actualizados y no pueden ser utilizados para calcular los costos derivados de la construcción de las variantes en la actualidad.

En esa medida, el Tribunal no fijará “el valor tope de las obras adicionales” en términos de valores monetarios, sino la metodología que determine los precisos términos para calcular el valor de dichas obras adicionales. Mediante este proceder, se permitirá cumplir con los siguientes pasos establecidos en el contrato para dar lugar al pago y contratación de las obras adicionales en los términos contractuales del numeral 13.01.

Para lo anterior el Tribunal se permite recordar el procedimiento acordado en las mesas de trabajo y relatado por el Interventor en las páginas 3 a 6 de su Estudio Evaluativo, para efectos de ser aplicado en los términos fijados por el Tribunal:

- “El concesionario presentó una hoja de cálculo Excel con las cantidades de obra de cada variante, incluyendo cortes, rellenos, estructura de pavimento, drenajes, puentes, obras complementarias, etc.
- La interventoría revisó la hoja Excel información con base en los **diseños de las** variantes presentados por el concesionario a la interventoría a nivel de fase III.
- Se aclaró que la longitud de las variantes debía tomarse entre los puntos entre- tangencia, esto es, desde el punto donde las calzadas de las variantes se separan de la calzada existente hasta el punto donde vuelven a unirse a ella. El Concesionario había tomado las longitudes registradas en las licencias ambientales, las cuales incluyen longitud de doble calzada que no forma parte de las variantes propiamente dichas.
- El Concesionario procedió a corregir ésta y otras observaciones anotadas por la Interventoría en su revisión.
- Una vez estimadas las cantidades de obra de las variantes, era necesario estimar las cantidades de obra que se habrían necesitado para construir la doble calzada pasando por la zona urbana de los

⁷⁸ Carpeta de pruebas N°1. Folio 181 vuelto.

pasos poblacionales. Sin embargo, el Concesionario manifestó que no existían diseños de esta alternativa. En consecuencia, se realizó conjuntamente una estimación de cantidades de obra de la alternativa de pasar la doble calzada por los pasos poblados, tomando como base las siguientes consideraciones:

- Cortes promedio: para ampliación 0.20 m, vía nueva y vías de servicios 0.50 m.
- Ancho promedio ampliación 2.5 m
- Ancho vías de servicio 6m c/u
- Relleno terraplenes: 0.70 m en calzadas principales y 0.40 m para vías de servicio
- Afirmado: 0.12 m total para las vías
- Base estabilizada con asfalto esfumado: 0.15 m para las vías principales y vías de servicio
- Colocación Sub base.: 0.30 m para vías principales y 0.06 m para vías de servicio
- Carpeta asfáltica 0.12 m para vías principales y 0.06 para vías de servicio.
- Alcantarillas cada 300 m con diámetro de 0.90
- Puentes vehiculares para cada paso poblacional con una sección típica de 2 carriles de 7.
- New Jerseys dobles para el separador central y para los separadores entre calzadas principales y las calzadas de servicio.
- Cálculo de redes de servicios Públicos
- No se incluyeron costos de compra de predios urbanos ni costos sociales de reubicación de familias y comunidades, pues se consideró que estos costos correspondían a la ANI y no al concesionario.

A partir de estas consideraciones técnicas se estableció un indicador de costo de vía por KM en paso urbano a partir del cual se estimó el presupuesto de intervención:

- Se calcularon los costos de cada variante a partir de las cantidades de los **diseños** y precios unitarios de referencia INVIAS 2015.
- Se estimaron los costos por paso poblado a partir de las cantidades estimadas y consensuadas con el concesionario y la ANI, con precios unitarios de referencia INVIAS.
- Se calculó la diferencia entre los dos valores anteriores, para cada paso poblado.
- Como alternativa, se estimó el costo de las variantes por mayor longitud de doble calzada nueva, utilizando las fórmulas establecidas en la sección 13.04 del Contrato de Concesión”.

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes deberán aplicar los siguientes pasos a seguir, que habrán de ser tenidos en cuenta para la aplicación del numeral ii) del literal b) del numeral 13.01 del contrato.

En primer lugar:

- Se deben tomar las cantidades de obra de cada variante – ya revisados por la interventoría - con base en los **diseños** de las variantes presentados por el concesionario a nivel de fase III en las mesas de trabajo. (Donde la longitud de las variantes tomó en cuenta los puntos entre-tangencia, esto es, desde el punto en el que las calzadas de las variantes se separan de la calzada existente hasta el punto en el que vuelven a unírsele.)
- Se debe acoger la estimación de cantidades de obra de la alternativa de pasar la doble calzada por los pasos poblados realizada por la Interventoría y el Concesionario en las mesas de trabajo. (Donde se tuvieron en cuenta las precisiones técnicas ya señaladas)

En segundo lugar, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se actualizará el indicador de costo de vía por KM en paso urbano a partir del cual se estimará el presupuesto de intervención:

- Se calcularán los costos de cada variante a partir de las cantidades de los diseños y precios unitarios de referencia INVIA 2020, o al año en que sean construidas las variantes.
- Se estimarán los costos por paso poblado a partir de las cantidades estimadas y consensuadas con el concesionario y la ANI, con precios unitarios de referencia INVIA 2020, o al año en que sean construidas las variantes.
- Se calculará la diferencia entre los dos valores anteriores, para cada paso poblado.

En estos términos se deja consignada la metodología que permite la cuantificación justificada de los costos de la construcción de las obras adicionales a cargo de la ANI, que a su vez permite cumplir con el paso (ii) del ya mencionado artículo 13.01 del contrato.

Frente a los pormenores técnicos de la aplicación de la metodología definida por el Tribunal, conviene hacer una aclaración: puesto que en los documentos referidos y estudiados por el Tribunal las partes se concentraron en el valor de las obras sin explicar el proceso de adquisición de los predios, se habrá de tener en cuenta, a más de los pasos señalados, la Sección 7.04 del contrato, así como el Apéndice Social tanto en su Parte A como en su Parte B. No sobra precisar, en efecto, que el proceso de gestión ambiental y social que implique la construcción de las obras adicionales deberá desarrollarse teniendo en cuenta los aspectos técnicos consagrados en dichos apéndices, en la medida en que estos permiten determinar las obligaciones a cargo de las partes en el proceso de adquisición de predios necesario para el desarrollo de la obra.

Dicho lo anterior, en la parte resolutive de este Laudo, se desestimará la pretensión octava de la reforma de la demanda, y se declarará, respecto de la pretensión décima, que la ANI deberá pagar a YUMA, con el aval previo de

la Interventoría, para cada variante, el valor que se obtenga de la aplicación de la metodología que se ha enunciado.

Desde luego que dicha metodología será aplicable única y exclusivamente para las variantes objeto de reconocimiento, esto es, para las variantes mencionadas en el numeral 3.1 de las consideraciones de este Laudo y que se sitúan en el tramo comprendido entre San Roque y Ye de Ciénaga y que ya tienen licencia ambiental en firme.

Lo expuesto le permite concluir a este Panel que la octava pretensión declarativa debe ser desestimada, en tanto que no se acogerán los valores planteados por el dictamen pericial presentado por la convocante en sus pretensiones, sino que, en su lugar, se tendrán en cuenta los valores que de como resultado la aplicación de la metodología enunciada y conforme a la Sección 13.01 del contrato.

En consideración a lo expuesto, la pretensión décima declarativa debe ser acogida por el Tribunal, en lo que hace a las variantes que se reconocen en el presente Laudo como obras adicionales.

En efecto, en dicha pretensión, la convocante le deprecó a éste Tribunal declarar que la ANI *“tiene la obligación de reconocerle a YUMA CONCESIONARIA S.A., como obra adicional, el valor de las variantes obtenido de conformidad con la metodología que se ordene en el laudo que profiera este Tribunal, esto es, lo correspondiente a las siguientes 14 variantes no previstas y adicionales al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010: [...]”*

Dicha pretensión se estima únicamente en lo que atañe a las seis (6) variantes que se reconocen como obra adicional. En consecuencia, en la parte resolutive se declarará que la ANI tiene la obligación de reconocerle a YUMA, como obra adicional, el valor de las variantes obtenido de conformidad con la metodología ordenada en el presente Laudo Arbitral, correspondiente a las siguientes seis (6) variantes no previstas y adicionales al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010:

No.	Variante	Licencia Ambiental
1	Cuatro Vientos	Resolución 0928
8	El Copey	Resolución 1208
9	Loma de Bálsamo	Resolución 1208
10	La Tranvía	Resolución 1208
11	La Isabel	Resolución 1208
12	Zawady	Resolución 1208

En lo demás, dicha pretensión décima será desestimada.

A su vez, por las consideraciones expuestas el Tribunal habrá de desestimar las pretensiones declarativas **séptima, octava y novena** de la reforma de la demanda,

En cuanto tiene que ver con las pretensiones primera y tercera condenatorias, el Tribunal las acogerá parcialmente, según lo expuesto.

En cuanto tiene que ver con la solicitud para incluir el reconocimiento de la utilidad al amparo de la pretensión primera de condena, el Tribunal abordará el asunto en el numeral 10 de estas consideraciones.

4. *Improcedencia de modificar la forma de reconocimiento y pago de los avances de obra de las variantes adicionales*

En la novena pretensión declarativa de la reforma de la demanda, se solicitó ordenar a la convocada que el pago de la construcción de cada variante se lleve a cabo contra el *avance de la respectiva ejecución*, previa la aplicación de la metodología a la que se refiere la pretensión octava. A su turno, en la cuarta pretensión de condena, se deprecó condenar a la ANI a cumplir con el pago correspondiente de las sumas resultantes de la aplicación de la metodología de la pretensión octava, al momento contractual de ejecución de las respectivas variantes, actualizado con el ICCP, desde diciembre de 2017 hasta la fecha en la que efectivamente se realicen cada uno de los correspondientes pagos.

El Tribunal entiende que, tal y como están redactadas las referidas pretensiones, la convocante solicita que el pago de las variantes se realice en función del *avance de la respectiva ejecución* de las obras. Sin embargo, el Tribunal considera que no puede perseguirse a través del presente proceso arbitral la modificación de la forma de pago de las obras a cargo del concesionario, razón por la cual dichas pretensiones están llamadas al fracaso.

En primer lugar, juzga este Panel que no puede perderse de vista que las variantes a construir y que se reconocen en el presente Laudo, aunque corresponden a una obra adicional, hacen parte del proyecto de infraestructura vial concesionado a YUMA y que, por tanto, están supeditadas a las mismas reglas que las partes convinieron para el reconocimiento y pago de las obras que se ejecuten por el concesionario o por sus subcontratistas, tanto en los documentos precontractuales como en el Contrato de Concesión y en sus posteriores modificaciones y enmiendas.

De otro lado, lo probado en el proceso le permite al Tribunal concluir que el Contrato de Concesión y sus modificaciones prevén un complejo esquema de pago dentro de la Fase de Construcción, que no se limita al mero *avance de la respectiva ejecución*.

Así, la remuneración del concesionario en la referida Fase de Construcción está en función del cumplimiento del Plan de Obras, de los Hitos recibidos a satisfacción por la Interventoría y de retenciones en garantía que, como puede verse, distan mucho del mero *avance de la respectiva ejecución*, tal y como se solicita en las pretensiones *sub judice*.

El Plan de Obras está definido en el Contrato de Concesión –ordinal (ttt) de la Sección 1.01 del Contrato– como el *“documento que entregará el Concesionario al Interventor que contendrá el cronograma de obras*

discriminado por Tramos e Hitos”.⁷⁹ Dicho cronograma no puede exceder en ningún caso la fecha máxima para la finalización de la Fase de Construcción⁸⁰. A su turno, un Hito está definido como *“la construcción o Mejoramiento y rehabilitación de al menos diez (10) kilómetros de vía consecutivos, con la infraestructura afecta al mismo, incluyendo, pero sin limitarse a puentes y viaductos.”*⁸¹

Por su parte, las partes estipularon que es obligación del Concesionario cumplir todas las especificaciones técnicas y de calidad de las obras, en función de lo previsto en el Apéndice Técnico, tal y como pregona la Sección 8.03(a) del Contrato:

“SECCIÓN 8.03. Especificaciones Técnicas y Calidad de las Obras.

*(a) Durante la Fase de Construcción de este Contrato, el Concesionario deberá cumplir con todas las obligaciones estipuladas y ceñirse cabalmente a lo previsto en el Apéndice Técnico del presente Contrato, en cuanto a la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento.”*⁸²

Conforme lo establece la Sección 8.08(a) del Contrato, para verificar los Hitos, el Concesionario debe poner a disposición del Interventor y de la ANI la Memoria Técnica levantada, una vez se concluya el Hito, quienes podrán realizar las revisiones y verificaciones correspondientes, que una vez terminadas, podrán lugar a la firma del Acta de Terminación de Hito⁸³.

Ahora bien, dado que los recursos involucrados en el Contrato de Concesión se administran bajo un esquema fiduciario, la remuneración del Concesionario se surte cuando se cumplan las condiciones fijadas por las partes para realizar traslados de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario, tal y como lo dispone la sección 13.04(c) del Contrato, cuya redacción inicial es la siguiente:

(c) El derecho del Concesionario a que efectúe el traslado de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario por el cumplimiento de los Hitos nacerá cuando se verifiquen las siguientes dos (2) condiciones: (i) haya pasado el Día 30 de junio de 2012, y (ii) se haya suscrito el Acta de Terminación del Hito respectivo. En caso de terminación anticipada del Contrato también se tendrá derecho a que sean efectuados los Aportes INCO asociados al cumplimiento de los Hitos, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la presente Sección. El cumplimiento de solo una de tales condiciones no será suficiente para que el Concesionario tenga el derecho a los traslados.

Por su parte, en la Cláusula Primera del Otrosí No. 8, se acordó, *inter alia*, lo siguiente:

⁷⁹ Página 13 del Contrato de Concesión.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Literal (rr) de la Sección 1.01 del Contrato de Concesión, página 10. Con el objeto de dar continuidad a las obras, las partes han permitido que los Hitos tengan menos de 10 kilómetros y que incluso sean discontinuos, como quedó pactado, por ejemplo, en el Otrosí No. 8.

⁸² Página 42 del Contrato de Concesión.

⁸³ Páginas 45 y 46 del Contrato de Concesión.

El pago de los Hitos establecidos en el Plan de Obras, se efectuará al sumar una longitud de 10 o más Kilómetros continuos o discontinuos completos ya sea por: i) actividades de construcción de la calzada nueva o ii) actividades de Mejoramiento y Rehabilitación de la calzada existente. En ningún caso se podrán sumar longitudes de Hitos de Rehabilitación y Mejoramiento con longitudes de Hitos de Construcción de Calzada Nueva.

Cuando se presente entrecruzamiento entre un Hito de Calzada nueva con un Hito de Mejoramiento y Rehabilitación de la Calzada existente. En ningún caso se podrán sumar longitudes de Hitos de Rehabilitación y Mejoramiento con longitudes de Hitos de Construcción de Calzada Nueva.

Cuando se presente entrecruzamiento entre un Hito de Calzada nueva con un Hito de Mejoramiento y Rehabilitación de la Calzada existente, al pasar la Calzada nueva de un costado al otro de la calzada existente, causando una discontinuidad tanto en el Hiato de construcción de Calzada nueva como en el Hito de calzada de Mejoramiento y Rehabilitación paralelo, de manera que ambos Hitos queden físicamente divididos en dos o más segmentos, la longitud total para pago de cada uno de estos Hitos será la suma de sus...

En el mismo Otrosí No. 8 se previó un esquema de retención de ingresos de peajes, para controlar la actividad del Concesionario de cara a lo planteado en el Plan de Obras:

CLAUSULA QUINTA. *Modificar el numeral 3.4.2 del Apéndice Técnico Parte A, adicionado por el Otrosí No. 4 del 17 de abril de 2015 y el Otrosí No. 7 del 30 de marzo de 2016, así:*

3.4.2 De la Retención de Ingresos.

Dentro del seguimiento al Plan de Obras, el Concesionario y la interventoría de manera conjunta harán con corte al último día del bimestre una verificación bimestral del estado de avance de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento respecto de las metas bimestrales acumuladas en términos de km/calzada pavimentada (segunda capa) incluidas en el Plan de Obras anexo a este otrosí. Conforme a dicha verificación, la interventoría entregará a la ANI un informe bimestral, sobre el cumplimiento de las metas bimestrales acumuladas en términos de km/calzada pavimentada (segunda capa) incluidas en el Plan de Obras anexos a este otrosí.

Una vez la ANI reciba de la interventoría el citado informe sobre el avance de la meta bimestral acumulada, de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento según corresponda, establecidas en el Plan de Obras anexo a este Otrosí, y se evidencie un incumplimiento del Concesionario, el Concesionario será objeto de una retención de los ingresos de peajes del respectivo bimestre. La retención será calculada

sobre el 25% del recaudo bimestral de peajes y conforme a la aplicación de la fórmula que se detalla a continuación:

$$M = (kmE / kmP)$$

$$R = (1M) * 25 \% \text{ Recaudo Bimestral de Peajes}$$

El anterior recuento le permite al Tribunal concluir, tal y como quedó dicho, que al ser las variantes objeto de reconocimiento por las obras adicionales que se rigen en el Contrato de Concesión, no es posible acceder a la pretensión novena declarativa como está planteada, con la que se pide pagar las variantes exclusivamente *al avance de la respectiva ejecución*.

Finalmente, respecto a la pretensión cuarta de condena, con la que se implora condenar a la ANI a pagar las variantes según la metodología de la pretensión octava declarativa y al momento contractual de ejecución, actualizándose con el ICCP desde diciembre de 2017 y hasta la fecha en que se verifique el pago, el Tribunal concluye que también debe ser denegada, no sólo por las razones ya expuestas en ésta subsección, sino también por el hecho que, como quedó explicado en líneas precedentes, no prospera la metodología enunciada en la pretensión octava sino la dispuesta en el presente Laudo, dentro de la cual no se incorporan precios al mes y año solicitados en la pretensión cuarta de condena.

Desde luego que tal denegatoria no significa que YUMA pierda el derecho a que el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, tal y como lo reconoce el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 y, menos aún, a que el pago de las variantes y el ajuste de los precios se surtan conforme a la metodología fijada en el presente Laudo Arbitral.

5. La variante de San Roque

En la pretensión decimoprimer declarativa de la reforma de la demanda, YUMA solicitó que el Tribunal declare que, conforme a lo acordado en la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, al momento de expedirse y quedar en firme la licencia ambiental para la variante San Roque, la ANI deberá reconocer a YUMA el valor de su construcción, conforme a la metodología y forma de pago deprecadas igualmente en la reforma de la demanda.

En los hechos 47 y 48 de la reforma de la demanda, YUMA adujo que la variante de San Roque se encuentra incluida en las nueve (9) variantes que la ANI está dispuesta a reconocer en caso que se llegara a un acuerdo entre las partes, una vez se defina su empalme y desafectación con respecto al Sector 2, hechos frente a los cuales la ANI expresó, al contestar la reforma de la demanda, que son ciertos *“en relación con lo enmarcado por el Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010”*.⁸⁴

En sus alegatos de conclusión, la convocada adujo que *“no puede anticiparse por este proceso que la ANI desde ya tiene que contratar,*

⁸⁴ Página 14 de la contestación de la reforma de la demanda.

*reconocer y pagar al Concesionario la totalidad de la variante de San Roque cuando se defina su trazado definitivo.*⁸⁵

En relación a lo expuesto, el Tribunal advierte que, como se reconoce en el Otrosí No. 7 suscrito el 30 de marzo de 2016, la variante de San Roque no cuenta aún con licencia ambiental expedida por la ANLA, autoridad que, en todo caso, ya definió la alternativa de variante según Auto No. 3016 del 10 de septiembre de 2013. A su turno, tampoco cuenta con diseños definitivos, en razón a que la futura variante impacta los Sectores 2 y 3 del proyecto Ruta del Sol, esto es, que la longitud total de la misma no es responsabilidad, en principio, de YUMA, conforme al alcance básico definido en los pliegos de condiciones.

En atención a tales supuestos, las partes estipularon lo siguiente en la Cláusula Novena del Otrosí No. 7:

“CLÁUSULA NOVENA.- LAS PARTES teniendo en cuenta que una porción de la longitud total de la variante de San Roque hace parte del corredor vial concesionado al Sector 2 del proyecto Ruta del Sol y a la fecha no hay definición del empalme con dicho Sector, generando la indefinición del diseño definitivo de la variante, determinan que una vez se realice la modificación contractual al Sector 2 que permita desafectar la parte correspondiente, se suscribirá entre la ANI y el CONCESIONARIO de cada Sector un otrosí modificadorio que permita incluir su construcción y se defina el empalme entre las concesiones viales de Sector 2 y 3; igualmente en dicho otrosí, se definirá el reconocimiento económico a favor del CONCESIONARIO en capex y opex de esta obra que le corresponda [sic].”

A dichos compromisos llegaron las partes después de dejar constancia en la parte considerativa del precitado otrosí de las siguientes reflexiones y antecedentes:

“28. Que la Dirección de Licencias y Permisos Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, en Concepto Técnico 906 de 17 de junio de 2011 y comunicado a través del oficio 2400-E2-31507 concluyó, que para el paso por el centro poblado de San Roque ubicado en el municipio de Curumaní Departamento del Cesar, EL CONCESIONARIO debería presentar el DAA respectivo para el paso por ésta población y así definir la alternativa más favorable.

29. Que el 10 de septiembre de 2013, mediante el Auto 3016, la ANLA definió la alternativa No. 2 para el Tramo 1 Centro Poblado SAN ROQUE [...].

30. Que la Variante San Roque incluye una intersección a desnivel en forma de trébol de 4 orejas, la cual se encuentra localizada sobre la vía que actualmente conecta San Roque con la Jagua de Ibirico y Valledupar.

31. Que la Variante San Roque inicia en la Ruta 4515 a cargo de la Concesión de Ruta del Sol Sector 2, y termina en la Ruta 4516 a cargo

⁸⁵ Página 35 de los alegatos de conclusión escritos.

de la Concesión de la Ruta del Sol Sector 3, según la alternativa seleccionada por la ANLA [...].

[...]

33. Que en términos técnicos y operativos se considera pertinente que el Licenciamiento, los estudios y diseños, la construcción y la operación de toda la Variante San Roque y el tramo de la vía existente afectada por esta construcción, queden a cargo del CONCESIONARIO, quien tiene una mayor injerencia sobre esta variante, y en ese sentido es necesario que se desafecte la porción de la variante ubicada en el Sector 2 y su paso poblado asociado a construir, y se adicionen al proyecto Ruta del Sol Sector 3. Se deberá coordinar entre la ANI, el CONCESIONARIO Y EL Consorcio Ruta del Sol, el nuevo empalme entre los dos proyectos viales. A tales efectos, deberá suscribirse por parte de la ANI un Otrosí tanto con el Sector 2 y como con el Sector 3, en donde se defina el nuevo alcance de las obligaciones y derechos de ambos concesionarios frente al empalme y la construcción de la variante San Roque.

[...]

L. Que en relación con la variante de San Roque, que a la fecha no se encuentra licenciada conforme al cuadro anterior y en la porción de la variante a construir correspondiente al proyecto Ruta del Sol Sector 3, hace parte de las nueve variantes que la ANI reconocería en caso de llegarse a un acuerdo conforme se establece previamente. Así mismo, LAS PARTES consideran que en cuanto a la porción de la variante a construir, y la longitud del paso urbano de San Roque, correspondiente al proyecto Ruta del Sol 2, su inclusión y reconocimiento se hará una vez se defina su empalme y desafectación.”⁸⁶

De otro lado, la interventoría también estableció los antecedentes y pormenores sobre la variante de San Roque⁸⁷:

Tramo 1.

En este Tramo se encuentra la variante de San Roque, dividida entre los Sectores 2 y 3 de la Ruta del Sol, lo cual implica que aproximadamente media variante debía ser construida por Yuma Concesionaria y la otra mitad por la Concesionaria Ruta del sol S.A.S. La Autoridad Ambiental definió que la variante debía desarrollarse como un proyecto integral, a cargo de ambos concesionarios, de acuerdo a su responsabilidad contractual.

La Agencia Nacional de Infraestructura decidió que era mejor que Yuma Concesionaria, quien elaboró el Diagnostico Ambiental de Alternativas (DAA) de San Roque, se hiciera cargo de la totalidad del Estudio de Impacto Ambiental, el diseño y la construcción de la variante, para la cual era necesario modificar el límite que divide los Sectores 2 y 3 de la Ruta al Sol, mediante Otrosíes de los contratos de ambos Concesionarios, lo cual por el momento está suspendido debido a la terminación del contrato de concesión del sector 2 por el escándalo de Odebrecht, socio de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

⁸⁶ Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \2. Etapa Contractual.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 162.

Por las razones anteriores, a la fecha no se ha adelantado ante la ANLA el proceso de licenciamiento de esta variante.

Con arreglo en lo anterior, el Tribunal observa que, ciertamente, San Roque marca el “límite” entre las concesiones del sector 2 y 3 —éste último adjudicado a YUMA—, tal y como se observa con la descripción del Sector 3, según el numeral 1.2 del Apéndice Técnico Parte A:

“El Sector 3 hace parte del corredor que corresponde al Proyecto Vial Ruta del Sol, con una extensión total aproximada de 1,071 km cuyo propósito es mejorar la comunicación entre el interior del país y el Caribe central, transformando la red vial existente en una vía de doble calzada y buenas condiciones geométricas. El Proyecto Vial Ruta del Sol se dividió en tres (3) Sectores así:

Sector 1: Nuevo Corredor Villeta – Guaduro - El Korán (aproximadamente 78 km);

Sector 2: Corredor Puerto Salgar - San Roque (aproximadamente 528 km); y,

Sector 3: Corredores San Roque – Ye de Ciénaga y El Carmen de Bolívar – Valledupar (aproximadamente 465 km), el cual a su vez se divide en (i) San Roque - Bosconia - Ye de Ciénaga (219 km) (“Sector 3a”), (ii) Bosconia – El Carmen de Bolívar (155 km) (“Sector 3b”) y (iii) Bosconia – Valledupar (91 km) (“Sector 3c”).”⁸⁸

Conforme a lo aquí relatado, es claro para el Tribunal (i) que la ANLA, al definir la alternativa sobre la cual debía realizarse el estudio de impacto ambiental correspondiente para darle curso a la licencia ambiental, optó por variante; (ii) que dicha licencia ambiental aún no se ha obtenido, porque la futura variante impacta los sectores 2 y 3 del Proyecto Ruta del Sol, adjudicados en su momento a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y a YUMA, respectivamente; y, (iii) que en esa medida, tanto la ANI como YUMA contemplaron iniciar tratativas tendientes a “desafectar” del sector 2 la porción correspondiente para asignársela al sector 3, esto es, a YUMA, y, a la vez, definir un empalme entre ambas concesiones, aceptando reconocer el CAPEX y OPEX de dicha obra a favor de YUMA.

Ahora bien, quedó explicado en líneas precedentes que la ANI debe asumir el costo del diferencial entre los valores de la construcción de pasos poblados y las seis (6) variantes impuestas en las licencias ambientales expedidas por la ANLA sobre la *doble calzada forzosa*, esto es, aquella derivada de las condiciones prefijadas en el pliego de condiciones por el INCO —dentro de la cual se sitúa la variante de San Roque— y no por la oferta mejorada por YUMA.

En consonancia con lo expuesto, juzga el Tribunal que la variante de San Roque, en el evento en que sea impuesta por la ANLA y asignada a YUMA después de la “desafectación” del sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, además, una vez se cumplan todas las condiciones fijadas por las partes en el Otrosí No. 7, debe ser igualmente reconocida por la ANI, tal y como se

⁸⁸ Página 1 del Apéndice Técnico Parte A, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \1. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010.

pide en la pretensión decimoprimer declarativa de la reforma de la demanda, esto es, bajo los supuestos del referido Otrosí.

En efecto, salvo por la ausencia de una licencia ambiental en firme y por las consideraciones referentes a la confluencia de contratistas para la misma obra, son enteramente aplicables a la variante de San Roque los análisis ya realizados por el Tribunal líneas atrás sobre el carácter extraordinario o no previsto de dicha alternativa, en el evento en que la misma se imponga mediante licencia ambiental en firme. Además, lo acordado por las partes en el Otrosí No. 7 respecto a la definición del CAPEX y OPEX para YUMA en el evento que dicha obra le sea asignada, reafirma la obligación de reconocimiento de dicha variante a favor de YUMA, cuando se cumplan los supuestos y las condiciones fijadas en la Cláusula Novena del precitado Otrosí No. 7. En efecto, el Tribunal debe ser respetuoso de lo acordado por las partes en el referido otrosí, cuyo numeral 33 de la parte considerativa explica para la ANI la conveniencia de asignar tal variante a YUMA: *“Que en términos técnicos y operativos se considera pertinente que el Licenciamiento, los estudios y diseños, la construcción y la operación de toda la Variante San Roque y el tramo de la vía existente afectada por esta construcción, queden a cargo del CONCESIONARIO, quien tiene una mayor injerencia sobre esta variante, y en ese sentido es necesario que se desafecte la porción de la variante ubicada en el Sector 2 y su paso poblado asociado a construir, y se adicione al proyecto Ruta del Sol Sector 3. Se deberá coordinar entre la ANI, el CONCESIONARIO Y EL Consorcio Ruta del Sol, el nuevo empalme entre los dos proyectos viales.”*⁸⁹

Una de las condiciones fijadas por las partes es, precisamente, que la ANI “desafecte” la porción de la variante perteneciente al Sector 2, decisión de política pública cuya conveniencia y oportunidad, en todo caso, no le compete adoptar al Tribunal sino a la referida entidad pública concedente, en el marco de las competencias asignadas por la ley.

En esa medida, tuvieron a bien las partes estipular que la referida variante, amén del cumplimiento de las demás condiciones, sólo estará a cargo de YUMA cuando la ANI la desafecte del Sector 2, decisión que sólo puede estar fundada en adecuados juicios de ponderación por parte de la ANI, que deberán consultar siempre el interés público.

En consecuencia, en la medida que la pretensión décimo primera declarativa de la reforma de la demanda parte de reconocer lo acordado en la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, esto es, el cumplimiento en el futuro de las condiciones fijadas por ambas partes, el Tribunal la estimará parcialmente, declarando que la ANI debe reconocer a YUMA el valor de la construcción de la variante de San Roque, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones y supuestos definidos por las partes en el Otrosí No. 7 y siguiendo la metodología y consideraciones definidas en el presente Laudo Arbitral.

⁸⁹ Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión, obrante en medio magnético. La ruta es 4 MM\03. 5206 CD Pruebas No. 1 folio 1 \2. Etapa Contractual.

6. Sobrecostos y perjuicios

En la pretensión séptima declarativa, la convocante solicita el reconocimiento de los sobrecostos y perjuicios que se presenten como consecuencia de la construcción de las variantes adicionales.

Al respecto, encuentra el Tribunal que no es procedente ordenar el pago del valor de las variantes por concepto de sobrecostos, pues, como se dejó claro en apartados anteriores, los costos de las seis (6) variantes están reconocidos en el pago de obras adicionales, y por lo tanto no es posible reconocerlos paralelamente por un concepto diferente.

En lo relativo a los perjuicios, el Tribunal encuentra que tampoco se pueden conceder, toda vez que no se presentan los fundamentos de derecho necesarios para incluirlos en la condena.

En efecto, no se puede olvidar que el perjuicio está directamente relacionado con el acaecimiento de un daño, pues sin la ocurrencia de este no podría existir la lesión efectiva de los bienes del afectado. La jurisprudencia colombiana incluso ha manifestado que el perjuicio tiene que ser consecuencia directa del daño: *“el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.”*⁹⁰

Por tanto, quien pretenda reclamar una indemnización por perjuicios sólo podrá hacerlo cuando demuestre el advenimiento de un daño. En el contexto de las obligaciones contractuales, esto implica que, para que exista una indemnización, se debe acreditar el incumplimiento por una de las partes. El artículo 1613 del código civil es claro en enfatizar: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”* Este artículo de nuestro ordenamiento jurídico proviene del Código Civil de Napoleón, específicamente del 1147 que, en doctrina, expresa la obligación de reparación ante la inejecución. En un interesante estudio del derecho francés sobre la inejecución contractual en derecho privado y derecho público, se confirma la idea de base: *“Lo que habitualmente llamamos responsabilidad contractual permite al acreedor obtener la condena del deudor para que repare los daños causados por la inejecución que le es imputable. La responsabilidad contractual tiene por tanto una función reparadora, es decir, compensatoria e indemnizatoria”*⁹¹.

En otras palabras, el derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios sólo puede nacer a partir del momento en que se encuentre acreditado el incumplimiento y la mora del deudor. Esto, en el cumplimiento de las obligaciones, se traduce en afirmar que la responsabilidad se encuentra en

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943, Magistrado Ponente Aníbal Cardoso Gaitán. Citada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp.: 18.048, Consejero Ponente Enrique Gil Botero; del 8 de junio de 2011, Exp.: 17.858, Consejero Ponente Jaime Santofimio Gamboa.

⁹¹ BUCHER, Charles-Édouard, *L'inexécution du Contrat de Droit Privé et du Contrat Administratif. Étude de Droit Comparé Interne*, Ed. Dalloz, París, 2011, p. 218.

un momento posterior al débito. En palabras de Fernando Hinestrosa: “*débito y responsabilidad, siempre presentes, el segundo así solo sea virtualmente como un apremio real para que el cumplimiento se realice puntualmente*”.⁹²

En el asunto de marras, el Tribunal advierte que no se presenta incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la ANI. En efecto, el pago del valor de las obras adicionales se origina porque se presentó un riesgo que, en virtud de la teoría del equilibrio económico del contrato, le es imputable a la entidad por exceder los términos iniciales de la ecuación contractual, pero esto no significa de ninguna manera que el litigio se ubique en un escenario de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones.

Por lo tanto, solo habrá responsabilidad, dentro de la cual se incluiría el derecho a exigir una indemnización de perjuicios, cuando exista un incumplimiento debidamente acreditado por el afectado, lo cual no ocurre en el presente caso, generando que la pretensión séptima declarativa no esté llamada a prosperar.

7. Revisión del plazo: pretensión decimosegunda

La pretensión decimosegunda de la demanda reformada busca “que de conformidad con las anteriores pretensiones y lo previsto en la Ley, el Tribunal Arbitral revise el plazo previsto en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, como quiera que dicho plazo debe ser prorrogado a efectos de que YUMA CONCESIONARIA S.A. pueda construir las variantes adicionales a la única prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010”.

Entiende el Tribunal que esta pretensión se endereza más que a la sola “revisión” del plazo previsto en el Contrato de Concesión 007 de 2010 para la fase de construcción, a que se fije un término para la construcción de las variantes adicionales a la prevista en dicho contrato.

En la medida en que las variantes comprendidas en el tramo San Roque - Ye de Ciénaga constituyen obras adicionales a las previstas en el objeto del en el contrato de Concesión No. 007 de 2010, el Tribunal entiende que su construcción requerirá del correspondiente plazo. No obstante, el Tribunal no puede conceder la aludida pretensión por las siguientes razones:

- a) El inciso segundo del artículo 1551 del Código Civil dispone que “*No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes*”. Para el Tribunal, ni se está en presencia de un evento en el que la fijación de plazo judicial esté autorizada en la

⁹² HINESTROSA Fernando. Notas sobre responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones. Revista de Derecho del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2018. ISBN2346-2442. Disponible en: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir01187a&AN=uedc.article.5787&lang=es&site=eds-live&scope=site>. Consultado el: 24 de abril 2020.

ley, ni el debate busca la interpretación de un término concebido en términos vagos u oscuros.

- b) Adicionalmente, y aunque estuviese facultado el Tribunal para fijar el plazo para prorrogar el pactado respecto de la fase de construcción, no encuentra que obre en el expediente prueba alguna que le permita determinar cuánto tiempo le llevará al concesionario construir las seis variantes comprendidas en el eje San Roque - Ye de Ciénaga. En ese sentido no resultaría posible para el Tribunal, por carecer de los elementos de juicio necesarios, estimar un término para efectos de la construcción de las referidas variantes.

Por lo anterior, el Tribunal despachará desfavorablemente la pretensión decimosegunda, pero considera su deber instar a las partes a lograr un acuerdo sobre un plazo razonable para construir las variantes Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela, y llegado el caso la de San Roque, en desarrollo de las previsiones contractuales sobre obras adicionales.

8. Gestiones presupuestales para pago: pretensión condenatoria segunda

En la medida en que en este laudo se dispone que las variantes que deberá asumir la Convocada (Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela y eventualmente la de San Roque según quedó explicado) son obras adicionales al objeto del contrato de Concesión No. 007 de 2010 y que, en consecuencia, las mismas deberán ser asumidas por la convocada, deviene como consecuencia necesaria que la ANI debe adelantar las gestiones presupuestales necesarias para efectuar los pagos correspondientes a la construcción de dichas variantes, en el evento que la fuente de pago involucre recursos del Presupuesto. Así mismo, la convocada deberá obtener el Certificado de Disponibilidad Presupuestal correspondiente.

En este sentido, el Tribunal despachará favorablemente la pretensión segunda de condena de la reforma a la demanda solamente en lo que se refiere a las variantes antes referidas, con la anotación adicional de que el pago de las variantes se hará conforme se indica en este laudo y no de manera mensual como lo señala la pretensión.

9. Gastos directos e indirectos derivados de las variantes

En la Pretensión Quinta condenatoria la convocante solicita que se condene a la ANI a pagar la totalidad de costos y gastos relativos a controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos y demás actividades que caerán en cabeza directa de la Concesionaria, como consecuencia de la ejecución de las obras adicionales derivadas de la construcción de las variantes.

Observa el Tribunal que la pretensión no está planteada en términos concretos: la utilización de la expresión “y demás actividades” implica que la convocante pretende que se condene a un pago genérico, que abarque todas las actividades que surjan como consecuencia de las obras adicionales, y no solamente que se pague lo relativo concretamente a “*controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, e impuestos*”. Por esta razón, se asumirá que la pretensión va dirigida al reconocimiento de los costos indirectos derivados de la obligación de construir las variantes, concebidos globalmente y no en términos específicos.

En claro lo anterior, corresponde verificar si dichos costos indirectos ya han sido reconocidos dentro del pago de las variantes ordenado por el Tribunal en los apartados anteriores, pues si efectivamente están incluidos en la metodología de pago, no se podrían volver a reconocer en una pretensión independiente porque esto implicaría un doble pago por el mismo concepto.

La metodología de pago que se determinó en el laudo es el cálculo del valor diferencial de las obras actualizado al valor de los precios unitarios de referente INVIAS, del año de construcción de las variantes. Al analizar con detalle dichos precios unitarios INVIAS se puede observar que estos en efecto definen de manera específica los valores unitarios de los costos directos -como equipos, materiales y mano de obra-, pero también incluyen un concepto denominado gastos A.I.U., cuyas siglas refieren a Administración, Imprevistos y Utilidad, y representan los costos indirectos de la obra.

Estos costos, por regla general, son incluidos en los contratos porque permiten integrar dentro del valor total de la obra los costos colaterales que surgen como consecuencia de la realización de esta. El Consejo de Estado ha definido los componentes del A.I.U. en el siguiente sentido:

“(…) En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U)”.⁹³

⁹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 2008. Radicación número 66001-23-31-000-1995- 03254-02(15963), Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

De la misma forma, el Concepto 017713 del 6 de julio de 2010 emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo define en los siguientes términos:

“El A.I.U. forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato. En la doctrina se ha entendido que el concepto del A.I.U. corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde: **Administración: comprende los gastos para la operación del contrato, tales como los de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.;** **Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista y Utilidad: la ganancia que espera recibir el contratista.”**

Así las cosas, no cabe duda de que el A.I.U. –específicamente el componente de gastos administrativos- coincide con el concepto de costos indirectos de la obra y en esa medida, es dable afirmar que concuerda con los gastos contemplados en la Pretensión Quinta Condenatoria. Si bien es cierto que dicha pretensión plantea el reconocimiento preciso de “*controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos*”, es innegable que dichos rubros hacen parte de la categoría de gastos administrativos: no sólo porque se trata de costos indirectos, necesarios para la operación del contrato, sino porque, como ya se precisó, dicha pretensión está planteada en términos genéricos, lo que permite concluir que se busca el reconocimiento de gastos globales y no de peticiones concretas.

Con la intención de confirmar que dichos gastos A.I.U. están incluidos en los precios de referencia INVIAS, se analizó la metodología mediante la cual éstos se calculan: al indagar en los precios unitarios presentados por la parte convocante como anexo al dictamen pericial, se constata que estos están presentados en un documento Excel compuesto por varias hojas de cálculo. Cada hoja de cálculo corresponde a un rubro determinado (mano de obra, equipos, materiales, transportes, etc.). Al final, en las últimas hojas de cálculo, se hace un cómputo de cada rubro aumentado con el A.I.U., que se ve representado por un porcentaje.

De esta forma, se puede apreciar que los precios unitarios de referencia INVIAS de Cesar en 2017, que fueron aportados por el perito Jorge Carrasco en su dictamen pericial – y que por lo tanto obran en el expediente- se presentan de la siguiente forma ⁹⁴:

⁹⁴ Anexo 3 del dictamen pericial elaborado por Javier Gustavo Carrasco Tovar (Anexo digital, folio 7).

Descripción	Porcentaje	Valor Total
ADMINISTRACION	3%	487.240,21
RENTAS	4%	712.810,38
UTILIDAD	3%	457.810,38
SUBTOTAL		1.657.860,97

Para corroborar que la anterior metodología se repita en todos los análisis de precios unitarios del INVIAS expuestos por esta entidad, el Tribunal analizó los precios unitarios de referencia INVIAS en el año 2019 expuestos en la página oficial del INVIAS, donde se constata que también se incluyen los costos indirectos⁹⁵:

Descripción	Porcentaje	Valor Total
ADMINISTRACION	3%	487.240,21
RENTAS	4%	712.810,38
UTILIDAD	3%	457.810,38
SUBTOTAL		1.657.860,97

Lo anterior es confirmado en la declaración rendida por el perito Javier Carrasco donde manifiesta que una de las ventajas de escoger los precios unitarios de referencia INVIAS es que estos tienen incluido el A.I.U.:

⁹⁵ Cifras disponibles en: <https://www.invias.gov.co/index.php/informacion-institucional/hechos-de-transparencia/analisis-de-precio-unitarios#cesar>. Revisado el: 22 de abril de 2020.

“SR. CARRASCO: Los análisis de precios unitarios que empleé para el desarrollo del dictamen, para eso utilicé unos precios de referencia del Instituto Nacional de Vías, que es la entidad del Estado que regula y está encargada de la construcción de la red vial nacional, y por esa situación tiene obras en todo el país, en todos los departamentos, y periódicamente desde el año 2010 a la fecha, si no me falla la memoria, hace la tarea de recopilar precios unitarios de todas las territoriales. Esos análisis de precios unitarios vienen divididos en insumos, equipos y mano de obra que, con el esfuerzo que cada uno requiere para ejecutar una actividad en particular de las que se desarrollan en proyectos viales.

“Entonces esos precios son una excelente referencia para costear un proyecto de infraestructura vial, dado que recoge esas particularidades que están contenidas dentro de un análisis de precio unitario. Para el caso de este proyecto, utilicé los de la territorial por la cual atraviesa la vía, que es la del Cesar, y utilicé los precios unitarios específicamente las actividades que fueron valorados. Adicionalmente dentro de sus precios unitarios también ellos referencian un porcentaje de gastos de AUI, de administración, imprevistos y utilidad, y ese AIU fue el que yo utilicé, dado que como utilicé esos precios de referencia, lo más lógico era también utilizar ese porcentaje de AIU que ellos establecen”⁹⁶.

Visto todo lo anterior, para el Tribunal es claro que los precios unitarios del referente INVIAS incluyen y reconocen los costos indirectos. En esa medida, cuando el Tribunal ordenó el pago de las obras adicionales con estos precios, reconoció indirectamente los valores requeridos en la Pretensión Quinta. Por tanto, la Pretensión Quinta condenatoria, que buscaba el reconocimiento de los gastos indirectos, no está llamada a prosperar.

Por si lo anterior no fuera suficiente y se alegara que los rubros mencionados en la Pretensión Quinta -esto es controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos- no pueden ser integrados dentro de los costos indirectos del A.I.U., lo cierto es que dicha pretensión tampoco estaría llamada a prosperar. En efecto, se observa que la parte convocante afirma, tanto en la reforma de la demanda como en los alegatos de conclusión que, *“Estos costos se estiman en un 2% sobre el total del valor de las obras, lo que arroja un valor que debe reconocer la ANI por la suma de \$9.874.145208,77.- de diciembre de 2017, equivalente a \$7.111.375.735,52.- de diciembre de 2008”*. Sin embargo, en el expediente no existe prueba alguna que respalde dicha afirmación ni justificación que explique el resultado presentado. Es más, en la pretensión, la sociedad concesionaria no desagrega los componentes de dichos gastos y no se sabe cuáles son los eventuales rubros que constituyen los costos. Por tanto, el Tribunal carece de los elementos suficientes para llegar a una certeza que permita condenar por dicha suma.

Por todo lo anterior, la Pretensión Quinta condenatoria de la reforma de la demanda no puede prosperar.

⁹⁶ Página 1 de su declaración.

10. Utilidades

Con base en las mismas consideraciones relativas a la inclusión de los gastos de A.I.U. en los precios unitarios de referencia INVIAS expuestas en el numeral anterior, para el Tribunal es claro que **no es posible ordenar el pago de las utilidades**, como también se pide en la pretensión primera condenatoria, porque los precios unitarios de referencia INVIAS ya incluyen este rubro, y si se reconociera habría un doble pago por el mismo concepto.

11. Condena intereses de mora futuros: pretensión condenatoria sexta

En la pretensión sexta de condena de la demanda reformada, la convocante solicitó:

“Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A. los intereses moratorios pactados en la Sección 19.01 del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 sobre todas las sumas a las que resulte condenada la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, a partir de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se inicie la construcción de cada una de las variantes, si la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no cumpliera con sus obligaciones de pago a favor de YUMA por concepto de la construcción de cada una de las 15 variantes adicionales.”

Y en subsidio solicitó:

“Que, en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenada la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, se condene a esta entidad al pago de intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente sobre dichas sumas, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

Fluye con claridad de estas pretensiones que la Convocante busca que el Tribunal condene a la ANI al pago de intereses moratorios “**si** la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA **no cumpliera** con sus obligaciones de pago...” (Pretensión sexta de condena) o “**en caso de mora** en el pago de las sumas **a las cuales resulte condenada** la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA...” (Pretensión subsidiaria de la anterior).

De lo anterior se desprende que la Convocante pretende que este Tribunal condene de antemano, al pago de intereses moratorios si es que la Convocada llegare a incumplir con sus obligaciones de pago. Es decir, los intereses moratorios deprecados no obedecen al incumplimiento de obligaciones previamente contraídas, sino al hipotético evento de que en su momento la ANI llegue a desatender el pago de las obligaciones que por medio de este laudo se le imponen, obligaciones que, por obvias razones, en la actualidad no son exigibles.

Para el Tribunal no son procedentes este tipo de pretensiones. Los efectos que puedan llegarse a producir como consecuencia de la eventual mora en el pago, tendrán los correspondientes efectos legales y contractuales, pero no puede este Tribunal ni anticiparlos ni condenar desde ahora para ese

hipotético evento. Por estas razones se negará la pretensión sexta de condena y su subsidiaria.

12. Otras excepciones

En las anteriores consideraciones el Tribunal abordó el estudio de varias excepciones específicamente vinculadas con lo expuesto. Enseguida el Tribunal abordará el análisis de las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

12.1. Sobre la excepción denominada “Falta de debida diligencia en la obligación de verificación de la información del proyecto”

Asegura la convocada que el proponente debió haber realizado una visita al lugar del proyecto con el fin de verificar las condiciones en las que se desarrollaría el contrato, y así presentar su propuesta. Al tiempo enuncia que, si el contratista consideraba que la información otorgada por la entidad concedente no era suficiente, debió abstenerse de presentar propuesta.

Una vez valoradas las pruebas que se allegaron y los testimonios que se recibieron para probar los hechos que sustentan las Pretensiones de la demanda, encuentra el Tribunal que no hay razones que permitan afirmar que la Concesionaria no tuvo la debida diligencia en la obligación de verificación de la información del proyecto.

Por lo demás, el deber de verificación de la contratista debe partir precisamente de los lineamientos definidos en el pliego, pero no es, de ninguna forma, un escenario para que se descarguen sobre él deberes que le son propios a la entidad, en virtud del principio de planeación y previsibilidad del proyecto. En efecto, la visita al sitio de obra es una cláusula válida siempre y cuando no descargue de forma manifiestamente desproporcionada en el proponente la obligación de realizar acciones que son deber de la entidad en virtud del principio de planeación.⁹⁷ Precisamente, fue atendiendo esta lógica, que el Tribunal llegó a la conclusión que la sociedad concesionaria debía asumir la construcción de ocho (8) de las variantes. En efecto, al proponer, por iniciativa propia, la estructuración de una doble calzada en el tramo Carmen de Bolívar - Valledupar, recaen directamente sobre ella los deberes de planeación y previsibilidad de esa oferta mejorada. Por las anteriores razones considera el Tribunal que dicha excepción no está llamada a prosperar.

12.2. Sobre la excepción “Ir contra el acto propio”

La ANI propuso como excepción la que denominó “IR CONTRA EL ACTO PROPIO”, y que fundamentó de la siguiente manera:

“YUMA conoció previamente la información relevante del Proyecto y la minuta del Contrato, de acuerdo con la licitación pública que se adelantó para la contratación, adicionalmente durante la etapa precontractual tuvo la oportunidad de formular las preguntas del

⁹⁷ En este sentido, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de julio de 2008, Radicado: 8031. Consejero Ponente Mauricio Fajardo.

caso, presentar observaciones y hacer una inspección del sitio. Por lo anterior, mal hace YUMA en reclamar las consecuencias jurídicas de los riesgos que voluntaria y expresamente asumió con la suscripción del contrato, queriendo desconocer los efectos de las obligaciones que le corresponden.

Como se explicó en secciones anteriores, YUMA no empleó el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia esperado de un contratista de su calibre y envergadura, afectando la productividad de su trabajo.

En últimas, no resulta viable jurídica ni legalmente que YUMA se rebele contra las consecuencias jurídicas de sus propios actos y negligencia o falta de diligencia y cuidado profesional. Dicho actuar sugiere temeridad por parte de YUMA, y abuso del derecho lo cual es contrario al ordenamiento jurídico colombiano (Art. 839 del Código de Comercio) y debe ser rechazado tajantemente por el Tribunal” (folios 665 a 667 del cuaderno principal No. 1).

Como se observa, la Convocada señala como actos propios, contra los cuales supuestamente está ahora procediendo, (i) el haber conocido previamente la información relevante del proyecto y (ii) el haber tenido la oportunidad de formular preguntas, presentar observaciones y hacer inspecciones del sitio.

Sobre lo anterior, la excepción reprocha a Yuma por reclamar las consecuencias de los riesgos que voluntaria y expresamente asumió con la suscripción a más de enrostrarle falta de previsibilidad, cuidado y diligencia.

Así formulada la excepción, debe el Tribunal proceder a su estudio de cara a lo probado en el expediente.

Para comenzar, conviene dejar expuestas algunas nociones de la doctrina sobre la denominada doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*).

El expositor Alejandro Borda, al referirse a la aludida Teoría de los Actos Propios, anota:

“Es una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria respecto de un comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”⁹⁸ que “Se funda en la confianza que se despierta en otro sujeto de buena fe a raíz de una primera conducta realizada. Ésta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la posterior pretensión contradictoria”.⁹⁹

Por su parte, Enneccerus y Nipperdey, al estudiar la cuestión sostienen:

⁹⁸ BORDA, Alejandro. La teoría de los Actos Propios y el Silencio como Expresión de Voluntad en Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Palestra, Lima y Temis. Bogotá, 2000. Páginas 70 a 72.

⁹⁹ BORDA, Alejandro. Ob. Cit. Páginas 70 a 72.

“A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”¹⁰⁰

José Puig Brutau, sobre el particular, afirma:

“La base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o la creencia de que no se hará valer un derecho, o que tal derecho no existe”¹⁰¹

Entre otras providencias¹⁰², vale indicar que también la Corte Constitucional se ha ocupado de estudiar la cuestión, y al respecto se ha manifestado en los siguientes términos:

“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. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho”¹⁰³.

“El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

“De ello se desprende que el respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ENNECCERUS, Ludwing y Hans Carl NIPPERDEY. Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona, 1981. Página 482.

¹⁰¹ PUIG BRUTAU, José. Estudios de Derecho Comparado, la doctrina de los actos propios. Ariel, Barcelona. Página 101.

¹⁰² En igual sentido pueden consultarse las sentencias T-141 de 2003; T-323 de 2003; T-346 de 2003; T-544 de 2003; T-546 de 2003; T-550 de 2003; T-705 de 2003; T-959 de 2003 y T-733 de 2004, entre otras.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-295/99. Magistrado ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-083/03 del 6 de febrero de 2003. Expediente T-657.041. Magistrado ponente: doctor Jaime Córdoba Triviño.

“Uno de los aspectos que comporta especial importancia, corresponde al principio del respeto del acto propio dentro del desarrollo del debido proceso, según el cual, un sujeto de derecho, generador de un acto jurídico cuyo alcance tiene efectos particulares y concretos a favor de otro, no podrá modificar su acto de manera unilateral y desconsiderada, en tanto ello afectaría otros principios jurídicos y derechos como la buena fe, la confianza legítima y el debido proceso”¹⁰⁵.

De otro lado, conviene precisar, como lo expone Jaramillo Jaramillo, que la figura que se comenta requiere para su procedencia las siguientes condiciones:

- “1. Existencia de una conducta relevante, inequívoca y objetiva,*
- “2. Surgimiento de una conducta ulterior de carácter contradictorio,*
- “3. Identidad de sujetos,*
- “4. Existencia de un perjuicio real o potencial”¹⁰⁶.*

Como se advierte de las citas antes transcritas, destaca el Tribunal que para el correcto entendimiento y aplicación de la figura que se comenta, es necesario estar en presencia de una pretensión lícita o del ejercicio de un derecho que se ejerce en contradicción con comportamientos previos que llevaron a quien aduce la defensa a considerar que ese derecho no se haría valer o que es inexistente. Dicho con las palabras de la Corte Constitucional, en la referida sentencia T-295 de 1999, “[s]e trata de una limitación del **ejercicio de derechos** que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta”. El acto propio, pues, constituye un comportamiento relevante, objetivo e inequívoco que genera en determinado sujeto el convencimiento razonable de que no existe un derecho o que este no se hará valer.

Ahora bien, conviene complementar lo anterior, señalando que no siempre que se está en presencia de conductas contrarias a los propios actos debe darse aplicación a la aludida figura, pues ella es procedente solo de manera subsidiaria, esto es, a falta de regulación positiva pertinente.

“De ahí que se diga que sea de aplicación subsidiaria o residual (...) puesto que lo que persigue es resaltar la primacía jurídica y natural de otras figuras que in concreto tienen vida propia que gobiernan la actuación incoherente de modo especial, bien tolerándola, bien censurándola o impidiendo que despliegue algún efecto puntual o específico”¹⁰⁷.

O, en palabras de Fueyo Laneri:

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-959/03 del 20 de octubre de 2003. Expediente T-760580. Magistrado ponente: doctor Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁶ Cfr. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. La Doctrina de los Actos Propios. Significado y Proyección de la Regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual, Editorial La Ley. Madrid, 2014. Págs. 325 y siguientes

¹⁰⁷ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Ob. Cit. Pág. 379

“el principio jurídico que desapruueba las conductas contradictorias con las realizadas anteriormente, tiene un carácter residual, y, por lo tanto, no es invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola, sea permitiéndola”¹⁰⁸

Sobre las anteriores bases conceptuales el Tribunal procede a examinar la excepción propuesta por la Convocada a efectos de decidir sobre el particular.

Para resolver el punto es necesario recordar que del total de variantes cuyo reconocimiento y pago demanda la Convocante, este panel arbitral ha dispuesto que la Convocada deberá reconocer y pagar a la Convocante aquellas ubicadas en el tramo San Roque-Bosconia-Ye de Ciénaga. Por las razones señaladas en su oportunidad, es claro que la excepción que se comenta no tiene vocación de prosperidad en cuanto a esas precisas variantes.

Ahora bien, en lo que hace a las situadas en el tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, procede el Tribunal a definir si su decisión de no despachar favorablemente las pretensiones se funda en la excepción “IR CONTRA EL ACTO PROPIO”.

Como quedó dicho, son dos los pilares bajo los cuales la ANI edificó la excepción: (i) haber YUMA conocido previamente la información relevante del proyecto y (ii) haber tenido la oportunidad de formular preguntas, presentar observaciones y hacer inspecciones del sitio.

Para el Tribunal, estos hechos no constituyen *conductas relevantes, inequívocas y objetivas* que indiquen que no se ejercerá un derecho o que este no existe. En efecto, el hecho de haber conocido la información relevante del proyecto y de haber podido formular preguntas, presentar observaciones e inspeccionar las zonas donde se adelantarían las construcciones, no indican por ellos mismos la inexistencia de un derecho o el propósito de no ejercerlo.

Así pues, el Tribunal no puede despachar favorablemente esta excepción sobre las bases fácticas planteadas por la Convocada.

Ahora bien, debe analizarse si las demostradas bases de hecho que llevaron al Tribunal a no conceder las pretensiones de la demanda en lo relacionado con las variantes del tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, pueden o no ser vistas como constitutivas de actos propios contra los que no sería dable ir en la demanda. Específicamente corresponde establecer si la decisión unilateral, libre y voluntaria de YUMA de mejorar la oferta para el mencionado tramo es un acto propio que resultó desconocido al demandar el pago de las variantes.

Como se recordará, el Tribunal basó su decisión de despachar desfavorablemente las pretensiones en cuanto a las variantes situadas en el

¹⁰⁸ FUEYO LANERI, Fernando. La Doctrina de los Actos Propios en Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990. Pág. 309, citado por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio Op. Cit. 379.

eje Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, por cuanto YUMA debió prever que su oferta mejorada (doble calzada) podía llevar a que la autoridad ambiental impusiera la construcción de las variantes correspondientes.

Sobre estas bases entiende el Tribunal que en realidad YUMA jamás alcanzó el derecho de exigir a la ANI el reconocimiento y pago de las variantes, y por tanto mal puede afirmarse que por un acto propio dio a entender que no lo ejercería o que tal derecho no existía.

Por lo anterior debe destacarse que el correcto entendimiento de la teoría de los actos propios lleva al Tribunal a afirmar que la sinrazón de la demandante en materia de las variantes del tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar no corresponde ser tratado bajo la cuerda de la teoría de los actos propios sino con apego a las normas que regulan la asunción y reparto de los riesgos en los contratos estatales, atrás explicadas, -lo que también excluye la necesidad de acudir a la figura bajo examen- con base en las cuales el Tribunal encontró que YUMA no tiene y nunca ha tenido el derecho de exigir el reconocimiento y pago de unas variantes que fueron exigidas para el tramo al que se ha hecho alusión.

Así pues, en relación con el no reconocimiento de las variantes del eje Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar le asiste razón a la Convocada, pero el Tribunal no basará su decisión en la transgresión al deber de coherencia con los propios actos.

En consecuencia, se declarará no probada la excepción denominada “IR CONTRA EL ACTO PROPIO”, sin perjuicio de que por razones diversas se despachen desfavorablemente las pretensiones declarativas y de condena en cuanto hace a las variantes del tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar.

12.3. Sobre las excepciones “Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI” y “Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios”

Al contestar la reforma de la demanda, la ANI opuso dichas excepciones perentorias, sustentadas, la primera, en el hecho que para que se configure el incumplimiento contractual, se requiere probar la existencia de la obligación, los daños sufridos por la demandante y el nexo causal entre lo uno y lo otro, amén que, según jurisprudencia que citó, se requiere para la prosperidad de pretensiones de tal linaje, probar que el demandante ha cumplido sus propios deberes convencionales. Por su parte, la excepción de *“falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios”* se basó en la consideración según la cual los derechos pretendidos por YUMA no existen porque se desprenden de los riesgos asumidos por el concesionario, amén que la ANI no incumplió obligación alguna y tampoco se han generado daños. A su turno, adujo que YUMA demanda por unos perjuicios que aún no se le han causado *“ya que no ha empezado con la construcción de las variantes, es decir el daño no cumple los requisitos para ser indemnizado, no es cierto ni determinado.”*¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 681.

En el escrito con el que describió tales excepciones, YUMA expresó que “[...] *a controversia puesta en conocimiento del Honorable Tribunal no se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de la ANI, como parece entender esta entidad, sino de otras causas que se refieren a conceptos diferentes al del incumplimiento de la ANI*”, como “*la ocurrencia de un riesgo extraordinario no previsto por la obligación que surgió para YUMA de construir 15 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones [...] y el consecuente desequilibrio económico del Contrato [...]*”¹¹⁰. Y en lo que atañe a la excepción sobre falta de prueba de la existencia y cuantía de los perjuicios, YUMA adujo que lo que reclama es un daño futuro cierto que necesariamente habrá de soportar, pues solo falta el transcurso del tiempo para que se materialice, es decir, para que la convocante construya las 15 variantes adicionales a la única contemplada en el Pliego de Condiciones.

El Tribunal desestimaré las excepciones perentorias bajo análisis, en razón a que, como lo plantea YUMA, el presente debate procesal no versa sobre un presunto incumplimiento de las obligaciones asumidas por la ANI en el Contrato de Concesión.

En efecto, basta examinar el *petitum* de la reforma de la demanda, de manera holística, para concluir que la convocante no propuso este debate procesal por un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la entidad pública concedente, ni menos aún como un argumento para obtener la prosperidad de sus pedimentos. Aunque en sus alegatos de conclusión la demandante formuló serios reproches por el supuesto incumplimiento del deber de estructurar adecuadamente la futura concesión y por la alegada falta de tipificación y estimación del riesgo ambiental en la etapa licitatoria, es claro que el objeto sometido a decisión del Tribunal es el fijado en las pretensiones de la demanda, ninguna de las cuales, como se advirtió, plantea un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento sino un juicio de imputación del riesgo.

A su turno, como ha quedado explicado en este Laudo, la estimación parcial de algunas pretensiones no tiene como fundamento la responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la convocada, sino por las consideraciones ya realizadas por el Tribunal por la materialización de un riesgo no asumido por YUMA e imputable a la ANI.

Ahora bien, en relación a la falta de demostración de la existencia y la cuantía de perjuicios, el Tribunal observa que en la reforma de la demanda no se persigue la condena al pago de una suma fija de dinero o el reconocimiento de un perjuicio ya causado, sino el pago futuro de los valores que resulten de aplicar la metodología que fije el Tribunal para el reconocimiento del valor diferencial entre variantes y pasos poblados, circunstancia que no le impone a YUMA la carga de demostrar la existencia de perjuicios ya causados o configurados, como pareciera asumirlo la convocada en su medio exceptivo.

En atención a lo expuesto, el Tribunal declarará no probadas las excepciones de “*Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI*”

¹¹⁰ Cuaderno Principal No. 2, folio 53.

y *“Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios”*, invocadas en la contestación de la reforma de la demanda.

12.4. Sobre la excepción “La construcción de las variantes es una obligación asumida por el concesionario de acuerdo con la asignación de riesgos del contrato”

Para la Convocada, desde la licitación que dio origen al Contrato y en el mismo Contrato de Concesión, era claro que en el proyecto de Ruta del Sol Sector 3 se requería más de una variante, cuya totalidad debía correr a cargo del concesionario.

Para el Tribunal es claro que, en virtud del art. 24 de la ley 80 de 1993, no es permitida la asunción de riesgos ilimitados. Ciertamente y como se ha dicho reiteradamente, sólo son imputables a las partes aquellas contingencias que están expresamente contempladas en la matriz de riesgos del contrato y aquellos riesgos relativos a las obligaciones contractuales. En el presente caso, el riesgo de las variantes no fue contemplado en ningún escenario: en la matriz del riesgo dicho albur no fue tipificado y de las obligaciones expuestas en el pliego -es decir, la construcción de la variante de Bosconia- no era posible derivar el riesgo de las 14 variantes adicionales. Por tanto, no se trata de una obligación asumida de acuerdo con la asignación de riesgos del contrato, y en esa medida considera el Tribunal que dicha excepción no está llamada a prosperar.

12.5. Sobre la excepción denominada “No se ha roto el equilibrio financiero del contrato”

Para el Tribunal esta excepción se encuentra parcialmente probada, pues el equilibrio económico del contrato sí se rompió en lo relativo a las seis (6) variantes derivadas de la construcción de doble calzada, establecida en el alcance básico de la oferta. Dichas variantes constituyen un riesgo extraordinario en la medida que, como se ha dicho, no fueron contempladas en el pliego de condiciones por la entidad, encargada de fijar y estructurar las obligaciones allí contenidas. Por lo tanto, se trata de una prestación que no estaba incluida dentro del objeto contractual inicialmente pactado por las partes y excede los marcos de la ecuación contractual. En lo relativo a las ocho (8) variantes ubicadas en el tramo Carmen de Bolívar-Valledupar, no hay una ruptura del equilibrio económico del contrato, en la medida que se trata de situaciones que debieron ser previstas por la sociedad concesionaria -por cuanto en ese escenario es la contratista quien debe determinar el alcance de la obligación- y por tanto hacen parte de los riesgos inherentes a la oferta mejorada presentada.

Por haber el Tribunal concluido que en efecto el equilibrio económico del contrato sí se rompió en lo relativo a las seis (6) variantes derivadas de la construcción de doble calzada- establecida en el alcance básico de la oferta-, la anterior excepción habrá de prosperar parcialmente.

CAPÍTULO III COSTAS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO PRESTADO

1. Teniendo en cuenta la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, de conformidad con el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas generales. En ese sentido, advierte que la prosperidad de las pretensiones se dio a pesar de la férrea oposición de la parte demandada a su reconocimiento; pero, a su vez, la defensa adelantada por la entidad pública resultó efectiva en cuanto se refiere al resto de pretensiones y, en ese plano, los árbitros encuentran un equilibrio entre la acción y la defensa de cara a esta controversia.

No obstante, los costos del proceso, por concepto de honorarios y gastos, debían ser cubiertos en igual proporción por las partes. Al respecto se tiene que dentro del plazo legal la parte convocante efectuó el giro de los honorarios y gastos que le correspondían, según lo dispuesto en Auto No. 25 del 2 de octubre de 2018, así como el que estaba a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, quien no cumplió con su carga. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 el Tribunal dispondrá que la ANI reembolse a YUMA CONCESIONARIA S.A. el 50% de dichas expensas que ascendieron a la suma de \$1.863.900.000, incluyendo el capital y el impuesto al valor agregado –IVA–, suma que causa intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el día siguiente al vencimiento del plazo para consignar, esto es, desde el 25 de octubre de 2018, y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

2. En cuanto tiene que ver con el juramento estimatorio, se tiene que de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda...”*, como efectivamente lo hizo la demandante.

Señala esa disposición que *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”*.

A su vez, el párrafo de dicha disposición indica que *“También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*. Sin embargo, advierte que *“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

En este sentido, parte de las pretensiones de la demanda no han de prosperar por carencia de causa y no por un justiprecio inadecuado.

A lo anterior se agrega que, conforme al texto de la referida disposición y a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, no observa el Tribunal temeridad, ligereza ni impericia alguna en la formulación del juramento estimatorio por la demandante.

Por lo anterior no resulta del caso imponer sanción alguna por el juramento estimatorio prestado.

3. Los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, una vez cancelados los que se hubieren generado, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a la demandante, quien los sufragó.

CAPÍTULO IV PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre YUMA CONCESIONARIA S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, declarar parcialmente probada la excepción de mérito propuesta por la demandada denominada “*No se ha roto el equilibrio financiero del contrato*”.

Segundo. Por las razones señaladas en la parte motiva de este laudo, declarar no probadas las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda reformada.

Tercero. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, declarar que la Sección 3.1.4 (c) del Apéndice Técnico Parte A del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, señala lo siguiente:

“Variantes de Población:

Se incluye en el Sector la Variante de Bosconia, para la que se ha previsto intersecciones a nivel tipo glorieta con las vías que intercepta. Toda variante construida debe ser diseñada y desarrollada como una vía cerrada y protegida, con el propósito de evitar invasiones al derecho de vía en el futuro.”

“Cuadro 4. Variantes de Población”

Variante	Descripción	Ramal	Inicio		Final	
			PR Inicio	Ruta	PR Final	Ruta
Bosconia	Se conforma como anillo vial con intersecciones tipo glorieta para los cruces hacia Santa Marta, Cartagena, Valledupar y Bogotá.	Bogotá - Cartagena	85+60 0	4516	24+000	8003
		Cartagena - Santa Marta	24+000	8003	3+000	4517
		Santa Marta - Valledupar	3+000	4517	28+100	8003
		Valledupar - Bogotá	28+100	8003	85+600	4516

De esta manera, prospera la primera pretensión declarativa de la demanda reformada.

Cuarto. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, declarar que de conformidad con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y las aclaraciones hechas al mismo en relación con el número de variantes a construir, la obligación de YUMA CONCESIONARIA S.A. era construir una (1) variante.

De esta manera, prospera la segunda pretensión declarativa de la demanda reformada.

Quinto. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, declarar que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 y sus aclaraciones, en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y el Otrosí No. 7, sólo se previó la construcción de una (1) variante.

De esta manera, prospera la tercera pretensión declarativa de la demanda reformada.

Sexto. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, declarar que, de conformidad con lo contenido en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, mediante actos administrativos en firme, impuso a YUMA CONCESIONARIA S.A., la obligación de construir 14 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, a saber:

Número	Variante	Licencia ambiental	Tramo
1	Cuatro Vientos	Res. 0928	Tramo 2
2	El Difícil	Res. 1384	Tramo 6 y 7
3	Nueva Granada	Res. 1384	Tramo 6
4	Plato	Res. 1084	Tramo 6
5	El Bajo	Res. 296	Tramo 6
6	La Gloria	Res. 296	Tramo 6
7	Pueblo Nuevo	Res. 296	Tramo 7
8	El Copey	Res. 1208	Tramo 3
9	Loma del Bálsamo	Res. 1208	Tramo 3
10	La Gran Vía	Res. 1208	Tramo 4
11	La Isabel	Res. 1208	Tramo 4
12	Julio Sawady	Res. 1208	Tramo 4
13	Maria Angola	Res. 1208	Tramo 8
14	Aguas Blancas	Res. 1208	Tramo 8

De esta manera, prospera la cuarta pretensión declarativa de la demanda reformada.

Séptimo. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva, declarar que la construcción de las seis (6) variantes denominadas Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela, excede y desborda el alcance del objeto contratado y conlleva un riesgo extraordinario que YUMA CONCESIONARA S.A. no está obligada a soportar.

De esta manera, prospera parcialmente la pretensión quinta declarativa.

Octavo. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva, declarar que la construcción de las seis (6) variantes denominadas Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela, constituye un riesgo extraordinario no previsto que YUMA CONCESIONARIA S.A. no está en la obligación de soportar.

De esta manera, prospera parcialmente la pretensión sexta declarativa.

Noveno. Por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva, declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tiene la obligación de reconocerle a YUMA CONCESIONARIA S.A., como obra adicional, el valor de las siguientes seis (6) variantes no previstas y adicionales al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-001-2010, sus aclaraciones y el Contrato de Concesión No. 007 de 2010, obtenido de conformidad con la metodología indicada en la referida parte motiva del presente Laudo Arbitral:

No.	Variante	Licencia Ambiental
1	Cuatro Vientos	Resolución 0928
8	El Copey	Resolución 1208
9	Loma de Bálsamo	Resolución 1208
10	La Gran Vía	Resolución 1208
11	La Isabel	Resolución 1208
12	Zawady	Resolución 1208

En consecuencia, prospera parcialmente la décima pretensión declarativa de la reforma de la demanda.

Décimo. Por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva, declarar que, de conformidad con lo acordado en la Cláusula Novena del Otrosí No. 7, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA deberá reconocer a YUMA CONCESIONARIA S.A. el valor de la construcción de la variante de San Roque, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones y supuestos definidos por las partes en el referido Otrosí y siguiendo la metodología y consideraciones definidas en el presente Laudo Arbitral.

De esta manera, prospera parcialmente la pretensión decimoprimer a declarativa de la reforma de la demanda.

Undécimo. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva, condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A. la diferencia entre (i) el costo de las obras adicionales para construir las seis (6) variantes a reconocer (Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady y La Isabela) y (ii) el costo total de las obras de los correspondientes seis (6) pasos poblacionales, valor que se obtendrá mediante la metodología enunciada en la parte considerativa.

De esta manera, prospera parcialmente la pretensión primera de condena de la reforma de la demanda.

Duodécimo. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva de este laudo, ordenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA adelantar todas las gestiones presupuestales necesarias para efectuar a YUMA CONCESIONARIA S.A el pago de las variantes Cuatro Vientos, Copey, Loma del Bálsamo, La Gran Vía, Zawady, La Isabela y San Roque, y obtener el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, según quedó explicado, siempre y cuando la fuente de pago involucre recursos del Presupuesto.

De esta manera, prospera parcialmente la segunda pretensión de condena de la demanda reformada.

Decimotercero. Por las razones y con el alcance señalados en la parte motiva, condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, una vez expedido y en firme por la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES el acto administrativo de licencia ambiental, a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A. la diferencia entre (i) el costo total de las obras para realizar la variante de San Roque y (ii) el costo total de las obras

correspondientes al paso poblacional, valor que se pagará de acuerdo con la metodología determinada en el laudo.

De esta manera, prospera parcialmente la tercera pretensión de condena de la demanda reformada.

Decimocuarto. Por las razones señaladas en la parte motiva de este laudo, denegar las demás pretensiones de la demanda reformada.

Decimoquinto. Condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a YUMA CONCESIONARIA S.A. la suma de mil ochocientos sesenta y tres millones novecientos mil pesos (\$1.863.900.000) moneda corriente, incluyendo el capital y el impuesto al valor agregado –IVA–, por concepto del reembolso del 50% de los costos del proceso por honorarios y gastos, suma que causa intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el 25 de octubre de 2018 y hasta el momento en que cancele la totalidad de las mismas.

Decimosexto. Disponer que los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, una vez cancelados los que se hubieren generado, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a la demandante, quien los sufragó.

Decimoséptimo. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo a cada una de las partes con las constancias de ley.

Decimoctavo. Disponer que por Secretaría se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

CÉSAR NEGRET MOSQUERA
Presidente

SERGIO MUÑOZ LAVERDE
Árbitro

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Árbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ
Secretario