

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020).

Agotado el trámite arbitral y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento, por decisión unánime, a proferir el Laudo que pone fin al proceso entre Autopistas de la Sabana S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO

1.1. El contrato

Las diferencias entre las partes sometidas a la decisión de este Tribunal se derivan del “CONTRATO DE CONCESIÓN N° 002” suscrito el 6 de marzo de 2007 (en adelante “el Contrato” o “el Contrato de Concesión”), cuyo objeto quedó recogido en la Cláusula 2, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO.

El presente CONTRATO tiene por objeto la realización de los Estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión local, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto vial “Córdoba – Sucre” (...).

1.2. Partes del proceso

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que en relación con cada una obran en el expediente:

PARTE CONVOCANTE:

AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S, sociedad comercial, constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia mediante escritura pública N° 276 otorgada el 6 de febrero de 2007 en la Notaría 40 del Círculo de Bogotá, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con el Nit N° 900135168-3.

PARTE CONVOCADA:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, agencia nacional estatal de naturaleza especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, según Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011.

Ambas partes, en su condición de personas jurídicas válidamente constituidas y legalmente existentes, tienen capacidad para disponer y actuaron en este proceso representadas por apoderados judiciales debidamente constituidos, a quienes en su debida oportunidad este Tribunal les reconoció personería.

1.3. Pacto arbitral

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula 64 del Contrato de Concesión N° 002 de 2007, en los términos en que fue modificada mediante el documento “*Modificadorio Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Cláusula Compromisoria.*” y el Otrosí N° 5, cuyo texto es el siguiente:

“CLÁUSULA 64. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Las diferencias o controversias que surjan con ocasión de la suscripción, validez, ejecución, interpretación, terminación o liquidación del presente contrato, procurarán resolverse directamente entre las partes, mediante acuerdo recíproco, en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que una de ellas comunique a la otra el motivo del conflicto o de la controversia y la convoque para su arreglo directo.*

Vencido este término sin que se llegue a un acuerdo, las diferencias o controversias existentes entre las partes relacionadas con la ejecución, interpretación, terminación o liquidación del presente contrato, sus adicionales y sus otrosíes, y en general toda controversia relacionada con el mismo, se someterán a la decisión definitiva y vinculante de un Tribunal de Arbitramento en derecho convocado por cualquiera de las partes, sin perjuicio de lo establecido en las cláusulas 15, 16, 17 y 18 del contrato de concesión.

El Tribunal de Arbitramento se regirá por las siguientes reglas:

- 1. El trámite arbitral se llevará a cabo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- 2. El Tribunal estará integrado por tres (3) Árbitros y tres (3) suplentes designados de común acuerdo por las partes.*

Para tales efectos han designado a las siguientes personas, abogados de profesión, para que integren el Tribunal de Arbitramento que dirimirá las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la suscripción, validez, ejecución, interpretación, terminación o liquidación del contrato No. 002 de 2007, sus adicionales y otrosíes, cuyo objeto es “ESTUDIOS, DISEÑOS DEFINITIVOS, GESTIÓN PREDIAL, GESTIÓN SOCIAL, GESTIÓN AMBIENTAL, FINANCIACIÓN, CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO CONCESIÓN VIAL CÓRDOBA – SUCRE”.

PRINCIPALES

- 1. JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR*
- 2. GERMÁN GÓMEZ BURGOS*
- 3. RODRIGO NOGUERA CALDERÓN*

SECUNDARIOS

- 1. JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO*
- 2. ADELAIDA ANGEL ZEA*
- 3. HERNANDO YEPES ARCILA*

Si llegado el momento de presentarse la controversia, el Tribunal de Arbitramento no puede conformarse porque las personas designadas para el efecto, por cualquier causa, no pueden hacer parte del mismo, la designación del árbitro faltante se realizará de común acuerdo entre las partes. En caso

de no lograrse acuerdo la designación será realizada por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”

1.4. Los árbitros y su designación

En el pacto arbitral contenido en la cláusula 64 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, modificada por el Otrosí No. 5, las partes acordaron designar como árbitros principales para la integración de este Tribunal a los doctores Jorge Enrique Ibañez Najar, Germán Gomez Burgos y Rodrigo Noguera Calderón, y como suplentes a los(a) doctores(a) Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Adelaida Ángel Zea y Hernando Yepes Arcila.

Mediante comunicaciones del 23 de febrero de 2018 el Centro de Arbitraje informó a los árbitros de su designación. Los doctores Germán Gomez Burgos y Rodrigo Noguera Calderón manifestaron su aceptación dentro del término legal. Con comunicación del 2 de marzo de 2018 el doctor Jorge Enrique Ibañez manifestó su imposibilidad de aceptar la designación, razón por la cual, mediante comunicación del 9 de marzo del mismo año, el Centro de Arbitraje informó de la designación al doctor Juan Carlos Esguerra, como árbitro suplente, quien manifestó su aceptación con escrito del 12 de marzo.

Mediante escrito recibido el 27 de marzo de 2018, la Parte Convocada manifestó dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros. En cuanto al doctor Juan Carlos Esguerra expresó el ánimo de relevarlo como árbitro para el presente trámite, con fundamento en la información suministrada, y en relación con los doctores Noguera Calderón y Gómez Burgos solicitó la ampliación de la información revelada al momento de aceptar la designación.

En consideración a lo anterior, con escrito del 4 de abril de 2018 el doctor Juan Carlos Esguerra declinó su aceptación a la designación como árbitro y con escritos del 4 y 9 de abril los doctores Germán Gómez y Rodrigo Noguera, respectivamente, ampliaron la información suministrada.

El 2 de mayo de 2018 el Centro de Arbitraje informó de la designación a la doctora Adelaida Ángel Zea, como árbitro suplente, quien manifestó su imposibilidad de aceptar.

El 3 de mayo de 2018 el Centro de Arbitraje informó de la designación al doctor Hernando Yepes Arcila, como árbitro suplente, quien manifestó su aceptación con escrito del 7 de mayo de 2018.

1.5. Laudo en derecho y término de duración del proceso

En virtud de lo dispuesto en el pacto arbitral y en el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, el laudo deberá proferirse en derecho.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 el término de duración del proceso es de seis (6) meses al cual deberá añadirse la prórroga de tres (3) meses solicitadas por las partes y decreta por el Tribunal (Acta No. 25), así como las suspensiones que fueron solicitadas por las partes, según lo dispuesto en la ley. Así, teniendo en cuenta que la Primera Audiencia de Trámite finalizó el 11 de marzo de 2019 y que, por solicitud de las partes, el proceso estuvo suspendido desde el 12 de marzo hasta el 2 de abril de 2019, ambas fechas inclusive; desde el 10 de abril hasta el 14 de mayo de 2019, ambas fechas inclusive; desde el 21 hasta el 28 de mayo de

2019, ambas fechas inclusive; desde el 27 de junio hasta el 14 de julio de 2019, ambas fechas inclusive; desde el 19 de julio hasta el 4 de agosto de 2019, ambas fechas inclusive; desde el 30 de agosto hasta el 10 de octubre de 2019, ambas fechas inclusive; desde el 16 de noviembre hasta el 4 de diciembre de 2019, ambas fechas inclusive; para un total de 108 días hábiles de suspensión, el término del proceso vence el 20 de mayo de 2020, y por lo tanto, el Tribunal, se encuentra dentro del término para proferir el laudo.

2. TRÁMITE INICIAL

1. El 22 de febrero de 2018, la Parte Convocante, por conducto de apoderado especial, presentó ante el Centro de Arbitraje la solicitud de convocatoria de este Tribunal de Arbitramento.
2. Surtido el trámite mencionado en el apartado anterior, el 18 de junio de 2018, previa convocatoria por parte del Centro de Arbitraje, en presencia de los árbitros, del apoderado judicial de la Parte Convocante y del representante del Centro de Arbitraje, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal. En el transcurso de la audiencia se nombró como Presidente del Tribunal al doctor Hernando Yepes Arcila; se declaró legalmente instalado el Tribunal; se designó como Secretario al doctor Diego Fernando Morales Gil; se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la Sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicada en la Calle 76 No. 11-52 de Bogotá; se reconoció personería al apoderado judicial de la Convocante; se admitió la demanda presentada por dicha parte; se ordenó la notificación de la providencia a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso, y corrió traslado de la misma por el término de 20 días.
3. Previa aceptación de la designación, el Secretario designado tomó posesión ante el Tribunal el 5 de junio de 2018.
4. Mediante correos electrónicos y correos certificados enviados el 6 de julio de 2018, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso, el Secretario procedió a notificar el auto admisorio de la demanda a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
5. El 11 de julio de 2018, la Parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, el cual fue negado por el Tribunal mediante Auto de 24 de julio de 2018, previo traslado a la Parte Convocante.
6. El 5 de octubre de 2018, la Parte Convocada presentó la contestación a la demanda y demanda de reconvención, la cual fue admitida mediante Auto de 8 de octubre de 2018, corriendo traslado de la misma a la Convocante por el término de 20 días.
7. Mediante escrito recibido el 13 de noviembre de 2018, la Parte Convocante contestó la demanda de reconvención.
8. Mediante Auto de 16 de noviembre de 2018, el Tribunal corrió traslado a las partes de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento

estimatorio contenidas en los escritos de contestación a la demanda y contestación a la reconvencción.

9. Las partes recorrieron los referidos traslados con escritos presentados el 27 de noviembre de 2018.
10. El 27 de noviembre de 2018 la Parte Convocante reformó la demanda, la cual fue admitida mediante providencia del 28 de noviembre de 2018 ordenando el traslado de la misma a la Parte Convocada. Dicha providencia fue notificada por correo electrónico del 4 de diciembre de 2018.
11. El 7 de diciembre de 2018 la Parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda, el cual negado por el Tribunal, previo traslado a la Convocante, mediante Auto de 17 de diciembre de 2018, notificado a las partes el 20 de diciembre.
12. El 8 de enero de 2019, la Parte Convocada contestó la reforma a la demanda.
13. Mediante fijación en lista del 11 de enero de 2019 se corrió traslado a la Parte Convocante de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio contenidas en el escrito de contestación a la reforma de la demanda: La Convocante recorrió dichos traslados mediante correo electrónico del 16 de enero de 2019.
14. Con escrito recibido el 21 de enero de 2019 la Parte Convocada reformó la demanda de reconvencción, admitida por el Tribunal mediante providencia del 22 de enero de 2019 ordenando el traslado de la misma a la Parte Convocante.
15. El 4 de febrero de 2019 la Parte Convocante contestó la reforma de la demanda de reconvencción.
16. Mediante fijación en lista del 6 de febrero de 2019 se corrió traslado a la Parte Convocada de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio contenidas en el escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvencción. La Convocada recorrió dichos traslados mediante escritos recibidos el 13 de febrero 2019.
17. El 14 de febrero de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en presencia de los representantes legales y los apoderados judiciales de las partes. Teniendo en cuenta las manifestaciones de las partes, no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio, razón por la cual el Tribunal declaró fracasada y concluida la conciliación. Mediante Auto proferido en la misma audiencia se decretaron las sumas por concepto de honorarios y gastos del proceso.
18. El 26 de febrero de 2019 la Parte Convocante depositó las sumas decretadas a su cargo por concepto de honorarios y gastos del proceso. La Parte Convocada no hizo el depósito en la oportunidad procesal prevista en el inciso primero de la Ley 1563 de 2012.
19. El 4 de marzo de 2019, dentro de la oportunidad prevista en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la Parte Convocante depositó a órdenes del Presidente del Tribunal las sumas decretadas a

cargo de la Parte Convocada por concepto de honorarios y gastos del presente trámite arbitral.

20. El 11 de marzo de 2019 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en el curso de la cual, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda reformada, así como sobre las excepciones planteadas frente a éstas y decretó las pruebas del proceso.

3. DESARROLLO DEL PROCESO

Las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal se practicaron en su totalidad, razón por la cual mediante Auto proferido el 5 de noviembre de 2019 el Tribunal declaró terminada la etapa probatoria.

En audiencia que se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2019 las partes presentaron sus alegatos de conclusión. A su vez, en la referida audiencia, el Procurador Judicial designado para este proceso presentó el concepto del Ministerio.

4. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

4.1. Las pretensiones de la demanda reformada

La Parte Convocante solicitó al Tribunal despachar favorablemente las pretensiones que se transcriben a continuación:

“II.- PRETENSIONES PRINCIPALES

Con fundamento en los hechos que adelante se describen, en aplicación de la ley solicito se acceda a las siguientes pretensiones¹:

1. EN RELACIÓN CON EL BENEFICIO TRIBUTARIO POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS:

PRIMERA. - *Que se DECLARE que la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS, como todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta en Colombia, podía deducir en sus declaraciones de impuesto de renta, en los porcentajes y condiciones de ley, las inversiones que realizara en activos fijos reales productivos, derecho legal consagrado en las leyes 863 de 2003, 1111 de 2006 y 1370 de 2009, el cual le permitía gozar de los beneficios económicos fiscales que esa deducción representaba.*

SEGUNDA. - *Que se DECLARE que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Contrato Adicional No. 2 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional.*

TERCERA. - *Que se DECLARE que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Contrato Adicional No. 3 al*

¹ Artículo 141 de la ley 1437 de 2011. *Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. (...) (subrayo).*

Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional.

CUARTA. - *Que se DECLARE que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos empleado por el INCO en las estimaciones y cálculos de la estructuración financiera de los Contratos Adicionales Nos. 2 y 3, tuvo como finalidad proyectar, para tener en cuenta, el menor impuesto a pagar que tendría el CONCESIONARIO por esa prerrogativa fiscal y demás beneficios económicos fiscales, para trasladar el valor calculado en beneficio del proyecto y reducir los aportes que debía hacer el INCO para garantizar la financiación de su ejecución.*

QUINTA. - *Que se DECLARE que la reducción, primero, y la eliminación, posterior, del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, afectó desfavorablemente la estructura financiera y la conmutatividad considerada para consentir la celebración de los contratos adicionales Nos. 2 y 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, causando efectos económicos desfavorables al CONCESIONARIO.*

SEXTA. - *Que, como consecuencia de lo anterior, se DECLARE que el CONCESIONARIO tiene el derecho legal y contractual a ser compensado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, entidad estatal que se subrogó de los derechos y obligaciones contractuales del INCO, en una cantidad de dinero equivalente a la afectación económica sufrida por la disminución y la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos.*

SÉPTIMA. - *Que se DECLARE que la afectación económica sufrida por el CONCESIONARIO, en lo que va corrido de la ejecución del Proyecto, como consecuencia de la disminución y de la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, asciende a \$18.422.182.000 (diez y ocho mil cuatrocientos veintidós millones ciento ochenta y dos mil pesos), por concepto de impuesto de renta pagado.*

OCTAVA. - *Que, como consecuencia de lo anterior, se CONDENE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagarle a la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS la suma de **\$18.422.182.000** y, en todo caso, la suma de dinero necesaria para compensarle los efectos económicos adversos ocasionados por la disminución y la eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos considerados en la estructuración financiera de los Contratos Adicionales Nos. 2 y 3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.*

NOVENA. - *Los valores de condena de la pretensión anterior deberá actualizarse con el IPC, desde la fecha en la que el CONCESIONARIO sufrió la afectación económica, es decir desde que el CONCESIONARIO hizo los pagos a la DIAN por impuesto de renta y hasta la fecha del laudo.*

DÉCIMA. - *Que se DECLARE que, desde el año 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2017, en virtud de la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos asociados a los contratos adicionales 2 y 3 (cláusulas cuartas), en ese periodo, el monto total derivado de la imposibilidad de acumular pérdidas fiscales, asciende a la*

suma de \$46.821.960.124²; el mayor valor de anticipo de renta pagado por el concesionario asciende a \$5.806.831.060³; el mayor saldo a favor de impuesto de renta que se habría generado sería de \$3.916.340.040⁴ y los excesos de renta presuntiva sobre renta líquida acumulados pendientes de compensar, ascenderían a \$3.220.788.324⁵

DÉCIMA PRIMERA Solicito que se **DECLARE**, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones primera a quinta y de la pretensión anterior, que la ANI está obligada contractual y legalmente a adoptar las medidas de ajuste de la estructuración financiera del Contrato de Concesión, introduciendo una fórmula, un mecanismo o procedimiento de ajuste, medida o adición contractual que sustituya los efectos adversos que se esperan por la eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos, con el fin de reestablecer la estructura financiera equivalente al momento de su celebración.

2. EN RELACIÓN CON EL DEPÓSITO DE SUMAS DE DINERO POR PARTE DEL CONCESIONARIO REQUERIDAS PARA LA ADQUISICIÓN PREDIAL, SUPERIORES AL RIESGO CONTRACTUAL ASUMIDO POR ÉSTE EN MATERIA PREDIAL.

DÉCIMA SEGUNDA. – Solicito que se **DECLARE** que el **CONCESIONARIO** cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$8.601.000.000, a precios de 2005 (\$9.405.987.731 a precios del 01/11/2007, fecha de consignación), en la Subcuenta 2 del fideicomiso, para adquirir los predios del Alcance Básico del proyecto y/o sus mejoras, como estaba pactado en el contrato; así como depositó la suma adicional de \$3.128.918.948, a pesos corrientes del 18 de noviembre de 2009, que correspondió al 30% adicional del depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por el **CONCESIONARIO** en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007⁶.

DÉCIMA TERCERA. – Solicito que se **DECLARE** la ocurrencia del “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, pactado en las cláusulas 1.80 (definiciones) y 37 (Adquisición de Predios) del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el **CONCESIONARIO** depositó sumas adicionales a la que asumió como su parte del riesgo predial, de acuerdo con el Alcance Básico del contrato.

DÉCIMA CUARTA. – Que se **DECLARE** que el concesionario efectuó fondeos en exceso a la subcuenta 2 del Fideicomiso, que corresponden al “Riesgo de Adquisición de Predios” del Alcance Básico asumido contractualmente por la ANI, por la suma de \$29.500.000.000, a pesos corrientes de la fecha de cada consignación, de los cuales la ANI adeuda al **CONCESIONARIO**, con corte a 30 de septiembre de 2018, por concepto de capital, la suma de **\$5.255.261.694**⁷.

DÉCIMA QUINTA. – Solicito que se **DECLARE** que el **CONCESIONARIO** cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.284.501.316, a pesos constantes del 31 de diciembre de 2005 (\$5.463.885.448 a la fecha de su

² Ver páginas 21 a 29, cuadros 4 “Proyección de las declaraciones de renta con el beneficio tributario correspondiente a los Adicionales 2 y 3 sin la inversión en predios del Adicional 3” y 5 “Proyección de pérdida fiscal pendiente por compensar con el beneficio tributario correspondiente a los Adicionales 2 y 3” del Dictamen Pericial de EY.

³ Ver página 31, cuadro 7 “Resumen del efecto del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos correspondiente a los Adicionales 2 y 3” del dictamen pericial de EY

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶ Ver página 39, cuadro 13. Fondeos en exceso para el Alcance Básico, del Dictamen Pericial de EY.

⁷ Ibidem

consignación), en la subcuenta de predios del Otrosí No. 3, como estaba pactado en el contrato; así como la suma adicional de \$ 1.707.274.441, a pesos corrientes, que correspondió al 30% adicional del depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por el CONCESIONARIO en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007⁸.

DÉCIMA SEXTA. - Solicito que se **DECLARE** la ocurrencia del “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, pactado en las cláusulas 1.80 (definiciones) y 37 (Adquisición de Predios) del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el CONCESIONARIO depositó en la Subcuenta de Predios del Otrosí No. 3 sumas adicionales a la que asumió como su parte del riesgo predial.

DÉCIMA SÉPTIMA. – Solicito que se **DECLARE** que el CONCESIONARIO efectuó fondeos en exceso a la subcuenta de predios del Otrosí No. 3, que corresponden al “Riesgo de Adquisición de Predios” asumido contractualmente por la ANI, por la suma de **\$10.655.963.150**, a pesos corrientes a la fecha de cada consignación. de los cuales la ANI adeuda al CONCESIONARIO, con corte a 30 de septiembre de 2018, la totalidad del capital fondeado⁹.

3. EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE PREDIOS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DEL ADICIONAL NO. 3 CON RECURSOS DE LA SUBCUENTA 2 DEL FIDEICOMISO, DESTINADOS A LA EJECUCIÓN DE OBRAS DEL ALCANCE BÁSICO.

DÉCIMA OCTAVA. – Solicito que se **DECLARE** que el CONCESIONARIO adquirió unos predios necesarios para la ejecución de las obras pactadas en el Contrato Adicional No. 3 con recursos de la subcuenta 2 del Fideicomiso -y no de la Subcuenta de Predios del adicional 3 del mismo-, por un valor de \$3.838.212.376, los cuales no han sido considerados como exceso de fondeo de la Subcuenta de Predios del Alcance Básico ni, por tanto, como parte del riesgo predial a cargo de la ANI.

DÉCIMA NOVENA. - Que se **DECLARE** que el CONCESIONARIO instruyó a la Fiduciaria que administra el Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión, reintegrar el valor de \$3.838.212.376, transfiriendo los recursos de la subcuenta de predios del Adicional No. 3 a la subcuenta 2 del Fideicomiso, el día 15 de febrero de 2012.

VIGÉSIMA. - Que se **DECLARE** que la ANI descontó el valor de \$3.838.212.376 del primer pago por fondeos en exceso de la Subcuenta 2 (predial alcance básico), de acuerdo con el acta aclaratoria al acta de entendimiento del 10 de abril de 2012.

VIGÉSIMA PRIMERA. – Solicito se **DECLARE** que el valor de \$3.838.212.376, depositados por el CONCESIONARIO, según las pretensiones anteriores, corresponden a fondeos en exceso de la Subcuenta 2 del fideicomiso para adquisición de predios y por lo tanto la ANI tiene la obligación de pagar al concesionario dicha suma, la cual está incluida en los \$29.500.000.000 de fondeos en exceso efectuados por el Concesionario.

VIGÉSIMA SEGUNDA. - Que se **DECLARE** que la suma de **\$3.838.212.376**, fondeada por el CONCESIONARIO en la Subcuenta 2 del Fideicomiso para obras del Alcance Básico, fue utilizada para la adquisición de predios del

⁸ Ver página 40, cuadro 14. Fondeos en exceso para el Otrosí No.3, del Dictamen Pericial de EY.

⁹ Ibidem

adicional No. 3 y, por tal razón, debe incluirse en el cálculo del riesgo predial y, por la prosperidad de las pretensiones anteriores, sumarse al riesgo de adquisición de predios a cargo de la ANI.

4.- EN RELACIÓN CON PAGOS DE PREDIOS POR ORDEN JUDICIAL

VIGÉSIMA TERCERA. – Solicito que se *DECLARE* que el *CONCESIONARIO*, para dar cumplimiento a la orden judicial emanada del juez 1° Civil del Circuito de Sincelejo, el 30 de septiembre de 2014 consignó la suma de \$1.264.583.180 como depósito judicial, con recursos de la subcuenta principal y no de la subcuenta 2, como correspondía.

VIGÉSIMA CUARTA. – Solicito que, como consecuencia de la anterior pretensión, se incluya la suma de **\$1.264.583.180** como un valor que hace parte del riesgo asumido por la ANI en la adquisición de predios.

5.- EN RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL Y LEGAL DE INTERESES

VIGÉSIMA QUINTA. – Solicito que se *DECLARE* que, de conformidad con lo pactado en el contrato, la ANI debe reconocer y pagar al *CONCESIONARIO* una tasa de interés remuneratorio igual al DTF + 5, sobre todas las sumas fondeadas por el *CONCESIONARIO* en exceso del riesgo predial asumido por éste, durante los 18 meses siguientes a cada uno de los correspondientes depósitos en exceso.

VIGÉSIMA SEXTA. – Solicito que se *DECLARE* que, de conformidad con lo pactado en el contrato, la ANI debe reconocer y pagar al *CONCESIONARIO* una tasa de interés moratorio igual al ((DTF +5) x 2), sin exceder la tasa máxima legal, sobre todas las sumas fondeadas por el *CONCESIONARIO* en exceso del riesgo predial asumido por éste, una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho (18) meses siguientes a la fecha de cada depósito y hasta la fecha de pago.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. - Solicito que se *DECLARE* que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil colombiano, los pagos efectuados por la ANI después de haber transcurrido los dieciocho (18) meses de plazo máximo para cumplir su obligación de reembolso de los depósitos efectuados en exceso, se deben imputar primero a los intereses moratorios, luego a los remuneratorios y el saldo como abono a capital.

VIGÉSIMA OCTAVA. - Solicito se *DECLARE* que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados y liquidados sobre el capital adeudado por concepto de riesgo predial del Alcance Básico del contrato, a cargo de la ANI, utilizada para adquirir predios con recursos fondeados en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, ascienden a la suma de \$777.651.240 y los intereses moratorios a la suma de \$2.566.697.806, para un total de intereses pendiente de reconocimiento y pago de **\$3.444.349.046**¹⁰.

VIGÉSIMA NOVENA. - Solicito se *DECLARE* que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados respecto de las cantidades de dinero que corresponden al riesgo predial del Otrosí No. 3, a cargo de la ANI, liquidados sobre los fondeos en exceso pendientes de reconocimiento y pago, ascienden a la suma de \$1,438,897.468 y los

¹⁰ Ver página 42, cuadro No. 15. Cálculo de intereses Alcance Básico, del Dictamen Pericial de EY

intereses moratorios a la suma de \$3.131.082.167, para un total pendiente de reconocimiento y pago por intereses de **\$4.569.979.635**¹¹.

TRIGÉSIMA. - Solicito se *DECLARE* que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados y liquidados sobre el capital adeudado de \$3.838.212.376, fondeada por el *CONCESIONARIO* en la Subcuenta 2 del Fideicomiso para obras del Alcance Básico, utilizada para la adquisición de predios del adicional No. 3 e incluida en el cálculo del riesgo predial, de conformidad con la prosperidad de la pretensión vigésima segunda, ascienden a la suma de \$572.700.473 y los intereses moratorios a la suma de \$4.040.060.140, para un total de intereses pendiente de reconocimiento y pago de **\$4.612.760.613**¹².

TRIGÉSIMA PRIMERA. – Solicito se *DECLARE* que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados respecto de la suma de \$1.264.583.180, cantidad de dinero que corresponde al riesgo predial del alcance básico a cargo de la ANI, utilizada para cumplir la adquisición de predios ordenada por el juez 1º Civil del Circuito de Sincelejo, asciende a la suma de \$184.645.210 y los intereses moratorios a la suma de \$698.773.626, para un total pendiente de reconocimiento y pago de **\$883.418.836**¹³.

6.- EN RELACIÓN CON LAS CONDICIONES DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS COMPENSACIONES POR EL RIESGO PREDIAL A CARGO DE LA ANI

TRIGÉSIMA SEGUNDA. – Solicito que se *DECLARE* que en el Contrato de Concesión 002 del 6 de marzo de 2007 no condiciona el reconocimiento y pago de los fondeos en exceso efectuados por el *CONCESIONARIO* para cubrir la compra de predios o mejoras del Proyecto, que constituyen el riesgo a cargo de la ANI; a la verificación y aprobación de las carpetas prediales por parte de la interventoría,

TRIGÉSIMA TERCERA. – Se *DECLARE* que, de conformidad con el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, cláusula 37, el derecho del Concesionario a exigir de la ANI el reembolso las sumas de dinero depositadas en exceso en la subcuenta 2 del fideicomiso surge “a la fecha del depósito”, momento a partir del cual la ANI debe reconocer los intereses remuneratorios y moratorios pactados.

TRIGÉSIMA CUARTA. - Que se *DECLARE*, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, que durante el tiempo que se tome y que se haya tomado la interventoría de la ANI en hacer la verificación y aprobación de las carpetas prediales, se causarán y se deberán pagar por la ANI los intereses contractuales pactados.

7.- DE CONDENA POR FONDEOS EN EXCESO – RIESGO PREDIAL

TRIGÉSIMA QUINTA. – Solicito que, como consecuencia de las anteriores pretensiones (DÉCIMA SEGUNDA A TRIGÉSIMA CUARTA), todas o algunas de ellas, se *CONDENE* a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al *CONCESIONARIO* la suma de **\$34.424.528.530.**, más los intereses

¹¹ Ver página 43, cuadro No. 16. Cálculo intereses Otrosí No. 3, del Dictamen Pericial de EY

¹² Ver página 48, cuadro No. 21. Cálculo de intereses remuneratorios y moratorios del reintegro por COP\$3.838.212.376, del Dictamen Pericial de EY

¹³ Ver página 50, cuadro No. 22. Cálculo de intereses remuneratorios y moratorios del pago por COP\$1.264.583.180. del Dictamen Pericial de EY

moratorios pactados, liquidados desde el 1° de octubre de 2018 y hasta la fecha de pago.

8. – EN RELACIÓN CON LAS AFECTACIONES PRESENTADAS DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA ENTRE SINCELEJO Y TOLUVIEJO

TRIGÉSIMA SEXTA. - *Que se DECLARE que la obligación del Concesionario, referida a los “Estudios, Diseño y Construcción de la segunda calzada entre la Ciudad de Sincelejo en el PR 0+0000 de la Ruta 25SC01 de la Red Vial Nacional, y el municipio de Toluviéjo en el PR 18+0335 de la misma ruta, para un total aproximado de 19.25 kilómetros (incluyendo retornos por 1.2 Km)”;* pactada en el Acuerdo Conciliatorio del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y en el Otrosí No. 7, se convino para que terminara en diciembre de 2016.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA. - *Que se DECLARE que las obras de construcción de la doble calzada Sincelejo - Toluviéjo, pactadas en el Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, no pudieron ser totalmente terminadas por el Concesionario dentro del plazo fijado, por circunstancias ajenas a la voluntad de AUTOPISTAS DE LA SABANA e imputables, de una u otra manera, a la Agencia Nacional de Infraestructura; a CARSUCRE; a las autoridades del Estado; a terceros y a los destinatarios de los procesos de consulta previa, requeridos para poder proceder a la construcción de las obras.*

TRIGÉSIMA OCTAVA. - *Que se DECLARE que, en consecuencia, la obligación del Concesionario de terminar las obras de la Segunda Calzada Sincelejo – Toluviéjo, solo se hizo exigible cuando AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS logró resolver las causas ajenas a su voluntad que impidieron la ejecución oportuna de las obras.*

TRIGÉSIMA NOVENA. – *Se DECLARE que, como consecuencia de las afectaciones e interferencias sufridas en la ejecución de las obras de la doble calzada SINCELEJO – TOLUVIEJO, la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA, directamente o a través de reclamos de subcontratistas de obra; ha incurrido en gastos y costos que no fueron previstos en la estructuración financiera del proyecto, ni en la celebración del contrato o en sus adicionales u otrosíes; que corresponden a gastos y costos por concepto de stand-by de equipos y maquinaria y costos administrativos de mayor permanencia en obra, por la suma de **\$18.598.088.045***

CUADRAGÉSIMA. – *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones inmediatamente anteriores, en aplicación de la ley, la Agencia Nacional de Infraestructura deberá adoptar las medidas y ajustes contractuales requeridos para reestablecer la ecuación económica del contrato, que sirvan para compensar (i) la mayor permanencia en obra, (ii) el stand-by de equipos y (iii) los costos y sobrecostos no previstos en los que tuvo que incurrir AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS.*

CUADRAGÉSIMA PRIMERA. - *Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se CONDENE a la ANI a pagar al Concesionario la suma de dieciocho mil quinientos noventa y ocho millones ochenta y ocho mil cuarenta y cinco pesos (**\$18.598.088.045**), para compensar los perjuicios sufridos por AUTOPISTAS DE LA SABANA y reestablecer así la ecuación económica del contrato.*

9.- EN RELACIÓN CON LOS FONDEOS EN EXCESO DE LA SUBCUENTA AMBIENTAL DEL
ADICIONAL No. 3

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA. – Solicito que se *DECLARE* que el *CONCESIONARIO* cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.721.975.506, a precios corrientes, en la “Subcuenta ambiental del adicional 3” del fideicomiso, para financiar los gastos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas de licencias ambientales, plan de manejo ambiental y gestión social en los relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos de la autoridad ambiental; como estaba pactado en el mencionado adicional, así como que depositó la suma adicional de \$961.530.268, a pesos corrientes, que correspondió al 20% adicional del valor del depósito pactado y que fuera el “Riesgo por Obligaciones Ambientales” asignado y asumido por el *CONCESIONARIO* en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 (Cláusulas 5ª y 25).

CUADRAGÉSIMA TERCERA. – Que se *DECLARE* que, con corte a 31 de octubre de 2018, el Concesionario efectuó fondeos en exceso a la subcuenta ambiental del adicional 3 del Fideicomiso, en un porcentaje superior al 120% del valor del fondeo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, para el cumplimiento de las obligaciones ambientales, que corresponden al “Riesgo por Obligaciones Ambientales” del mencionado adicional, asumido contractualmente por la ANI, por la suma de \$2.682.759.162, valor que la ANI no ha reembolsado al *CONCESIONARIO*.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Solicito que se *DECLARE* la ocurrencia del “Riesgo de obligaciones ambientales” a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, pactado en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Primera del contrato Adicional 3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el *CONCESIONARIO* depositó, a pesos corrientes, \$2.682.759.162 como suma adicional en exceso a las que asumió como su riesgo (20%).

CUADRAGÉSIMA QUINTA - Solicito que, como consecuencia de las anteriores pretensiones (42, 43 y 44), se *CONDENE* a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al *CONCESIONARIO* la suma de **\$2.682.759.162**, que corresponde al “Riesgo por Obligaciones Ambientales” del Adicional 3 a ella asignado, más los intereses remuneratorios y moratorios pactados, liquidados desde la fecha del ultimo depósito y hasta la fecha de pago.

10.- EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO Y CONDENA AL PAGO DE LOS COSTOS DE
GESTIÓN PREDIAL

CUADRAGÉSIMA SEXTA.- Que se *DECLARE* que, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, todos los costos y gastos en los que deba incurrir el Concesionario AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS, relacionados con los trámites para adelantar los estudios de títulos, actividades de Gestión Predial y, en general, para la adquisición de predios o mejoras, pago de compensaciones e indemnizaciones, imposición de servidumbres; deben y han debido pagarse con los recursos depositados por el Concesionario en la Subcuenta 2 del Fideicomiso.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se *DECLARE* que el Concesionario ha incurrido en costos y gastos necesarios para adelantar los trámites de estudio

de títulos y actividades de Gestión Predial, tales como pagos de salarios, prestaciones sociales y seguridad social de los trabajadores encargados de coordinar y ejecutar la Gestión Predial de la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS; elaboración de avalúos por entidades y personas jurídicas especializadas; estudios de indemnizaciones y compensaciones, etc., por la suma de **\$6.800.643.081**, los cuales han sido cubiertos con recursos de la Subcuenta Principal y no de la Subcuenta 2 y demás subcuentas ambientales del fideicomiso, como correspondía.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- Solicito se **DECLARE**, como consecuencia de las anteriores dos pretensiones, así como de las pretensiones Décima Sexta y Décima Séptima; que las sumas de dinero utilizadas por AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS en la ejecución de los trámites de Gestión Predial deben considerarse o hacer parte de los cálculos y estimaciones del Riesgo de Gestión Predial y, por tanto, incluido con las sumas de dinero que hacen parte del riesgo asumido por la ANI para las obligaciones prediales del proyecto.

CUADRAGÉSIMA NOVENA.- Que, como consecuencia de la prosperidad de las tres pretensiones anteriores, solicito se **CONDENE** a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al **CONCESIONARIO** la suma de **\$6.800.643.081**, más los intereses remuneratorios y moratorios pactados, liquidados desde la fecha de las facturas o de los desembolsos de los costos de personal y hasta la fecha de pago.

11.- DEL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO Y LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

QUINCUAGÉSIMA. – Solicito que se disponga en el Laudo que, en consideración a la naturaleza jurídica de la demandada, su ejecución deberá cumplirse en los términos ordenados por el artículo 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA. - Solicito que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2.1.- PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Como **PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA** de la pretensión DÉCIMA PRIMERA, solicito al Tribunal de Arbitramento que extienda el plazo de duración del contrato en 69 meses, mecanismo de compensación por la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos de los contratos adicionales 2 y 3.”

4.2. Los fundamentos fácticos de la demanda

La Parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos expuestos en la demanda reformada:

“HECHOS RELACIONADOS CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 002 DE 2007, SUS ESTIPULACIONES Y MODIFICACIONES

(...)

1º. - Mediante resolución No. 445 de 26 de julio de 2006, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (en adelante el “INCO”), dio apertura a la licitación pública No. INCO-SEA-L 006 de 2006, (...).

2°. - *Mediante resolución No. 134 de 2 de febrero de 2007, el INCO adjudicó el proceso de selección señalado y el 6 de marzo de 2007 suscribió, con AUTOPISTAS DE LA SABANA, el contrato de concesión No. 002 de 2007, cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993, realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial Córdoba – Sucre.*

El alcance básico del contrato de concesión incluyó los siguientes trayectos:

- *Trayecto 1: Montería – Cerete (13.93 Km)*
- *Trayecto 2: Cerete – La Ye (34.35 Km)*
- *Trayecto 3: Sincelejo – Corozal (11.80 Km)*

(...)

3°. - *El acta de Inicio de Ejecución del Contrato, fue suscrita el día 1 de noviembre de 2007, entendiendo las partes que la etapa de preconstrucción finalizaría el 31 de octubre de 2008, sin perjuicio de seguir ejecutando actividades de gestión predial y otras procedentes, en la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, comprendida entre el 1 de noviembre de 2008 y el 30 de abril de 2012.*

4°.- *El 28 de diciembre de 2007 fue suscrito el contrato adicional No. 1 al Contrato de Concesión, mediante el cual se adicionan recursos para activar el alcance – progresivo, incluyendo el tramo Corozal – Cruz del Viso.*

5°. - *El 15 de febrero de 2008, las partes suscriben la Modificación No. 1 al contrato de concesión, en la cual deciden modificar el porcentaje del valor estimado del contrato principal, (...).*

6°. - *El 8 de mayo de 2008 fue suscrito documento modificadorio del contrato de concesión, mediante el cual las partes acuerdan modificar y complementar el esquema de adquisición de predios establecido en el contrato principal. Con la modificación, la entidad contratante concedente delega en el CONCESIONARIO los trámites de adquisición predial del proyecto, incluyendo la suscripción de todos los documentos necesarios para el efecto.*

7°.- *El 27 de junio de 2008 fue suscrito en Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, mediante el cual se modifica el objeto de la siguiente forma: “1) Realizar los estudios, diseños definitivos, gestión social gestión predial, gestión ambiental, operación, mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento de la calzada existente (ampliación de la sección a ley 105 de 1993) entre el municipio de Corozal, en el PR 11+0800 de la Ruta 2515 de la Red Vial Nacional, hasta la Ye de acceso al municipio de puerta de hierro, en el PR 25+0000 de la misma Ruta de la Red Vial Nacional, con una longitud de trece punto dos kilómetros (13.2 KMS); y 2) realizar los estudios y diseños definitivos de sector Puerta de Hierro – Cruz del Viso. 3) Construcción de los peajes Las Flórez y Los Garzones, y de seguridad vial, en el tramo Corozal – Carmen de Bolívar”.*

8°.- *El 25 de septiembre de 2008 fue suscrita el "Acta de Entendimiento No. 1 Contrato de Concesión 002 de 2007", en la cual las partes llegaron a varios acuerdos con los cuales se dieron por concluidas las negociaciones realizadas entre las partes respecto de la activación del*

Alcance Progresivo de que trata el Apéndice E y la realización de algunas obras adicionales, (...).

9°.- *El 27 de junio de 2008 fue suscrito el Otrosí No. 1 al contrato de concesión cuyo objeto consiste, de acuerdo con su cláusula primera en "1) realizar los estudios, diseños definitivos, gestión social, gestión predial, gestión ambiental, operación, mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento de la calzada existente (ampliación de la sección a ley 105 de 1993) entre el municipio de Corozal, en el PR 11+0800 de la Ruta 2515 de la Red Vial Nacional, hasta la Ye de acceso al municipio de Puerta de Hierro, en el PR 25+0000 de la misma Ruta de la Red Vial Nacional, con una longitud de trece punto dos kilómetros (13.2 Kms); y 2) realizar los estudios y diseños definitivos del sector Puerta de Hierro – Cruz del Viso. 3) Construcción de los peajes Las Flórez y Los Garzones, y de seguridad vial, en el tramo Corozal – Carmen de Bolívar".*

10°. - *El 2 de octubre de 2008, fue suscrito en Otrosí No. 2 al contrato de concesión, mediante el cual modificó el numeral 1.85 de la cláusula 1, que define lo que se entiende por Subcuenta 1. Igualmente modificó las cláusulas 23 – Manejo de los recursos financieros, 63.6 de la cláusula 63 – Interventoría y control.*

11°. - *El 10 de diciembre de 2008, fue suscrito en Otrosí No. 3 al contrato de concesión, mediante el cual se adicionó el alcance físico del objeto contractual con la vía paralela a la circunvalar entre la Universidad de Córdoba y la Cárcel Nacional Las Mercedes; la intersección de la vía paralela a la circunvalar entre la circunvalar en el K+0000 de la misma vía; la calle 41 en extensión de 1.60 Km y la intersección a nivel en la misma, y la continuación a la denominada paralela a la circunvalar entre PR 5+850 y la intersección con la vía que conduce de Montería a Cerete (Mocari).*

12°. - *El 31 de diciembre de 2008, fue suscrito el Otrosí No. 4 al contrato de concesión, mediante el cual se adicionó el alcance físico del objeto contractual con el estudio, diseño y construcción del puente vehicular en el municipio Lórica, condicionado a la inclusión al proyecto concesionado del tramo Cereté – Lórica.*

13°. - *El 5 de agosto de 2009, fue suscrito el Contrato Adicional No. 2 al Contrato de Concesión mediante el cual fue remplazado, en todos sus términos, el Otrosí No. 4 y fue adicionado al objeto contractual la ejecución de las siguientes obras y actividades (...).*

14°. - *El 29 de marzo de 2010 fue suscrito el Contrato Adicional No. 3 al contrato de concesión, mediante el cual se activa parcialmente el alcance progresivo y se adiciona el alcance físico del objeto contractual para la ejecución, por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO, de las siguientes obras y actividades (...).*

15°.- *El 4 de mayo de 2010 fue celebrado el "Modificadorio" con el que "(...) las partes contratantes han decidido suprimir la figura del Amigable Componedor como mecanismo de solución de controversias" y, en su lugar, "Igualmente las partes, han acordado que todas las diferencias existentes entre las partes con ocasión de la ejecución, interpretación, terminación y liquidación del Contrato de concesión No. 002 de 2007, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento, sin perjuicio de lo establecido en las cláusulas 15, 16 y 17 del contrato de concesión."*

16°. - (...).

17°.- (...).

HECHOS RELACIONADOS CON EL BENEFICIO TRIBUTARIO POR
INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS

18°. - El artículo 68 de la Ley 863 de 2003 adicionó el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, consagrando un beneficio tributario para los contribuyentes de impuesto de renta que invirtieran en activos fijos reales productivos, así:

“Las personas naturales y judiciales contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos (...).”

19°. - El decreto 1766 de 2004, que reglamentó el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, definió en su artículo 2° el concepto de “activo fijo real productivo”, en los siguientes términos:

“Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian a amortizan fiscalmente”.

El artículo 4°, del mencionado Decreto, estableció:

“La deducción se deberá solicitar en la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios correspondiente al año gravable en que se realiza la inversión, y la base de su cálculo corresponde al costo de adquisición del bien.

Cuando se realizan obras de infraestructura para el montaje o puesta en funcionamiento de los activos fijos reales productivos y tales obras deban ser actividades para ser depreciadas o amortizadas de acuerdo con la técnica contable, el costo de los mismos hará parte de la base para calcular la deducción del treinta por ciento (30%). Cuando tales obras tomen más de un periodo gravable para su confección o construcción, la deducción se aplicará sobre la base de la inversión efectuada en cada año gravable”

20°. - El artículo 8° de la Ley 111 de 27 de diciembre de 2006, modificatoria del estatuto tributario, aumentó el porcentaje del beneficio tributario para las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, del treinta por ciento (30%) al cuarenta por ciento (40%), del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos reales productivos, beneficio aplicable a partir del 10 de enero de 2007. (...).

Las importantes modificaciones, en cuanto a la deducción por activos fijos productivos, fueron: (i) se estableció como parámetro temporal que la vigencia de este beneficio fiscal sería a partir de primero (1°) de enero de 2007, sin que se contemplara una fecha límite o de finalización para la aplicación del mismo; (ii) el porcentaje de la deducción, pasando del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%), calculado sobre el valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos. (...)

21°. – El 5 de agosto de 2009, cuando el beneficio tributario legal aplicable se encontraba en el cuarenta por ciento (40%) por la ley 1111/2006, las partes celebraron el Contrato Adicional No. 2.

Documento modificadorio a través del cual se activó, parcialmente, el alcance progresivo del proyecto de concesión vial “Córdoba-Sucre”, pactándose la ejecución de una serie de obras adicionales, (...).

A efectos de garantizar financieramente la ejecución de las obras en mención, en la cláusula cuarta se estipuló la fuente de los recursos requeridos y la forma de pago correspondiente.

En este sentido, tomando como sustento el modelo financiero elaborado por la Subgerencia de Estructuración del INCO, se estableció que, a manera de remuneración, la sociedad concesionaria recibiría unos aportes de la Nación en el año 2009 y unos recursos por vigencias futuras en los años 2010 a 2014. Además, la cesión de los recursos o del valor neto recaudado en las estaciones de peaje El Carmen y Mata de Caña, durante el periodo de construcción de las obras.

Aunado a lo anterior, el párrafo tercero de la mencionada cláusula dispuso, de manera expresa, que en la determinación de la “remuneración” se tuvo en cuenta la deducción por inversión en activos fijos productivos del cuarenta por ciento (40%), señalándose que, al constituir uno de los factores considerados para la fijación del valor a pagar por las obras y demás actividades constructivas, era procedente una compensación a favor de la sociedad concesionaria en el evento en que dicho beneficio tributario fuera disminuido o eliminado.

La cláusula cuarta del adicional No. 2 estipuló lo siguiente:

“DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y FORMA DE PAGO: Para remunerar al CONCESIONARIO por la ejecución de las obras del presente adicional, existe disponibilidad presupuestal por TRES MIL CUATROCIENTOS DOCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$3.412.350.598) PESOS Corrientes, conforma con el Riesgo Presupuestal No. 3865 del 31 de diciembre de 2008, expedido por el profesional especializado con funciones de jefe de presupuesto del INCO, los cuales fueron comprometidos mediante el Otrosí No. 4 al contrato de concesión 02 de 2007 que es instituido por el presente documento. Igualmente existe autorización para comprometer vigencias futuras, tal como se anotó en las consideraciones:

“Conforme con la Modelación Financiera realizada por la subgerencia de estructuración y adjudicación, el valor que el INCO reconocerá al CONCESIONARIO como única remuneración por la totalidad de la inversión, costos, gastos e impuestos descritos anteriormente, así como la financiación del CONCESIONARIO y su rentabilidad, es el correspondiente a las vigencias relacionadas en el cuatro siguiente y el recaudo neto de peaje hasta enero 31 de 2013 en las casetas que se relacionan a continuación (...)

Adicionalmente, el INCO cede al CONCESIONARIO el valor neto del recaudo de los siguientes peajes (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO: (...)

PARÁGRAFO TERCERO: La remuneración del CONCESIONARIO para efectos del presente Adicional se calculó suponiendo que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40% otorgado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, es aplicable a este proyecto específico. De no ser así, o si la DIAN retira este beneficio se compensará al CONCESIONARIO “AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A”, por el desequilibrio generado en la adición del proyecto, bajo los mismos supuestos técnicos y financieros manejados en la metodología financiera soporte de presente adicional.” (Subrayo).

“PARÁGRAFO CUARTO: (...)”.

22°. - La ley 1370 de diciembre 30 de 2009, en su artículo 10, estableció:

“Artículo 10. Adiciónese el artículo 158-3 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

Parágrafo 2°. A partir del periodo gravable 2010, la deducción a que se refiere este artículo será del treinta por ciento (30%), del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos”

Con ocasión de esta modificación, de acuerdo con lo pactado, surgió para la ANI la obligación de compensación a favor del CONCESIONARIO, toda vez que el beneficio tributario del año 2010 correspondió solamente al 30% del valor de las inversiones realizadas, cuando dicho beneficio debió ser del 40% sobre las inversiones realizadas, de acuerdo con el pacto contractual. (...)

23°. – *El 29 de marzo de 2010, se suscribió el Contrato Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en el cual, otra vez, se incluyó el beneficio tributario de inversión en activos fijos, pero teniendo en consideración la disminución del beneficio tributario realizada mediante la ley 1370 de 2009 al 30%, conservando los mismos postulados del Contrato Adicional No. 2 en la estructura económica y financiera con la que el CONCESIONARIO ejecutaría las obras y obtendría su remuneración.*

En el párrafo tercero de la cláusula cuarta del Adicional No. 3, los contratantes indicaron que el beneficio tributario por la inversión en activos fijos productivos fue tenido en cuenta para calcular la remuneración de las obras adicionales, deducción que para la fecha de suscripción del documento modificadorio continuaba vigente, pero en un porcentaje menor al contemplado en el Adicional No. 2 con ocasión de la expedición de la ley 1970 de 2009, a través de la cual se redujo el porcentaje a deducir del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%).

Atendiendo estas especiales condiciones, los contratantes pactaron la cláusula cuarta del Adicional No. 3 en los siguientes términos:

*“CLAUSULA CUARTA: REMUNERACION AL CONCESIONARIO
DISPONIBILIDAD DE RECURSOS Y FORMA DE PAGO: Conforme con los resultados del modelo financiero marginal elaborado para*

la presente adición, el INCO remunerará al CONCESIONARIO el valor total de las inversiones pactadas en las cláusulas anteriores y todos los demás costos asociados, incluidos los riesgos asumidos y su rentabilidad con la adición del ingreso esperado y con recursos del presupuesto nacional, como se indica a continuación:

“(i) Con ingreso esperado adicional por peajes, incluido el recaudo en la estación “La esperanza” a partir de enero de 2011, por la suma de CIENTO DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS QUINCE (119.325.611.915) PESOS de diciembre de 2005. En consecuencia, el ingreso esperado acumulado será la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTITRE (\$449.222.162.123) PESOS, de diciembre de 2005.

“(ii) Con Aportes estatales provenientes de recursos del presupuesto nacional en las siguientes vigencias futuras: (...)

“PARAGRAFO PRIMERO (...)

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el cálculo de la remuneración del CONCESIONARIO para el presente adicional se consideró en la metodología financiera que los recursos provenientes de las vigencias futuras que recibirá el CONCESIONARIO se contabilizarán como un ingreso recibido por anticipado, lo que implica un menor pago del impuesto cargo de esto y un menor monto de los aportes estatales.

“PARÁGRAFO TERCERO: Igualmente, para el cálculo de la remuneración de CONCESIONARIO para el presente adicional se considera el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30% otorgado por normatividad vigente.

“PARÁGRAFO CUARTO: (...)

“PARÁGRAFO QUINTO: (...)”

El párrafo tercero da cuenta de la constancia que dejaron los contratantes, en el sentido de señalar que uno de los factores considerados al momento de calcular la remuneración de la adición No. 3 fue el beneficio tributario que legalmente se contempló por la inversión en activos fijos reales productivos, el cual, para la época, correspondía a un porcentaje de treinta por ciento (30%), de acuerdo con lo dispuesto por la ley 1370/2009. En el laudo proferido el 11 de mayo de 2016, que se referirá luego en estos hechos, el H. Tribunal consignó la obligación legal y contractual de la ANI de compensar al CONCESIONARIO, en la eventual reducción o eliminación de este beneficio.

La mencionada estipulación contractual fue el resultado del modelo financiero elaborado para el adicional No. 3, en el cual se proyectó el flujo de caja tomando como variable la prerrogativa fiscal, en mención, en un porcentaje del treinta (30%) –según se ha dicho-, para los años 2010 a 2015. (...)

En virtud de lo pactado, entonces, el CONCESIONARIO haría inversiones por poco más de 407 mil millones de pesos, según presupuesto estimado del 2005, que le retornarían con peajes, recursos del presupuesto nacional de

2012 a 2016. Adicionalmente, se consideró el beneficio tributario de inversión en activos fijos del 30%, pues tal beneficio le representaría al CONCESIONARIO un menor valor a pagar por impuesto de renta. Perder este beneficio, como ocurrió, significó privarse para sí de la suma de dinero que se había proyectado en los cálculos de la estructuración financiera del Contrato Adicional No. 3 como fuente de recuperación y rentabilidad de la inversión. Así las cosas, contractual y legalmente nació el derecho del CONCESIONARIO y el deber de la ANI de establecer la debida compensación.

24°. - El 29 de diciembre de 2010 fue promulgada de la Ley 1430 de 2010, mediante la cual se eliminó completamente el beneficio tributario por inversión en activos fijos, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1°. ELIMINACION DEDUCCION ESPECIAL POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS. Adicionase el siguiente parágrafo al artículo 148-3 del estatuto tributario.

“PARÁGRAFO 3°. A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo.

“Quienes con anterioridad al 1° de noviembre de 2010 hayan presentado solicitud de contratos de estabilidad jurídica incluyendo estabilizar. La deducción por inversión en activos fijos a que se refiere el presente artículo y cuya prima sea fijada con base en el valor total de la inversión objeto de estabilidad, podrán suscribir contrato de estabilidad jurídica en el que se incluya dicha deducción. En estos casos, el término de la estabilidad jurídica de la deducción especial no podrá ser superior tres (3) años”.

(...)

25°. - La reducción, primero, y la eliminación total del beneficio tributario a partir del año gravable 2011, ocasionó perjuicios al CONCESIONARIO, frente al adicional No. 2 y el No. 3, en tanto, en ambos casos, la remuneración se calculó bajo el supuesto de la existencia del beneficio. Así las cosas, para los periodos gravables del proyecto, de ese año en adelante y hasta la finalización de la concesión, la ANI tiene el deber contractual y legal de compensar los efectos económicos adversos de su reducción y eliminación.

26°. - El CONCESIONARIO le solicitó al INCO el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión con la comunicación ASSA-CCS-0459-11 del 5 de mayo de 2011, (...).

27°. - (...).

28°. - (...).

29°.- El 14 de enero de 2013, el CONCESIONARIO presentó demanda contra la ANI y, entre las diversas controversias planteadas, incluyó las peticiones que pretendían obtener un “restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, fundado en el menor valor de la remuneración esperada al celebrar los contratos adicionales 2 y 3, afectada por la reducción y eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos.

El CONCESIONARIO señaló que la ANI no había procedido a restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión, como dijo, en su obligación

contractual y legal, afectándose antijurídicamente el patrimonio del CONCESIONARIO, y por supuesto, la viabilidad financiera de las obras de alcance progresivo y las obras adicionales que se acordaron en los Adicionales No. 2 y No. 3.

30°.- *El 11 de mayo de 2016, el tribunal de arbitramento integrado por ustedes, profirió laudo arbitral para resolver las diferencias formuladas en demanda presentada el 11 de octubre de 2012 y en demanda de reconvencción presentada el 6 de mayo de 2013, posteriormente reformadas.*

En el laudo de este proceso arbitral (páginas 256 a 287), el honorable tribunal arbitral (i) describe la institución de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos consagrado en las leyes 863 de 2003 y 1111 de 2006 (artículo 158 del Estatuto Tributario), en favor de los contribuyentes (páginas 256 a 263); (ii) se refiere a las condiciones legales que dan cuenta de la reducción y eliminación del citado beneficio tributario (páginas 263 a 266); (iii) analiza en detalle la finalidad y función que cumplió el beneficio tributario de deducción en activos fijos productivos en el marco de los contratos adicionales números 2 y 3 (página 266 a 275); (iv) establece los efectos que generaban la disminución y la eliminación del porcentaje de deducción por inversiones en activos fijos productivos (páginas 276 a 287).

Da a entender el laudo arbitral que, cuando se ejecutaran los estudios y diseños, gestiones social, predial y ambiental y se ejecutaran las obras de construcción objeto de los respectivos adicionales, se concretaría el efecto de la disminución o eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos, en las declaraciones de renta del CONCESIONARIO, materializándose de manera concreta y cierta el valor del perjuicio y el derecho a obtener su compensación.

Este es el objeto de las pretensiones de la presente demanda, relacionadas con ese problema jurídico.

Expresado de otra forma, el tribunal de arbitramento negó la prosperidad de las pretensiones, por estar fundadas en proyecciones financieras y no en el menor valor cierto del flujo de caja de los ingresos del CONCESIONARIO, menor valor causado por no poder contar con el beneficio tributario a la hora de declarar renta, toda vez que su reducción o eliminación se traducida, como en efecto se tradujo, en un mayor valor de impuestos a pagar. (...)

Hoy se tiene un perjuicio real, directo, cierto y presente, aunque hasta ahora solo por los años transcurridos, las rentas, pérdidas e impuestos pagados, determinado por la sola comparación y determinación de diferencias entre la declaración de renta presentada en esos años y la que resultaría de aplicar el beneficio tributario.

Ahora bien, el CONCESIONARIO, cumpliendo con su deber legal presentó las respectivas declaraciones de renta de los años gravable 2014, 2015, 2016 y 2017.

En dicho periodo (2014 a 2017), la sociedad concesionaria, dada la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario, tuvo que pagar a la DIAN un valor de \$18.126.979.000 por concepto de renta, que no habría debido pagar de haber mantenido sin cambios el beneficio tributario considerado en los Contratos Adicionales 2 y 3, como estructura financiera que sirvió para consentir su ejecución.

HECHOS RELACIONADOS CON EL RIESGO DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS

31°. – En el Contrato de concesión No. 002 de 2007, se acordó entre las partes, en relación con el riesgo predial, lo siguiente:

CLÁUSULA 37. ADQUISICIÓN DE PREDIOS

La gestión para la adquisición de los predios y/o mejoras requeridos para ejecutar el mejoramiento y la construcción del Proyecto estará a cargo EL CONCESIONARIO, labor que será realizada a favor de INCO, quien suscribirá los respectivos contratos de compraventa y demás documentos de conformidad con las leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia. (Subrayo)

(...)

EL CONCESIONARIO deberá depositar en la Subcuenta 2 de Fideicomiso, como requisito para la firma del Acta de Inicio de la Etapa de Pre-Construcción como mínimo, la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL \$8.601.000.000) PESOS DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2005), con destino a la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del Proyecto, incluido el valor de la indemnización a los titulares de derecho sobre los predios expropiados a que haya lugar, la constitución de servidumbres relativas a este mismo alcance, la aplicación de la resolución INCO 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial y demás asuntos contemplados en la definición de la Subcuenta correspondiente. (Subrayo)

En el evento en que el valor necesario para compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del proyecto supere dicha suma, la diferencia será asumida por las partes de la siguiente manera:

- a) EL CONCESIONARIO cubrirá hasta un exceso equivalente al veinte por ciento (20%) del valor antes señalado, para lo que deberá depositar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso.
- b) Si el exceso requerido supera el treinta por ciento (30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL \$8.601.000.000) antes señalados, EL CONCESIONARIO depositará en la subcuenta 2 del Fideicomiso el valor total correspondiente a dicho exceso y EL INCO reembolsará al CONCESIONARIO, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha del depósito, reconociendo una tasa de interés igual al DTF + 5 y con recursos de su propio presupuesto, la suma que resulte de restar del valor total del exceso, el valor que asumirá EL CONCESIONARIO (treinta por ciento – 30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL \$ 8.601.000.000) mencionados, según lo indicado en el literal (a) anterior.” (Subrayo)

Nota: El pliego de Condiciones de la Licitación, modificado por adenda, indicaba que el riesgo a ser asumido por el concesionario corresponde al 130% del valor de la adquisición predial.

El concesionario efectuó fondeos en exceso al riesgo asumido por este en la subcuenta 2 del fideicomiso, por la suma de \$10.655.963.150, (...).

El saldo de los intereses remuneratorios por el riesgo predial asumido por la ANI del Otrosí No. 3 al 30 de septiembre de 2018, asciende a COP\$1,438,897,468, el saldo de los intereses moratorios a la misma fecha asciende a COP\$3,131,082,167 para una deuda total por intereses sobre los fondeos en exceso para la adquisición de predios del Otrosí No. 3, por parte de la ANI de COP\$4,569,979,635.

32°. - *La Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, reconoció a la sociedad concesionaria, mediante “Acta de Entendimiento No. 1”, suscrita el 27 de diciembre de 2011, la suma de \$12.847.766.861, a título de abono (capital e intereses), por fondeos en exceso de la subcuenta 2 del fideicomiso (alcance básico), y reconoció, adicionalmente, una deuda por concepto de compensación tarifaria por valor de \$9.046.280.421, para un total de \$21.894.047.282.*

Posteriormente, mediante documento de fecha 10 de abril de 2012, las partes contratantes aclararon la mencionada acta de entendimiento y acordaron que las sumas pagadas correspondientes a la compensación tarifaria se utilizarían también para pagar al CONCESIONARIO los fondeos en exceso de la subcuenta 2 del fideicomiso.

Revisados los fondeos, se encontró que el concesionario, por error involuntario, efectuó algunos pagos de predios del Contrato Adicional No. 3 con recursos de la subcuenta 2 del fideicomiso, lo que conllevó a que, en la liquidación de la deuda, la ANI descontara del valor adeudado la suma de \$3.838.212.376, concluyendo que la deuda total de la entidad al concesionario por concepto de capital e intereses ascendía a la suma de \$21.037.730.424, suma sobre la cual el concesionario hizo una condonación parcial de intereses por valor de \$388.421.448, dando como resultado un valor total a pagar al concesionario de \$20.649.308.976.

Ahora bien, como se explicó, derivado del Acta de Entendimiento No. 1 y su Acta Aclaratoria, el valor realmente pagado al concesionario por concepto de fondeos en exceso (incluyendo pago por predios y el pago que se había efectuado por compensación tarifaria y posteriormente se abonó a predios) fue la suma de \$21.894.047.282, suma que cruzada con el valor realmente adeudado por la ANI de \$20.649.308.976, según se explicó en el párrafo inmediatamente anterior, generó un saldo a favor de la ANI por valor de \$1.244.738.306, esto con corte a octubre de 2011

Posteriormente, entre enero y abril de 2012, el concesionario realizó dos fondeos adicionales, cada uno por valor de \$2.000.000.000, para un total de \$4.000.000.000, y reintegró a la subcuenta predial 2 del fideicomiso (alcance básico) las sumas que había utilizado para pagar algunos predios del adicional 3, por valor de \$3.838.212.376.

Cuando las partes deciden aclarar el Acta de Entendimiento No. 1, mediante la denominada Acta Aclaratoria de fecha 10 de abril de 2012, tienen en cuenta el saldo a favor de la ANI por valor de \$1.244.738.306, los fondeos en exceso adicionales por valor de \$4.000.000.000, pero no se percataron de igualmente incluir el valor reintegrado por el concesionario a la subcuenta 2, por valor de \$3.838.212.376, correspondientes a pago de predios del adicional No. 3.

La liquidación de la deuda, en lo términos anotados, arrojó como resultado un saldo de capital adeudado por la ANI, por valor de \$2.755.261.694 y unos intereses por valor de \$59.881.680, para una deuda total a pagar al concesionario de \$2.815.143.374, según se desprende del acta aclaratoria aludida. (...)

Es así como, al no haberse tenido en cuenta el valor reintegrado por el concesionario a la subcuenta 2 del fideicomiso por valor de \$3.838.212.376, dicha suma debe tenerse como fondeo en exceso con la respectiva liquidación de intereses. Se aclara que este valor se encuentra incluido en la liquidación efectuada por el concesionario para hacer los cobros a la ANI por concepto de fondeos en exceso de la subcuenta de predios del alcance básico del fideicomiso.

33°. - *El CONCESIONARIO, mediante comunicación No. CCS-BOG-0046-12, solicitó a la ANI autorización para fondear la subcuenta predial del fideicomiso, dados los mayores requerimientos prediales para cumplir con el objeto contratado.*

34°.- *El CONCESIONARIO radicó en la ANI la comunicación No. CCS-BOG-0309-12, del 7 de mayo de 2012, aclarando a la entidad el objeto de su comunicación No. CCS-BOG-0046-12, en la cual se solicita autorización para fondear las subcuentas prediales del fideicomiso.*

35°.- *Mediante comunicación No. CCS-BOG-0711-12 del 4 de septiembre de 2012, el CONCESIONARIO notificó a la ANI el cumplimiento de los fondeos en exceso a su cargo e informó el monto aproximado de recursos necesarios para culminar la gestión predial de las obras contratadas mediante Otrosí No. 3 al contrato de concesión.*

36°.- *El CONCESIONARIO, con la comunicación CCS.BOG-0893-12 del 15 de noviembre de 2012, nuevamente informa a la ANI el monto de la deuda existente hasta esa fecha por fondeos adicionales de la subcuenta de predios en Otrosí 3, a fin de que tome las medidas presupuestales.*

37°.- *El CONCESIONARIO, mediante comunicación CCS-BOG-0053-13 del 24 de enero de 2013, actualizó el monto de la deuda existente hasta esa fecha por fondeos la subcuenta de predios del otrosí 3, a fin de que la ANI tomase las medidas presupuestales del caso.*

38°.- *Con la comunicación CCS-BOG-0214-13 del 22 de febrero de 2013, el CONCESIONARIO notificó a la ANI el monto de la deuda por fondeos en exceso de la subcuenta de predios del otrosí 3.*

39°.- *El 27 de noviembre de 2013 con la comunicación No. CCS-BOG-1099-13 el CONCESIONARIO remite cuenta de cobro a la ANI por concepto de fondeos en exceso de subcuenta predial otrosí 3, incluyendo capital e intereses.*

40°.- *El 14 de enero de 2014, con comunicación CCS-BOG-0024-14, atendiendo una solicitud de información de la ANI sobre las deudas a su cargo y a favor del CONCESIONARIO, éste actualiza el valor adeudado por fondeos en exceso de la subcuenta predial del otrosí No. 3 al contrato de concesión.*

41°.- *Mediante comunicación del 14 de abril de 2014, CCS-BOG-464-14, el CONCESIONARIO se refirió a una nota de la ANI que condicionaba el pago de los fondeos en exceso a la aprobación de carpetas de los predios a nombre de la entidad. La condición era indicativa de que dicho tema estaba en conocimiento del tribunal de arbitramento, lo que no era cierto.*

42°.- *Mediante comunicación CCS-BOG-0654-14 del 15 de julio de 2014, el CONCESIONARIO remitió a la ANI una cuenta de cobro actualizada de los fondeos en exceso de la subcuenta predial del alcance básico del proyecto, informando que, para ese momento, ya habían empezado a correr intereses moratorios de la deuda.*

43°.- *Mediante comunicación CCS-BOG-0655-14 de la misma fecha: 15 de julio de 2014, el CONCESIONARIO remitió la actualización de la deuda por fondeos en exceso de la subcuenta predial del otrosí 3.*

44°.- *El 2 de septiembre de 2014, en un proceso de expropiación de AGROGAN, MONTIPETROL y PROMIGAS contra la ANI, resolvió la apelación que los demandantes habían interpuesto contra la decisión del juez de conocimiento de declarar no probada la objeción del dictamen pericial de avalúo de un predio requerido para las obras de la concesión, que el CONCESIONARIO debía gestionar, confirmando la decisión.*

El 23 de septiembre de 2014, entonces, el Juez 1º Civil del Circuito de Sincelejo libró mandamiento de pago a favor de los demandantes, contra la ANI, por las sumas de \$1.311.152.04, \$1.218.014.267 y \$2.529.166.361, más los intereses y ordenó el embargo de los saldos bancarios que tenga o llegare a tener la ANI en 9 diferentes entidades bancarias y, de todos los recaudos de las estaciones de peaje del proyecto, hasta por la suma de \$3.793.749. 541.00

*El Fideicomiso cumplió por la ANI la obligación judicial de consignar a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, **\$1.264.583.180.00** suma que resulta de restar del valor de \$3.793.749. 541.00 definido por el juez como límite del embargo, la suma de \$2.529.166.361.00 correspondientes a dos depósitos judiciales efectuados por el concesionario en el 2014, igualmente a órdenes del juzgado dentro del proceso de expropiación de los predios de Agrogán.*

Como consta en la comunicación C303700071-0335-18 del 19 de noviembre de 2018, de la Fiduciaria Bancolombia, vocera del Patrimonio Autónomo, el pago del proceso ejecutivo de expropiación se efectuó desde la subcuenta principal No. 2223-2002355. Así las cosas, los \$2.529.166.361.00 consignados por el concesionario, fueron tomados de la subcuenta principal y no de la subcuenta 2, en virtud de lo cual ese valor no quedó registrado con los valores a cargo de la ANI en la contabilización del riesgo predial de fondeos en exceso.

45°.- *El 14 de enero de 2015, el CONCESIONARIO radicó en la ANI la comunicación CCS-BOG-0007-15 en la que remite la relación de deudas a su favor y a cargo de la entidad, incluyendo en la misma las deudas por fondeos en exceso de las diferentes subcuentas prediales del fideicomiso.*

46°.- *El 9 de julio de 2015, con la comunicación CCS-BOG-0515-15, el CONCESIONARIO le propone a la ANI una unificación de las subcuentas prediales, con el fin de optimizar los recursos evitando fondeos en exceso*

adicionales e invitando a la entidad adoptar los mecanismos necesarios para cesar, al menos temporalmente, la causación de intereses moratorios sobre las deudas a cargo de la entidad.

47°.- *El 15 de abril de 2016, con la comunicación CCS-BOG-0273-1, el CONCESIONARIO nuevamente actualiza la deuda total con corte a 31 de marzo de 2016 por fondeos en exceso, incluyendo capital e intereses e insiste en la unificación de las subcuentas a fin de que no se sigan causando intereses a cargo de la entidad y se pueda disponer de los recursos excedentes que están inertes en otras subcuentas prediales, en las cuales ya no se presentarían desembolsos por compra de predios.*

48°.- *El 27 de junio de 2016, la ANI expidió la resolución No. 1082 “Por medio de la cual la Agencia Nacional de Infraestructura declara y reconoce la ocurrencia de una contingencia predial dentro de proyecto vial “Córdoba – Sucre” correspondiente al Contrato de Concesión 002 del 06 de marzo de 2007”. Esta resolución se refiere al reconocimiento por fondeos en exceso que realizó el CONCESIONARIO para la ejecución de las obras contratadas mediante el Otrosí No. 3 al contrato de concesión.*

En este acto administrativo la entidad desconoce lo pactado en el contrato de concesión, adicionando a los requisitos para el pago unos que no estaban estipulados.

Adicionalmente supedita el reconocimiento a los tiempos que la interventoría del proyecto decida tomarse para revisar las carpetas de los predios que se encuentran a nombre de la ANI, derivados de la gestión predial que le fue delegada al CONCESIONARIO mediante documento del 8 de mayo 2008.

Por último, y en cuanto el monto de la deuda a cargo de la entidad, según el análisis muy particular que hace del texto del contrato, la ANI decide reconocer como deuda a su cargo por fondeos en exceso solamente la suma de \$4.465.925.994.00, cuando la deuda real para ese momento por fondeos a la subcuenta predial del otrosí 3, sin incluir intereses, ascendía a la suma de \$10.655.963.150.

49°.- *El CONCESIONARIO, el 2 de agosto de 2016, interpuso recurso de reposición en contra de la mencionada resolución, exponiendo claramente los acuerdos contractuales y la improcedencia de la errada interpretación del contrato por parte de la entidad, (...).*

50°.- *Conscientes del error contenido en la resolución 1082, la ANI citó al CONCESIONARIO a fin de llegar a un acuerdo.*

Luego de varias negociaciones, el vicepresidente del Gestión Contractual logró que EL CONCESIONARIO aceptara que la ANI procediera al pago total del capital adeudado y de los intereses, liquidados con la metodología adoptada por la entidad, en el entendido que dicha metodología sería sometida a conocimiento y fallo de un Tribunal de Arbitramento. Cabe mencionar, adicionalmente, que el acuerdo al que se llegó quedó condicionado a que la ANI efectuara todos los trámites internos necesarios para el pronto pago al CONCESIONARIO en los términos señalados y que las partes suscribieran el documento respectivo.

A pesar de lo anterior y de las reiteradas solicitudes que en dicho sentido hizo el CONCESIONARIO a la Gerencia Jurídica de Gestión Contractual de la ANI,

ésta nunca remitió el documento modificadorio al contrato de concesión. Ahora bien, el recurso de reposición se resolvió mediante resolución No. 609 de 2016, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

Es así como, mediante comunicación CCS-BOG-460-16 del 12 de julio de 2016, el CONCESIONARIO actualizara las deudas a cargo de la ANI por concepto de fondeos en exceso, con corte a 30 de junio de dicha anualidad.

51°.- *El 12 de julio de 2016, el CONCESIONARIO envió la comunicación No. CCS-BOG-0461-16, solicitando a la entidad realizar mesas de trabajo, a fin definir varios temas importantes para el desarrollo del proyecto, incluyendo en estos las deudas a cargo de la entidad por concepto de fondeos en exceso.*

52°.- *El 25 de enero de 2017 el CONCESIONARIO dirige a la ANI la comunicación CCS-BOG-0047, en la cual actualiza las deudas, alerta a la entidad sobre los intereses que se causan diariamente por no pago al CONCESIONARIO y solicita unas mesas de trabajo para analizar y solucionar el tema, sin respuesta alguna de la entidad.*

HECHOS QUE HAN AFECTADO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LA SEGUNDA CALZADA ENTRE SINCELEJO y TOLUVIEJO

53°.- *La ejecución de obras del Contrato Adicional No. 3, específicamente las correspondientes a la construcción de la segunda calzada en el tramo Sincelejo – Toluviéjo, se ha visto afectadas por (i) inesperadas y frecuentes interferencias de terceros; (ii) ilegales órdenes de la autoridad ambiental CARSUCRE; (iii) imprevistas invasiones y reclamos de comunidades indígenas y, (iv) acciones indebidas de los propietarios de algunos de los predios requeridos para su ejecución. (...)*

En los hechos siguientes se describen las afectaciones sucedidas.

54o.- *El cronograma de las obras está contenido en el Anexo Técnico del Acuerdo Conciliatorio de noviembre de 2015 y allí se hace remisión en el otrosí No. 7. La exigibilidad de la obligación de terminar los “Estudios, Diseño y Construcción de la segunda calzada entre la Ciudad de Sincelejo en el PR 0+0000 de la Ruta 25SC01 de la Red Vial Nacional, y el municipio de Toluviéjo en el PR 18+0335 de la misma ruta, para un total aproximado de 19.25 kilómetros (incluyendo retornos por 1.2 Km)” estaba prevista para diciembre de 2016. (...)*

55°.- *(...)*

56°.- *(...) con ocasión de la sentencia T 436 de 2016 (i) quedaron suspendidas las obras en el sector del cerro de “Sierra Flor”, (ii) el Ministerio del Interior quedó constitucionalmente obligado a iniciar las consultas previas con las comunidades indígenas Maisheshe la Chivera y Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, y (iii) la ANLA quedó constitucionalmente obligada a modificar las licencias ambientales, para adecuarlas a los acuerdos que resultaran de la consulta previa celebrada con las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chiviera, Flores de Chinchelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito.*

57°.- *De otra parte, un procedimiento de expropiación que se viene adelantado, con la finalidad de adquirir el predio con ficha predial CCS-ST-051, de propiedad de Juan Carlos Payares, requerido para las obras de*

construcción de la segunda calzada; tardó desde el 23 de abril de 2015 hasta el 20 de mayo de 2016, es decir 13 meses, para conseguir la entrega material ordenada por el juez, afectando el cronograma de ejecución de obras; causa ajena a la responsabilidad del concesionario. (...)

58°.- *La ejecución de las obras en el sector de la “Sierra Flor” estuvo seis (6) meses suspendida (entre el 5 de febrero y el 2 de agosto de 2015) por decisión ilegal y antijurídica de la Corporación Autónoma Regional de Sucre – “CARSUCRE”. (...)*

59°.- *Autopistas de la Sabana inició actividades de construcción de la segunda calzada en la vía Sincelejo - Toluviéjo en el mes de octubre de 2014. Desde ese mismo momento, unas personas que se identificaban como miembros de una comunidad indígena denominada “Flores de Chinchelejo”, iniciaron una serie de acciones amenazantes y perturbadoras para el inicio y avance de las obras, (...).*

Como consecuencia de la mencionada interrupción sistemática de obras, los taludes ya intervenidos y conformados presentaron erosión, cárcavas, desaparición de algunos tramos de terrazas y derrumbes, como consecuencia de la influencia de agentes de intemperismo como el agua y el viento, agentes que no pudieron ser controlados o contrarrestados por la imposibilidad de realizar las obras de estabilización, zanjas de coronación, manejo de aguas en general, entre otras, lo que a su vez generó la necesidad que el Concesionario enfrente en la actualidad situaciones que revisten mayor grado de complejidad para lograr la finalización del proyecto. (...)

HECHOS RELACIONADOS CON LOS FONDEOS EN EXCESO DE LA
SUBCUENTA AMBIENTAL DEL ADICIONAL 3.

60°.- *El 29 de marzo de 2010, se suscribió el contrato ADICIONAL 3, con el cual las partes del Contrato de Concesión pactaron la ejecución de unas obras adicionales, contemplando en la cláusula tercera un monto de inversión de \$3.548.040.731, para cubrir costos de gestión socioambiental.*

61°.- *El párrafo tercero de la cláusula primera del adicional 3, establece:*
“PARÁGRAFO TERCERO.- ALCANCE EN MATERIA AMBIENTAL:
*El **CONCESIONARIO** realizará la gestión social y ambiental requerida para la ejecución de las obras del presente adicional, de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión”.*

62°.- *En el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, cláusulas 5, 22, 23, 25, se regula lo concerniente a las fondeos, inversiones y gastos que deberían hacerse para la ejecución del objeto del contrato.*

La Cláusula 22. “MANEJO AMBIENTAL DEL PROYECTO”, numeral 22.7, estipuló que los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones ambientales definidas en el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental se asumirían en un 120% por el concesionario y, en adelante el riesgo corresponde a la ANI.

También se dijo que, en el cálculo del fondeo de la subcuenta ambiental no estaban incluidos -obviamente- actividades de obras ordinarias, tales como acarreo de materiales sobrantes, empedradización de taludes, obras de contención, drenajes, subdrenajes, etc., cuya financiación estaba prevista con los recursos del Concesionario en la Subcuenta Principal.

Es decir, para mayor claridad, el Concesionario solo podía destinar los recursos de la Subcuenta 5 al cumplimiento de las obligaciones contractuales ambientales que emanaran de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y para la gestión social en los relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos que haga la autoridad ambiental del contrato, no a la ejecución de las obras ordinarias del Proyecto. Si las obras consistían en acarreos de materiales, taludes, drenajes necesarios para cumplir obligaciones nacidas en la Licencia Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental o Gestión Social, se cubrían con la subcuenta 5, al paso que, si esos acarreos, taludes o drenajes eran parte de las obras ordinarias, su pago debería efectuarse con cargo a la subcuenta principal.

63°.- *En desarrollo y cumplimiento del contrato, para cumplir con las obligaciones contractuales ambientales que emanaran de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y la gestión social en los relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos que haga la autoridad ambiental del adicional 3, el Concesionario efectuó los siguientes depósitos o fondeos: (...)*

De la suma de \$8.366.264.937, se trasladaron \$460.281.921 a la subcuenta de promoción y gestión social, para un total de fondeos efectivos a la subcuenta ambiental del adicional 3, entre el 27 de mayo de 2011 y el 9 de agosto de 2018, de \$7.905.983.014 (pesos corrientes)

*Es así como el Concesionario fondeó un total de \$7.905.983.014, de los cuales **\$4.261.693.584.00** era el valor pactado, \$961.530.268 (20%) correspondió al riesgo asignado y asumido por el Concesionario, y la cantidad de **\$2.682.759.162** es el riesgo asignado a la ANI, que se encuentra pendiente de asumir y pagar, más los intereses remuneratorios y moratorios pactados.*

64°.- *El 8 de junio de 2016, mediante comunicación CCS-BOG-0422-16, radicado en la ANI con No. 2016-409-047057-2, el Concesionario solicitó a la ANI autorización para proceder al fondeo de la subcuenta ambiental del Adicional 3, por la suma de \$1.151.679.831, en virtud de que ya se había cumplido a cabalidad el fondeo del contrato Adicional 3, así como el 20% de exceso.*

65°.- *Como trascurrieron 90 días sin que la petición del Concesionario fuese respondida, mediante escritura pública 2454 del 21 de abril de 2017, otorgada en la Notaría 51 de Bogotá, se protocolizó el silencio administrativo positivo, en los términos dispuestos por el artículo 25, numeral 16, de la ley 80 de 1993 y la ley 1437 de 2011.*

66°.- *El 19 de septiembre de 2016, la Interventoría de la Concesión, en ese momento a cargo del CONSORCIO EL PINO; citando los antecedentes, en particular la solicitud del Concesionario del 7 de junio de 2016, de ser autorizado para fondear \$1.151.679.831, requeridos para gestiones socioambientales del Contrato Adicional No. 3, valor que excedía ya tanto el valor pactado como el 20% que correspondía al riesgo asignado y asumido por él; respondió la solicitud de concepto de la ANI sobre una idea que tenía de unificar las subcuentas ambientales del fideicomiso, así como otras que presentaban saldos que no serían necesarios.*

67°.- El 2 de marzo de 2017, comunicación CCS-BOG-0111-17, el Concesionario le manifestó a la ANI -otra vez- que ya se habían depositado y agotado los recursos de la subcuenta ambiental del contrato Adicional 3, de manera que, en lo sucesivo, le correspondería a la ANI asumir el riesgo, según lo pactado en el contrato.

68°.- El 26 de abril de 2017, comunicación CCS-BOG-0224-17, el Concesionario acude al derecho de petición, en procura de que la ANI le responda las comunicaciones que la había enviado, poniendo de presente que ya se había efectuado el fondeo del 120% del valor correspondiente al fondeo de la subcuenta ambiental del Adicional 3, preguntando por los recursos y tiempos de desembolso de los valores a cargo de la ANI.

69°.- El 17 de agosto de 2017, a solicitud de la ANI, el fideicomiso le informó los fondeos efectuados por Autopistas de la Sabana (comunicación c303700071-2026-17).

70°.- El 11 de agosto de 2017, la ANI le remitió al Concesionario la comunicación 2017-605-026755-1, en la que dice que la Interventoría EL PINO había revisado unas operaciones que no había aprobado porque no tenían relación con “el componente ambiental y social” (...).

71°.- El 7 de marzo de 2018, la ANI le reprochó a la nueva interventoría CONSORCIO INTERVENTORES VIALES AIG que no hubiese realizado un pormenorizado análisis de todas las comunicaciones, pidiéndole que lo hiciera y relacionó muchas de ellas.

72°.- El 15 de marzo de 2018, el Concesionario pidió autorización para fondear \$800.000.000, para obras ambientales del Adicional 3 y los gastos de las consultas previas, insistió en el fondeo el 12 de abril de 2018, pero la ANI y la Interventoría no lo han autorizado, por estar en desacuerdo.

HECHOS RELACIONADOS CON LOS COSTOS DEL SERVICIO DE GESTION PREDIAL

73°.- Para la ejecución de la actividad de determinar, tramitar la disposición y titularidad de los inmuebles requeridos para la ejecución de las obras de construcción del corredor vial, se incurren en dos (2) tipos de costos: **(i)** unos referidos a la conformación del equipo de trabajo del concesionario; la contratación de abogados especializados en adquisición de inmuebles, voluntaria o por la vía de expropiación; pagar a expertos la elaboración de avalúos; etc., que corresponden a lo que se puede llamar “gestión predial” y **(ii)** otros referidos a depositar o fondear, en las subcuentas del fideicomiso previstas para el efecto, los valores que permitan pagar los gastos de la “gestión predial”, con la excepción de honorarios de abogado (que se pagan con la subcuenta principal), y la adquisición del inmueble, pagando, también, las compensaciones sociales a los propietarios, si es del caso.

Remitiéndonos al texto del contrato, este establece que todos los costos necesarios para la gestión predial se financian con los recursos que debe depositar el Concesionario en la subcuenta predial del fideicomiso.

El contrato no dice -ni podría decirlo- que el concesionario debe incurrir en costos de gestión predial que no se le pueden pagar y exige que su valor se pague con los dineros depositados en la subcuenta predial (No. 2). (...)

74°.- *En el Modificadorio No. 1 al contrato de Concesión, por el cual se delega la gestión predial, la Cláusula Segunda establece que el Concesionario es el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de las obras objeto del contrato, obligándolo de manera particular y especial (numeral 2.5), a informar por escrito sobre los predios enajenados a terceros a favor de la entidad; ficha predial, datos del expropietario, descripción completa del predio (área, ubicación, identificación, construcciones y mejoras, etc.), avalúo comercial, escritura, folio matrícula inmobiliaria; todo en las respectivas “carpetas”.*

Así mismo, el Concesionario quedó expresamente obligado (numeral 2.8) a contratar los abogados expertos que se encargasen de los procesos de expropiación, cuando fuere necesario, cuyos honorarios se pagarían con cargo a la subcuenta principal y no con la de gestión predial.

75°.- *Autopistas de la Sabana ha cumplido con la actividad de gestión predial, entendida como la ejecución de todos los trámites necesarios para adquirir, voluntariamente o por expropiación, los predios requeridos para la ejecución de las obras, tales como la elaboración de la ficha predial, estudios de títulos, avalúos, ofertas de compra, pago del precio, demandas y depósitos judiciales de los avalúos en los procesos de expropiación, gastos notariales y de registro, etc., y construyó una base de datos en la que están relacionados todos los predios adquiridos para la ejecución de las obras, indicando las actividades de gestión predial ejecutadas, la cual ha sido compartida a la Interventoría (comunicación CCS-CQR-000135-18 del 16 de febrero de 2018 y CCS-BOG-0413-18 del 25 de julio de 2018), junto con las “carpetas” de todos y cada uno de los predios adquiridos.*

Algunos pagos de los costos y gastos por los trámites de gestión predial se han efectuado con cargo a la Subcuenta Principal -los efectuados por terceros- y no a la Subcuenta 2, porque para esto último el INCO -hoy la ANI- exigió que, previamente se debía hacer la revisión de los expedientes de adquisiciones (“carpetas”).

Así mismo, el Concesionario intentó, y lo venía haciendo desde diciembre de 2011, que el INCO -hoy la ANI- permitiera que los gastos y costos de la gestión predial se reconociera aplicando una “Tabla de Gestión Predial” establecida para otros proyectos concesionados (en los que reconoce un costo de \$3.900.000 por predio adquirido), pero el INCO, primero (comunicación del 16 de mayo de 2013), y la ANI, después (noviembre 27 de 2013), rechazaron esa posibilidad.

76°.- *El Concesionario ha pagado los costos y gastos de gestión predial solicitado a la ANI la gestión predial, aplicando la tabla de valores a reconocer por la gestión predial, bien sea directamente a la entidad y ahora, dada la necesaria aprobación de la interventoría de las carpetas prediales, lo ha hecho a través de esta última, a fin de que las apruebe y posteriormente radicar la cuenta de cobro.*

77°.- *El Concesionario, mediante comunicación con radicado ANI No. 2010-409-005026-2, remitió a el INCO -hoy ANI- 21 carpetas de adquisiciones de predios concluidas, a fin de que la entidad procediera al pago de cada una de las actividades adelantadas, de conformidad con el Anexo 5 del contrato (Tabla de Valores a reconocer por la gestión predial).*

78°.- El INCO, mediante comunicación No. 20103020171611, dio respuesta al concesionario informando que “en algunos casos el concesionario no cumplió con todos los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de dichos procesos” anexando un cuadro en el que relaciona uno a uno, los ítems cobrados por el concesionario y los ítems aprobados por la entidad, solicitando atender las observaciones contenidas en el cuadro anexo a su comunicación.

79°.- Posteriormente, mediante comunicación ASSA-CCS-0419 11, con radicado en el INCO No. 2011-409-012155-2 del 5 de mayo de 2011, el Concesionario solicitó a la entidad aumentar los valores a reconocer por la gestión predial, dada la diferencia de reconocimiento por dicho concepto, en otras concesiones del país.

80°.- El INCO dio respuesta al Concesionario, con la comunicación No. 2011-302-006246-1, negando la solicitud, dada la diferencia existente entre cada uno de los proyectos concesionados afirmando que “no se encuentran razones suficientes para que la entidad deba reconsiderar para este proyecto en particular los costos reconocidos por el desarrollo de la adquisición predial”.

81°.- Desde el 2015, el concesionario ha radicado en la interventoría las carpetas con la gestión predial terminada para aprobación de pago. Sin embargo, el trámite de aprobación ha sido muy dispendioso y lento, y sin dicha aprobación y la entrega del archivo de las carpetas a la ANI, ésta no procede al respectivo pago.

82°.- Para el 2018, luego de varios comités con la Interventoría del proyecto, se acordó que el concesionario remitiría una base de datos con la relación de las carpetas, especificando cada una de las actividades, dicha relación se remitió el 16 de febrero de 2018 mediante comunicación CCS-COR-000135-18.

83°.- A la comunicación anterior la interventoría dio respuesta al concesionario, mediante comunicación 01-025-0095-18 del 7 de marzo de 2018, anexando los oficios mediante los cuales se relacionan las carpetas aprobadas por la ANI y solicita un listado total y cuantificado de cada uno de los ítems que se pretenden para el cobro.

84°.- El Concesionario dio respuesta a la interventoría, mediante comunicación CCS-BOG-0413-18 del 25 de julio de 2018, adjuntando un CD con la base de datos en la que se especifican detalladamente los predios, actividades, y valores actualizados a reconocer por cada una de éstas, de conformidad con el contrato de concesión. A la fecha, la interventoría no ha dado respuesta alguna al concesionario.

85°.- El Concesionario remitió, nuevamente la base de datos ajustada, el 25 de julio de 2018 y a la fecha no ha recibido respuesta.

86°.- Durante la ejecución del contrato, la concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS ha incurrido en los siguientes costos con ocasión de la Gestión Predial adelantada:

- ✓ Pagos efectuados al INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZI para elaboración de avalúos: \$141.889.568
- ✓ Pagos efectuados a la LONJA DE PROFESIONALES AVALUADORES por estudios y avalúos comerciales: \$41.858.000

- ✓ Pagos efectuados a la LONJA DE PROPIEDAD RAIZ DE MONTERIA por estudios y avalúos comerciales: \$114.538.400
 - ✓ Pagos efectuados a GESTIPRED por gestión predial: \$791.386.269
 - ✓ Pagos efectuados a CONASSER por gestión predial: \$484.362.986
 - ✓ Pagos de nómina, por concepto de salarios, prestaciones sociales y seguridad social, entre julio de 2009 y octubre de 2018, al personal contratado directamente por AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS para conformar el equipo de gestión predial: \$5.285.225.488
- TOTAL GASTOS DE GESTIÓN PREDIAL: \$6.859.260.711.”

4.3. Contestación de la demanda y excepciones interpuestas

La Parte Convocada contestó oportunamente la demanda reformada, oponiéndose a las pretensiones formuladas en ésta y pronunciándose sobre los hechos expuestos por la Convocante, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente, formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos e invocando las siguientes excepciones de mérito:

“FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FRENTE A RECLAMOS POR EL HECHO DE REDUCCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL BENEFICIO TRIBUTARIO – HECHO DEL LEGISLADOR”

“INEPTA DEMANDA POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS FORMALES”

“RELACIONADOS CON EL BENEFICIO TRIBUTARIO POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS”

“A. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – ADICIONAL SEGUNDO –”

“B. INAPLICABILIDAD DEL BENEFICIO TRIBUTARIO POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS RESPECTO DEL ADICIONAL SEGUNDO PARA EL PERIODO GRAVABLE 2014 A 2016”

“C. DE LOS REQUISITOS PARA QUE LOS BIENES SEAN CONSIDERADOS “ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS” Y POR ENDE SE PUDIERAN DESCONTAR”

“D. RIESGO TRIBUTARIO A CARGO DEL CONCESIONARIO – ADICIONAL TERCERO –”

“RELACIONADOS CON EL RIESGO DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS”

“A. DEL VALOR NORMATIVO DEL CONTRATO. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES. BUENA FE CONTRACTUAL”

“EXCEPCIÓN GENÉRICA”

5. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU CONTESTACIÓN

5.1. Las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada

La Parte Convocada solicitó al Tribunal despachar favorablemente las pretensiones que se transcriben a continuación:

“Primera. – Que se declare que las Cláusulas 22 y 23 del Contrato de Concesión 002 de 2007 prevén la forma en la que se deben administrar y manejar las subcuentas ambientales.

Segunda. – Que se declare que la Sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S realizó pagos haciendo uso de los recursos de las subcuentas ambientales, sin que dichos pagos correspondieran con la destinación dada en el Contrato a dicha subcuenta.

Tercera. – Que se declare que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S, incumplió el Contrato de Concesión 002 de 2007 al hacer uso indebido de los recursos de la subcuenta ambiental.

Cuarta. – Que se declare que, como consecuencia de la pretensión anterior, el Concesionario debe reembolsar a las subcuentas ambientales correspondientes, el dinero pagado de dicha subcuenta por conceptos diferentes a los indicados en la Cláusula 22 del Contrato de Concesión 002 de 2007.

Quinta. - Que se declare que, como consecuencia de la utilización indebida de las subcuentas ambientales, el pago de las obligaciones de esta subcuenta no excedió la suma asignada al Concesionario en la Cláusula 22.7 del Contrato para los costos ambientales, razón por la cual la ANI no tiene obligación de cubrir dichos valores.

Sexta. – Que se declare que, al no haberse excedido el valor de los fondeos asignados por el Contrato al Concesionario, no se activó el riesgo ambiental en cabeza de la ANI.

Séptima. – Que se declare que, al capital que debe ser reembolsado por el Concesionario se deben aplicar los intereses previstos en la Cláusula 56 del Contrato de Concesión 002 de 2007.

Octava. – Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se CONDENE a Autopistas de la Sabana S.A.S a reembolsar en las subcuentas ambientales la suma de \$32.033.619.743,58 por los siguientes conceptos:

LIQUIDACIÓN DE DEUDA A FAVOR DE LA ANI

Capital Inicialmente Autorizado	\$ 18.794.984.440,00
Intereses remuneratorios	\$ 2.801.051.308,30
Intereses moratorios	\$ 10.437.583.995,28
Total	\$ 32.033.619.743,58

Fuente: Cálculos de la Interventoría con base en información de Interventoría y ANI de Ordenes de Pago Revisadas

Novena. - Que se declare que, el Concesionario realizó fondeos en la Subcuenta 1 de interventoría que no estaban certificados por la fiduciaria administradora del patrimonio autónomo.

Décima: Que se condene en Costas y Agencias en Derecho a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S.”

5.2. Los fundamentos fácticos de la demanda de reconvención

La Parte Convocada fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos expuestos en la demanda de reconvención reformada:

“V. HECHOS DE LA DEMANDA.

1. *El Contrato de Concesión 002 de 2007 dispone de cuatro (4) subcuentas ambientales así: i) Subcuenta 5 prevista en el Contrato Básico; ii) Subcuenta del Orosí #3; iii) Subcuenta del Adicional #2 y; iv) subcuenta del Adicional #3. A su turno, los numerales 23.4 de la Cláusula 23 y 22.3 de la Cláusula 22 prevén la forma en la que se deben administrara los recursos de dichas subcuentas, limitando el uso de estas a las destinaciones que específicamente allí se señalan.*
2. *El 8 de junio de 2016, mediante Radicado ANI 20164090470572, el concesionario Autopistas de la Sabana S.A. requirió autorización a la ANI para proceder al fondeo de la subcuenta ambiental del Adicional 3, aduciendo que los recursos existentes en dicha subcuenta resultaban insuficientes para atender las obligaciones ambientales causadas y que, en virtud de que el mismo ya había depositado un 20% adicional al valor inicial, se configuraba el riesgo ambiental, estando en cabeza de la ANI asumir los valores faltantes.*
3. *Mediante Radicado ANI 20166030199931 de fecha 7 de julio de 2016, la ANI requirió a la Interventoría El Pino para que verificara si los reembolsos solicitados por el Concesionario por fondeos que exceden el monto determinado en el Contrato correspondían exclusivamente a temas ambientales.*
4. *Mediante Radicado ANI 20165000316371 de fecha 10 de octubre de 2016, la ANI requirió nuevamente a la interventoría El Pino para que conceptuara sobre los fondeos hechos presuntamente en exceso por el Concesionario e identificara si los pagos derivados de esos recursos corresponden exclusivamente a temas ambientales*
5. *Mediante Radicado ANI 20164090874762 de fecha 28 de septiembre de 2016, la interventoría El Pino informó que no contó con información suficiente para determinar si en realidad se configuró un riesgo ambiental que deba cubrir la Entidad, razón por la cual solicitó a la ANI requerir al concesionario todos los soportes que acreditaran el pago de las obligaciones ambientales, advirtiéndole que, en el evento en el que se encontraran pagos que no correspondieran a obligaciones ambientales el concesionario debía reembolsar el dinero.*
6. *El 28 de abril de 2017, mediante Radicado ANI 20174090445672, el Concesionario presentó comunicación a la Entidad informando que superó el fondeo de la subcuenta ambiental por 120%, razón por la cual se activó el riesgo ambiental a cargo de la ANI y solicitó en consecuencia que, la Agencia informara si contaba con los recursos para el pago de los “fondeos en exceso”, así como la forma en les serían pagados.*
7. *Mediante Radicado ANI 20175000167551 de fecha 2 de junio de 2017, la ANI informó al Concesionario que, a efectos de determinar el uso de los recursos de la subcuenta ambiental se requirió a la interventoría para que realizara una auditoría a las subcuentas y determinara si es cierto que existen necesidades en exceso ambiental para el Adicional 3 así como revisar el estado de todas las subcuentas ambientales. Adicionalmente, la Agencia señaló que a la fecha no tenía los soportes necesarios para establecer si existían deudas a favor del Concesionario por el concepto en análisis.*

8. *Mediante radicado ANI 20174090846072 de fecha 10 de agosto de 2017, la Interventoría envió un resultado parcial de la auditoría realizada a las subcuentas ambientales, informando que se evidenciaba que 6.18% del valor total de las operaciones se encontraban ajustados a los requisitos del Contrato y que el 93.82% restante correspondía a operaciones ajenas a las subcuentas ambientales.*
9. *El 22 de junio de 2017, la interventoría El Pino terminó sus funciones por lo que no pudo concluir el análisis de las subcuentas ambientales que le fue encargado.*
10. *El 30 de junio de 2017, se suscribió contrato con la sociedad Consorcio Interventores viales AIG para que efectuara las labores de interventoría del Contrato de Concesión 002 de 2007.*
11. *Mediante radicado ANI 20176050257551 de fecha 11 de agosto de 2017, la ANI requirió a la Interventoría Consorcio Interventores viales AIG para que realizara una nueva auditoría a las subcuentas ambientales y generara un reporte completo de todos los pagos.*
12. *Mediante radicado ANI 20184090262242 de fecha 14 de marzo de 2018, la Interventoría Consorcio Interventores viales AIG presentó el reporte requerido en el que se evidenció que gran parte de los pagos realizados mediante las subcuentas ambientales corresponden a gastos que el Concesionario debía cubrir desde los recursos de la subcuenta principal, concluyendo que el monto de los pagos que no cumplen con el uso contractual de la subcuenta ambiental asciende a \$18.794.984.440,00 pesos corrientes, discriminados así:*

SUBCUENTAS AMBIENTALES	VALOR NO AVALADO
2002358 ALCANCE BASICO	\$ 8.225.438.868,00
2003087 ADICIONAL 3	\$ 9.167.815.357,00
2003085 ADICIONAL 2	\$ 534.918.159,00
2003086 OTROS SI 3	\$ 866.812.056,00
TOTAL	\$ 18.794.984.440,00

13. *El 18 de abril de 2018, mediante comunicación dirigida al Concesionario con radicado ANI 20183060116811, la ANI requirió que en un término de cinco días se hiciera el reembolso a las subcuentas ambientales de los pagos que fueron efectuados de estas subcuentas en desconocimiento de las condiciones contractuales y que fueron evidenciados en la comunicación con radicado ANI 20184090262242. En esta solicitud se requirió al concesionario el pago de los intereses que establece la Cláusula 56 del Contrato de Concesión a corte 28 de febrero de 2018, exigiendo al Concesionario un pago por valor de \$30.488.779.227,61 que se discriminan a continuación:*

<i>Capital Inicial</i>	<i>\$18.794.984.440,00</i>
<i>Intereses Remuneratorios</i>	<i>\$2.788.416.753,34</i>
<i>Intereses Moratorios</i>	<i>\$8.905.378.034,26</i>
<i>Total</i>	<i>\$30.488779.227,61</i>

14. *Mediante radicados ANI 20184090440652 y 20184090493862 de fechas 4 y 18 de mayo de 2018 respectivamente el concesionario respondió que no estaba de acuerdo con la conclusión de la Agencia y*

la Interventoría, considerando improcedente el reintegro requerido y solicitando una nueva revisión del tema. Sin embargo, cabe resaltar que el concesionario no presentó ningún argumento ni pruebas frente al informe de auditoría de las subcuentas, que controvirtiera lo expuesto por la Agencia.

15. *El 19 de julio de 2018, la ANI dio respuesta a las comunicaciones 20184090440652 y 20184090493862 a través de comunicación con radicado ANI 20183060222681, por medio de la cual se le informó al Concesionario que no se realizarían nuevas revisiones de las subcuentas ambientales, debido a que en las dos comunicaciones antes citadas no se presentaron elementos que controvirtieran el concepto emitido por la interventoría.*
16. *Mediante radicado ANI 20183060073651 de fecha 7 de marzo de 2018 la ANI requirió a la interventoría para que conceptuara sobre las comunicaciones remitidas por el Concesionario en las que cobra a la ANI por supuestos fondeos en exceso.*
17. *Mediante radicado ANI 20184090368082 de fecha 13 de abril de 2018, en respuesta al radicado 20183060073651, la interventoría Consorcio Interventores Viales AIG informa que:*
 - *De las 40 comunicaciones, las primeras 21 no tienen ningún soporte, ni aclaran para que serán destinados los recursos.*
 - *En ocho comunicaciones, donde describen para que serán utilizados los recursos, no corresponden a actividades que deben ser avaladas por estas subcuentas ambientales, por ejemplo: Honorarios de biólogo, seguimientos ANLA, materiales para estabilización de taludes.*
 - *Los pagos por seguimiento a tasas no son imputables a la subcuenta No.5 de acuerdo con lo definido en el numeral 5.4 y 22.3.*
 - *Los costos asociados a la consulta previa como requisito previo a la consecución de la Licencia Ambiental deben ser asumidos a cuenta y riesgo del Concesionario de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 27.15 del Contrato de Concesión.*
 - *La elaboración de estudios ambientales se considera a cuenta y riesgo del Concesionario de acuerdo al numeral 27.15 y 28.*
18. *Mediante radicado ANI 20183060222681 de fecha 18 de julio de 2018 la ANI reitera al concesionario la solicitud de reintegro a las subcuentas ambientales de los pagos que no fueron aprobados por la interventoría por no encontrarse debidamente soportados contractualmente.*
19. *Mediante radicado ANI 20184090748472 de fecha 26 de julio de 2018 el concesionario manifiesta su desacuerdo con el resultado de la auditoría a las subcuentas ambientales realizadas por la interventoría, sin justificar su desacuerdo.*
20. *Mediante radicado ANI 20183060310721 de fecha 18 de septiembre de 2018 la ANI reitera al concesionario que, de acuerdo con la auditoría de interventoría realizada a las subcuentas ambientales, el Concesionario hizo pagos desde las subcuentas ambientales que no corresponden con la destinación establecida en las cláusulas del*

Contrato de Concesión para estas subcuentas, razón por la cual dichos fondeos no se pueden considerar como un exceso que deba asumir la Agencia, puesto que el Concesionario aún no ha efectuado los reembolsos a las subcuentas ambientales correspondientes.

21. *A la fecha de presentación de la presente reforma a la demanda de reconvencción, el Concesionario no ha efectuado el reembolso de las sumas de dinero que fueron pagadas indebidamente desde la subcuenta ambiental.*
22. *En el proceso de validación del anexo financiero del acuerdo conciliatorio, se identificó que fueron incluidos fondeos en la Subcuenta 1 de interventoría que no estaban certificados por la fiduciaria administradora del patrimonio autónomo, en consecuencia, se requirió al concesionario mediante comunicación con radicado ANI 2017-308030329-1 del 18 de septiembre de 2017 con el fin de llegar a un acuerdo sobre el ajuste, lo cual a la fecha no ha tenido respuesta por parte del concesionario.”*

5.3. Contestación de la demanda de reconvencción y excepciones interpuestas

La Parte Convocante contestó oportunamente la demanda de reconvencción reformada, oponiéndose a las pretensiones formuladas en ésta y pronunciándose sobre los hechos expuestos por la Convocada, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente, formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos e invocando las siguientes excepciones de mérito:

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO DE RECURSOS A LAS SUBCUENTAS AMBIENTALES DEL FIDEICOMISO”

“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”

“SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO”

“DE EFECTO DE COSA JUZGADA POR CONCILIACIÓN JUDICIAL APROBADA”

“INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS AMBIGUAS Y CONTRADICTORIAS DEL CONTRATO”

“INEXISTENCIA DE DAÑOS O PERJUICIOS CAUSADOS A LA ANI POR EL CONCESIONARIO AUTOPISTAS DE LA SABANA”

“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y DE LA BUENA FE”

“INEXISTENCIA DE REQUERIMIENTO POR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DE CONSTITUCIÓN EN MORA”

“EXCEPCIÓN GENÉRICA”

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En audiencia llevada a cabo el 5 de diciembre de 2019, el Procurador 132 Judicial para Asuntos Administrativos, agente del Ministerio Público

designado para este proceso, emitió su concepto en relación con el trámite que se le ha impartido al proceso, así como sobre las pretensiones sometidas a la decisión del panel arbitral, concepto al cual se referirá el Tribunal en las consideraciones de fondo.

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir el fondo de las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal procederá éste a analizar si se encuentran reunidos los “presupuestos procesales”, esto es, “*las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa*”¹⁴.

1.1. Capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso

Tanto la Convocante como la Convocada son personas jurídicas debidamente constituidas y adecuadamente representadas conforme a la ley, por lo cual, los presupuestos conocidos como “capacidad para ser parte” y “capacidad para comparecer al proceso” se verifican a plenitud.

1.2. Demanda en forma

La Parte Convocada propuso como excepción frente a las pretensiones de la demanda reformada, la que denominó “*INEPTA DEMANDA POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS LEGALES*”, bajo el argumento consistente en que, según dicha parte, la demanda no cumple con los requisitos establecidos en los numerales 4 y 5 del artículo 82 del Código General del Proceso, según los cuales, la demanda debe contener “*4. Lo que se pretenda expresado con precisión y claridad*” y “*5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados*”.

Precisa la Convocada que “*Revisada las pretensiones de la demanda contra los hechos (...), así como las pruebas que sirven de sustento a las pretensiones (...) se obtiene que respecto de las pretensiones en relación con el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos (pretensiones quinta, octava), de las pretensiones en relación con el depósito de sumas de dinero (...) requeridas para la adquisición predial (pretensiones décima segunda, décima cuarta, décima séptima), pretensiones en relación con pago de predios por orden judicial (pretensiones vigésima tercera), no aporta prueba siquiera sumaria soportada en hechos, (...).*” (Subrayado fuera del texto)

El reparo planteado por la Convocada, consistente en que la Convocante, no habría aportado pruebas respecto de las pretensiones citadas, no es motivo que afecta la validez formal de la demanda. Los requisitos que debe contener toda demanda exigidos en los numerales 4 y 5 del artículo 82 del estatuto procesal, no se refieren a que la demandante debe aportar prueba de cada una de sus pretensiones. La eventual ausencia de pruebas respecto de determinada pretensión tendrá efecto en la prosperidad de la misma pero

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012; Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

no en el cumplimiento de los requisitos de forma que debe cumplir la demanda.

Por otra parte, el Tribunal encuentra que las pretensiones citadas por la Convocada bajo la excepción en comento fueron planteadas con precisión y claridad y se sustentan en hechos debidamente determinados, clasificados y numerados, razón por la cual, el Tribunal habrá de rechazar la excepción bajo estudio en la parte resolutive de este laudo.

Visto lo anterior, toda vez que la demanda presentada por la Parte Convocante como la demanda de reconvencción presentada por la Parte Convocada, en los términos en que fueron reformadas, satisfacen las exigencias formales previstas en la Ley, se cumple en este caso con el presupuesto denominado “*demanda en forma*”.

1.3. Competencia del Tribunal

En este aparte procederá el Tribunal a ocuparse puntualmente de los reparos que frente a la competencia ha propuesto la Parte Convocada:

La Parte Convocada propuso la excepción relativa a la competencia del Tribunal que denominó “*FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FRENTE A RECLAMOS POR EL HECHO DE REDUCCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL BENEFICIO TRIBUTARIO – HECHO DEL LEGISLADOR*”.

Como sustento de esta excepción la Convocada afirma en la contestación de la demanda reformada que “*(...) la variación y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, obedece a una decisión autónoma e independiente del legislador y por lo tanto ajena a la órbita de decisión de la Agencia Nacional de Infraestructura, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad a la Entidad Contratante por dicho cambio.*” Agrega la Convocada que “*Siendo entonces el legislador el causante del hecho dañoso, esto en caso de que se probara la existencia del daño, sería éste el sujeto pasivo de la demanda (...) por la variación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos.*”, razón por la cual el Tribunal no es competente “*(...) en la medida en que escapa a la relación contractual existente entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S.*”

A efectos de decidir de fondo la mencionada excepción, el Tribunal recoge lo expuesto en el auto por medio del cual se declaró competente para conocer y decidir en derecho sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda reformada y sobre las excepciones planteadas frente a éstas, oportunidad en la que el Tribunal manifestó:

“*Al respecto, el Tribunal encuentra que las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda relativas a la variación y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos se encuentran dirigidas a determinar si la Agencia Nacional de Infraestructura debe o no, por virtud de la ley y/o del contrato, asumir las consecuencias económicas de las modificaciones a dicho régimen impuestas por el legislador, aspecto que se encuentra cubierto por el pacto arbitral contenido en el Contrato de Concesión No. 002 de 2017. Advierte el Tribunal que esas pretensiones no están dirigidas a buscar una declaratoria de responsabilidad del legislador, caso en el cual efectivamente carecería de competencia por el factor subjetivo, sino*

a determinar si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato que deba ser o no reestablecido por la entidad concedente.

Por otra parte, la Convocada sostiene que en la pretensión primera de la demanda se incurre en el mismo error, toda vez que '(...) se pretende una declaración general del efecto de una norma, y que no se circunscribe al pacto arbitral convenido entre las partes; esta pretensión versa sobre una decisión autónoma, independiente y netamente proveniente del legislador, la cual no solo es ajena al conocimiento de esta Entidad, sino que escapa la competencia del H. Panel arbitral.'

Sobre este particular, para el Tribunal es importante tener en cuenta que el análisis de esta pretensión se debe hacer en conjunto con las demás pretensiones agrupadas bajo el subtítulo "1. EN RELACIÓN CON EL BENEFICIO TRIBUTARIO POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS", pues está claro que dicha pretensión guarda coherencia con las demás allí contenidas, formando así un cuerpo o conjunto concatenado de pretensiones cuyo contenido y alcance se encuentran claramente cubiertos por la cláusula compromisoria invocada, pues en últimas lo que plantea el contratista es el impacto económico que tuvo en la relación comercial la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos."

En la citada Primera Audiencia de Trámite, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la Convocada contra el auto mediante el cual el Tribunal declaró su competencia, el Tribunal agregó que *"En cuanto a los reparos de la Convocada relacionados con la expresión "como todos los contribuyentes", contenida en la pretensión primera, el Tribunal considera que la misma no puede ser entendida como una declaración o petición en favor de todos los contribuyentes del impuesto de renta que trasgrediría el principio de que el proceso es res inter partes, sino como una simple referencia a la generalidad de la ley, como resulta obvio."*

Estima el Tribunal que los planteamientos expuestos en la Primera Audiencia de Trámite, transcritos anteriormente, una vez practicadas y valoradas las pruebas decretadas en el proceso, siguen siendo plenamente válidos y aplicables para rechazar la excepción bajo estudio, como en efecto procederá a hacerlo en la parte resolutive de esta providencia.

1.4. Conclusión

Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra reunidos los presupuestos procesales necesarios para decidir sobre el mérito de las controversias debatidas en este proceso.

2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES

A efectos de estudiar y decidir sobre las pretensiones y excepciones de mérito que fueron planteadas en el presente trámite arbitral, tanto en la demanda arbitral reformada, en la demanda de reconvenición reformada y en los respectivos escritos de contestación, el Tribunal abordará los siguientes temas que refieren y delimitan la cuestión arbitrable:

- La deducción o beneficio tributario especial por inversión en activos fijos reales productivos

- El riesgo atinente a la adquisición de predios para el proyecto, su asignación y las consecuencias derivadas de su ocurrencia o concreción
- Los fondeos en la Subcuenta Ambiental y el cumplimiento de las obligaciones contractuales atinente a esta materia
- El reconocimiento de costos relacionados con la gestión predial
- Los eventos acaecidos durante la construcción de la doble calzada Sincelejo - Toluvié

A. Cuestión arbitrable sobre la deducción o beneficio tributario especial por inversión en activos fijos reales productivos

Uno de los aspectos que se debate en el marco del presente trámite arbitral concierne a los supuestos perjuicios padecidos por la sociedad convocante a raíz de la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos. Para el efecto, se tendrán en cuenta las pretensiones de la concesionaria, el fundamento fáctico y jurídico de las mismas, así como las excepciones y oposiciones de la entidad convocada y el concepto rendido por el Ministerio Público sobre el particular.

1. La posición de la parte convocante

En el escrito de demanda arbitral reformada -pretensiones primera a décima primera principales y primera pretensión subsidiaria-, la parte convocante formuló una serie de pedimentos relacionados con el denominado beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos. Sobre el particular, el demandante aduce que, para el caso del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, celebrados entre el INCO (hoy ANI) y la sociedad Autopistas de la Sabana S.A., es determinante considerar que, al momento en que se elaboraron los respectivos modelos financieros por parte del INCO, fue tenido en cuenta el denominado beneficio tributario o la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos como elemento o componente de la “remuneración” prevista por la ejecución de las obras y trabajos concernientes a los alcances progresivos que fueron activados mediante estos dos documentos adicionales.

De manera concreta, en la demanda reformada se indica que, en vigencia del artículo 8 de la Ley 1111 de 2006¹⁵ -norma que modificó el artículo 68

¹⁵ Art. 8, Ley 1111 de 2006: “Modifícase el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, el cual queda así: “Artículo 158-3. Deducción por inversión en activos fijos. A partir del 1o de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este Estatuto.

“La utilización de esta deducción no genera utilidad gravada en cabeza de los socios o accionistas.

“La deducción por inversión en activos fijos sólo podrá aplicarse con ocasión de aquellos activos fijos adquiridos que no hayan sido objeto de transacción alguna entre las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas, y la declarante, en el evento en que las hubiere.

de la Ley 869 de 2003-, las partes contratantes suscribieron el Adicional No. 2 de cinco (5) de agosto de 2009, mediante el cual se activó uno de los alcances progresivos del proyecto de concesión vial Córdoba-Sucre. De acuerdo con la norma en mención, las personas naturales o jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta que efectuaran inversiones en activos fijos reales productivos tendrían un beneficio tributario según el cual, para calcular el impuesto sobre la renta del respectivo año o periodo gravable, podrían deducir de la base gravable el 40% del valor de tales inversiones, lo cual significaba un menor valor a pagar por concepto de impuesto sobre la renta.

Fue así como, al fijarse la remuneración del concesionario atinente al referido Adicional No. 2, se estipuló expresamente en el párrafo tercero de dicho documento modificadorio que, *“La remuneración del concesionario para efectos del presente Adicional se calculó suponiendo que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40% otorgado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, es aplicable a este proyecto específico. De no ser así, o si la DIAN retira este beneficio se compensará al CONCESIONARIO AUTOPISTAS DE LA SABANA, por el desequilibrio generado en la adición del proyecto, bajo los mismos supuestos técnicos y financieros manejados en la metodología financiera soporte del presente adicional”*.

Pese a lo anterior, el 30 de diciembre de 2009, se expidió la Ley 1370 que dispuso en su artículo 10¹⁶ que el beneficio tributario en comento, a partir del periodo gravable 2010, sería apenas del 30% calculado sobre el valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos reales productivos, significando ello una reducción en la deducción que obtendría la sociedad concesionaria al liquidar y pagar el impuesto sobre renta.

Ahora bien, en vigencia de esta nueva disposición normativa, se celebró entre las partes el referido Adicional No. 3 de 29 de marzo de 2010, a través del cual se activó otro alcance progresivo del contrato de concesión vial Córdoba-Sucre. Al igual de lo ocurrido con el Adicional No. 2, al proyectarse el modelo financiero del Adicional No. 3, el INCO tuvo en cuenta que seguía vigente la deducción especial en comento -pese a su reducción- y, por ende, la consideró como uno de los componentes de la “remuneración” del contrato modificadorio y/o adicional, previéndose para el efecto en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del Adicional No. 3 que, *“Igualmente, para el cálculo de la remuneración del CONCESIONARIO para el presente adicional se considera el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30% otorgado por normatividad vigente”*.

“PARÁGRAFO. Los contribuyentes que adquieran activos fijos depreciables a partir del 1o de enero de 2007 y utilicen la deducción aquí establecida, sólo podrán depreciar dichos activos por el sistema de línea recta de conformidad con lo establecido en este Estatuto”.

¹⁶ Art. 10, Ley 1370 de 2009: *“Adiciónese el artículo 158-3 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:*

“Párrafo 2o. A partir del período gravable 2010, la deducción a que se refiere este artículo será del treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas sólo en activos fijos reales productivos”.

Conforme a lo anterior, el apoderado judicial de la convocante manifiesta que el INCO, al proyectar el flujo de caja correspondiente al Adicional No. 2 y al Adicional No. 3, tomó como variable la prerrogativa fiscal o el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos, convirtiéndose así en uno de los factores considerados al momento de calcular la remuneración respectiva. Esto significó, entonces, que el menor valor a pagar por impuesto de renta en cada periodo gravable por la aplicación del beneficio tributario bajo análisis fue tenido en cuenta como circunstancia indirecta, pero determinante, para disminuir el aporte de recursos estatales en favor del proyecto.

En otras palabras, si bien era cierto que el concesionario, como sujeto contribuyente del impuesto sobre la renta, podía aplicar la deducción por inversión en activos fijos reales productivos, tal disminución no redundaba en beneficios directos para el contratista, sino que los efectos de esta operación fueron considerados desde los modelos financieros proyectados para el Adicional No. 2 y para el Adicional No. 3 como una variable tendiente a reducir, en proporción, el aporte de recursos por parte de la entidad estatal contratante.

Este panorama cambió en definitiva con la expedición de la Ley 1430 de 29 de diciembre de 2010, norma que en su artículo 1º prescribió con claridad que, *“A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo”*, esto es, del beneficio especial por inversión en activos fijos reales productivos.

Según se alega en la demanda arbitral reformada, la disminución del beneficio tributario en comento, primero, y su completa eliminación, después, significó para el concesionario la imposibilidad de aplicar esta deducción y, en consecuencia, la obligación de calcular y pagar en su totalidad el impuesto de renta de acuerdo con la base gravable correspondiente a cada periodo sin rebaja alguna, padeciendo así perjuicios o efectos económicos adversos que la ANI -convocada en este trámite arbitral- tiene el deber contractual y legal de compensar.

Vale señalar en este sentido que, la demanda hace mención a la existencia de otra controversia suscitada con anterioridad entre las mismas partes y por el mismo concepto, esto es, por la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, precisando al respecto que en aquella ocasión, el Tribunal de arbitraje negó las pretensiones formuladas en su momento por la sociedad concesionaria al advertir que las mismas estaban fundamentadas en simples proyecciones financieras que no daban cuenta de la existencia real y concreta de un daño que pudiera ser objeto de compensación o resarcimiento, a raíz de la disminución y eliminación legal del beneficio en comento.

Al respecto, la convocante es clara en advertir que ante este Tribunal de Justicia ha formulado sus pretensiones relacionadas también con la

deducción especial *sub examine*, pero tratándose del periodo comprendido entre los años 2014 y 2017, toda vez que, en estos años, la sociedad concesionaria sí ha padecido perjuicios reales, directos y ciertos en lo que respecta a, “... las rentas, pérdidas e impuestos pagados, determinado por la sola comparación y determinación de las diferencias entre la declaración de renta presentada en esos años y la que resultaría de aplicar el beneficio tributario”. Según expone la demanda, la concesionaria, “... dada la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario, tuvo que pagar a la DIAN un valor de \$18.126.979.000 por concepto de renta, que no habría debido pagar de haber mantenido sin cambios el beneficio tributario considerado en los Contratos Adicionales 2 y 3, como estructura financiera que sirvió para consentir su ejecución”.

Con fundamento en lo expuesto, se formulan en el escrito de demanda arbitral reformada las siguientes pretensiones declarativas y de condena¹⁷:

“PRIMERA.- Que se DECLARE que la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS, como todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta en Colombia, podía deducir en sus declaraciones de impuesto de renta, en los porcentajes y condiciones de ley, las inversiones que realizara en activos fijos reales productivos, derecho legal consagrado en las leyes 863 de 2003, 1111 de 2006 y 1370 de 2009, el cual le permitía gozar de los beneficios económicos fiscales que esa deducción representaba.

“SEGUNDA.- Que se DECLARE que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Contrato Adicional No. 2 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional.

“TERCERA.- Que se DECLARE que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Contrato Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional.

“CUARTA.- Que se DECLARE que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos empleado por el INCO en las estimaciones y cálculos de la estructuración financiera de los Contratos Adicionales Nos. 2 y 3, tuvo como finalidad proyectar, para tener en cuenta, el menor impuesto a pagar que tendría el CONCESIONARIO por esa prerrogativa fiscal y demás beneficios económicos fiscales, para trasladar el valor calculado en beneficio del proyecto y reducir los aportes que debía hacer el INCO para garantizar la financiación de su ejecución.

“QUINTA.- Que se DECLARE que la reducción, primero, y la eliminación, posterior, del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, afectó desfavorablemente la estructura financiera y la conmutatividad considerada para consentir la celebración de los contratos adicionales Nos. 2 y 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, causando efectos económicos desfavorables al CONCESIONARIO.

“SEXTA.- Que, como consecuencia de lo anterior, se DECLARE que el CONCESIONARIO tiene el derecho legal y contractual a ser compensado

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 279 a 281.

por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, entidad estatal que se subrogó de los derechos y obligaciones contractuales del INCO, en una cantidad de dinero equivalente a la afectación económica sufrida por la disminución y la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos.

“SÉPTIMA.- Que se DECLARE que la afectación económica sufrida por el CONCESIONARIO, en lo que va corrido de la ejecución del proyecto, como consecuencia de la disminución y de la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, asciende a \$18.422.182.000 (diez y ocho mil cuatrocientos veintidós millones ciento ochenta y dos mil pesos), por concepto de impuesto de renta pagado.

“OCTAVA.- Que, como consecuencia de lo anterior, se CONDENE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagarle a la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS la suma de \$18.422.182.000 y, en todo caso, la suma de dinero necesaria para compensarle los efectos económicos adversos ocasionados por la disminución y la eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos considerados en la estructuración financiera de los Contratos Adicionales Nos. 2 y 3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

“NOVENA.- Los valores de condena de la pretensión anterior deberá actualizarse con el IPC, desde la fecha en la que el CONCESIONARIO sufrió la afectación económica, es decir desde que el CONCESIONARIO hizo los pagos a la DIAN por impuesto de renta y hasta la fecha del laudo.

“DÉCIMA.- Que se DECLARE que, desde el año 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2017, en virtud de la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos asociados a los contratos adicionales 2 y 3 (cláusulas cuartas), en ese periodo, el monto total derivado de la imposibilidad de acumular pérdidas fiscales, asciende a la suma de \$46.821.960.124; el mayor valor del anticipo de renta pagado por el concesionario asciende a \$5.806.831.060; el mayor saldo a favor del impuesto de renta que se habría generado sería de \$3.916.340.040 y los excesos de renta presuntiva sobre renta líquida acumulados pendientes de compensar, ascenderían a \$3.220.788.324.

“DÉCIMA PRIMERA.- Solicito que se DECLARE, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones primera a quinta y de la pretensión anterior, que la ANI está obligada contractual y legalmente a adoptar las medidas de ajuste de la estructuración financiera del Contrato de Concesión, introduciendo una fórmula, un mecanismo o procedimiento de ajuste, medida o adición contractual que sustituya los efectos adversos que se esperan por la eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos, con el fin de restablecer la estructura financiera equivalente al momento de su celebración.

“(…)

“2.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

“Como PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA de la pretensión DÉCIMA PRIMERA, solicito al Tribunal de Arbitramento que extienda el plazo de duración del contrato en 69 meses, mecanismo de compensación por la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario de inversión en activos fijos productivos de los contratos adicionales 2 y 3.”

En el marco delimitado por las pretensiones citadas, resulta importante referir a lo expuesto por la convocante en sus alegatos de conclusión,

oportunidad en la cual recabó o hizo énfasis en la existencia de un daño cierto en detrimento de los intereses de su poderdante. En efecto, con el propósito de recomponer lo sucedido en el trámite arbitral anterior en que se sometió y decidió también lo atinente a los efectos o impactos causados con la reducción y posterior eliminación del beneficio por inversión en activos fijos reales productivos, la sociedad concesionaria concluye que, “... en el presente trámite se probó la existencia de efectos económicos adversos ciertos, presentes y reales, en razón de la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos, materializándose estos en los mayores desembolsos que debió efectuar el Concesionario para el pago del anticipo e impuesto de renta, en razón de los mayores valores en saldos a favor, mayor valor de pérdidas fiscales y mayor valor de excesos de renta presuntiva que se generaron tras la eliminación del señalado beneficio. Hechos estos que, en todo sentido, afectó (sic) el flujo de caja de cada uno de los proyectos (refiriéndonos al alcance previsto para cada adicional) y, por ende, la TIR prevista para cada uno de ellos”.

2. La posición de la parte convocada

En el escrito de contestación a la demanda arbitral reformada, el apoderado judicial de la ANI se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en relación con la deducción por inversión en activos fijos productivos. Así mismo, planteó una serie de excepciones referidas a este asunto en particular, respecto de las cuales habrá de pronunciarse el Tribunal al constituir materia arbitrable. En particular, se proponen las siguientes excepciones:

- **“Falta de competencia del Tribunal frente a reclamos por el hecho de reducción y eliminación del beneficio tributario – Hecho del legislador”**

Se manifiesta como sustento de esta excepción que, supuestamente, el Tribunal carece de competencia para conocer y decidir del asunto en cuestión, habida cuenta que, lo concerniente a la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos corresponde a un “hecho del legislador”, por tanto, siendo “... el legislador el causante del hecho dañoso, esto en caso de que se probara la existencia de daño, sería éste el sujeto pasivo de la demanda hoy incoada en contra de la ANI por la variación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos”.

Al tratarse, entonces, de un asunto que -en sentir de la convocada- escapa o es ajeno a la relación contractual, no sería este Tribunal de Justicia el competente para pronunciarse sobre las pretensiones que atañen a la deducción especial en comento.

- **“Inepta demanda por no cumplir con los requisitos formales”**

Como sustento de esta excepción, se indica en la contestación de la demanda reformada que, presuntamente, la sociedad convocante no atendió lo dispuesto en el artículo 82 del Código General del Proceso, en razón a que, tratándose de varias pretensiones, no se aportó medio de prueba alguno que permitiera evidenciar, al menos sumariamente, que los pedimentos planteados en la demanda tienen mérito de prosperidad.

- **“Inexistencia de desequilibrio económico del contrato - Adicional Segundo-”**

El apoderado judicial de la entidad pública convocada aduce en este sentido que, de acuerdo con lo estipulado en el parágrafo tercero de la cláusula 4 del Adicional No. 2 -antes citado-, la compensación allí convenida procedía por la variación de las condiciones del beneficio por inversión en activos fijos productivos y, además, si los efectos de tales cambios generaban para el contrato un probado desequilibrio económico en detrimento de la sociedad contratista. Bajo este entendimiento, se alega en el escrito de contestación que, si bien existió una variación relacionada con la deducción especial en comento, la cual fue disminuida y posteriormente eliminada por el legislador, no existen fundamentos fácticos ni probatorios que den cuenta de la existencia de un desequilibrio económico en lo que respecta al Adicional No. 2 y que merezca una compensación de parte de la ANI.

En este entendimiento, para la entidad convocada no puede alegarse la existencia de un desequilibrio económico del contrato para el caso del Adicional No. 2, pues sobre el particular no existen pruebas siquiera sumarias que den cuenta de la configuración del rompimiento de la equivalencia de las condiciones a raíz del supuesto pago de impuesto de renta. Se destaca en este punto -a juicio del apoderado de la entidad- que el valor reclamado por concepto de perjuicios causados por la eliminación del beneficio tributario “... *debe corresponder al monto pagado por el proyecto en su conjunto, esto es sin desagregar la información correspondiente al Adicional Segundo*” y, también, porque el valor a pagar a que se refiere la convocante se planteó perdiendo de vista que el beneficio procede únicamente por las inversiones en activos fijos productivos.

- **“Inaplicabilidad del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos respecto del adicional segundo para el periodo gravable 2014 a 2016”**

Se alega en este punto que, en atención a que las obras correspondientes al Adicional No. 2 fueron objeto de reversión el 31 de diciembre de 2012, conforme se advierte de las actas de entrega correspondientes, no hay lugar a considerar que se efectuaron pagos por concepto de impuesto de renta para los periodos gravables posteriores y, de esta forma, el beneficio tributario solo podría aplicarse hasta el año 2012. Con base en esta aseveración, el apoderado de la convocada indica que “... *no es posible que el Concesionario hubiera hecho inversiones sobre un espacio del proyecto revertido, no le asiste razón al Concesionario para reclamar efectos de un*

beneficio que, por sustracción de materia, no podría ser aplicado en el periodo 2014 a 2016”.

En cuanto a los años anteriores al 2012, se enfatiza que los mismos fueron objeto de cosa juzgada, toda vez que, en el Laudo Arbitral proferido en el año 2016 entre las mismas partes y que se pronunció sobre la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario, se concluyó que no existió perjuicio en detrimento del concesionario que pudiera compensarse.

- **“De los requisitos para que los bienes sean considerados ‘activos fijos reales productivos’ y por ende se pudieran descontar”**

Atado a lo expuesto como sustento de la excepción anterior, la convocada señala en este punto que el Tribunal debe negar las pretensiones formuladas por la sociedad concesionaria, toda vez que, **(i)** para el caso del Adicional No. 2, cuyas obras fueron objeto de reversión en diciembre de 2012, no hay lugar a efectuar reconocimiento alguno por la supuesta eliminación del beneficio tributario entre los años 2014 y 2016 como se reclama en la demanda; **(ii)** con ocasión del Laudo Arbitral de 2016, operó en este caso el fenómeno de la cosa juzgada para los demás periodos en que fue ejecutado el Adicional No. 2, respecto de los cuales se determinó que no existió perjuicio alguno y **(iii)** que la sociedad convocante no acreditó para el caso concreto que, efectivamente, se hubieren efectuado inversiones en activos que cumplieran con las condiciones de ser fijos, tangibles y adquiridos para formar parte del patrimonio del contribuyente, que participen de manera directa y permanente en la actividad productora de renta y que se deprecien o amorticen fiscalmente.

- **“Riesgo tributario a cargo del concesionario -Adicional Tercero-”**

En términos concretos, se sustenta esta excepción manifestándose que, en razón a que el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 es un contrato de aquellos denominados de Tercera Generación, el riesgo tributario radica en cabeza de la sociedad concesionaria y, en consecuencia, cualquier efecto derivado de la concreción de este riesgo deberá ser asumido por el contratista y no por la ANI como se pretende en la demanda arbitral reformada.

- **Anotación especial en los alegatos de conclusión**

Aunado a las razones expuestas a manera de excepciones de mérito, el apoderado judicial de la parte convocada, en sus alegatos de conclusión o bien probado, puso de presente ante el Tribunal la supuesta imposibilidad de aplicar al caso concreto el referido beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos al considerar que, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3° del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, modificado por la Ley 1111 de 2006, este beneficio no tenía aplicación cuando se tratara de

activos fijos adquiridos que fueron objeto de transacción entre la contribuyente, en este caso Autopistas de la Sabana S.A.S., y las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente, como era el caso de las sociedades Constructora Emma Ltda., KMA Construcciones S.A., Cicon S.A., Obras Especiales-OBRESCA y Tecnoconsulta.

3. El concepto del Ministerio Público

Luego de efectuar un análisis teórico respecto de las distintas materias que abarca el análisis concerniente a los perjuicios reclamados por la convocante a raíz de la disminución y eliminación del beneficio tributario, el Señor Agente del Ministerio Público comienza por señalar que, contrario a lo indicado por la sociedad convocante, el denominado riesgo tributario fue asignado en el caso concreto al particular contratista y no a la entidad pública convocada, de ahí que no haya lugar a concluir que la sola verificación de efectos negativos para el concesionario por la variación de las normas de naturaleza fiscal signifique, per se, el reconocimiento y pago de una compensación en favor del particular contratista.

De otro lado, acudiendo a la teoría de la imprevisión, se analizó por parte del Ministerio Público la posible configuración de un desequilibrio económico del contrato y la generación de afectaciones por tal motivo en detrimento de la sociedad concesionaria, todo ello causado con ocasión de la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario. Sobre el particular, en el concepto se indica que, pese a estar demostrado que las normas que redujeron y luego eliminaron el beneficio fiscal fueron proferidas con posterioridad a la celebración de los Adicionales 2 y 3 y a que dicha circunstancia corresponde a un hecho ajeno a los sujetos contractuales, sin que para ellos se tratara de modificaciones normativas razonablemente previsibles, en el caso concreto no se probó que existiere un desequilibrio económico del contrato, toda vez que, más allá de demostrar que la eliminación del beneficio tributario impuso al contratista una mayor carga impositiva, era necesario probar que dicho esfuerzo patrimonial le impidió al concesionario cubrir los montos invertidos para la ejecución del proyecto, con independencia de la variación negativa de la tasa interna de retorno TIR que se había proyectado para el contrato.

En palabras del Señor Agente del Ministerio Público¹⁸ se tiene lo siguiente:

“De lo que se ha dejado indicado y transcrito, deviene que la anormalidad y gravedad de la afectación de la ecuación económica de un contrato de concesión que afecta al concesionario, no se deriva, de ninguna manera, de variaciones negativas de la Tasa Interna de Retorno proyectada para el negocio, la cual es simplemente una estimación que permite determinar si el contrato, desde el punto de vista financiero, puede o no ser rentable en comparación con inversiones análogas. Además, los riesgos de tales variaciones corren a cargo del concesionario, en la medida en que el negocio puede resultar más o menos rentable.”

¹⁸ Concepto rendido por el Ministerio Público - Página 83 y siguientes.

“La anormalidad o gravedad de la afectación del negocio, entonces, debe considerar la existencia de una pérdida del concesionario que le impida recuperar los montos de capital invertido para efecto de la ejecución del contrato y una consecuente imposibilidad de reportar dividendos o utilidades a quienes participan de la concesión. En efecto, la remuneración del concesionario está dirigida tanto a recuperar la inversión efectivamente realizada y aplicada a las prestaciones a cargo del contratista, como a la obtención de una utilidad sobre tales recursos (costo de oportunidad del dinero), por manera que para demostrar un desequilibrio anormal y grave del negocio jurídico concesional, deberá estar acreditado no solo que dejaron de percibirse utilidades, sino que la remuneración resultó insuficiente para cubrir el monto de los recursos por él invertidos para la ejecución del contrato y, solo en tal hipótesis, a la luz de la teoría de la imprevisión, podría verse el Estado obligado a compensar a su contratista para llevarlo a “punto de no pérdida”.

“En otras palabras, la no obtención de la TIR proyectada para el contrato de concesión, no implica, automáticamente, la necesidad de compensar al concesionario para que la obtenga. Es menester, que se encuentre demostrado que los eventos imprevisibles y ajenos a las partes llevaron a punto de pérdida al contratista.

“Lo antes indicado, aplicado al caso concreto, de acuerdo con el material probatorio analizado, llevan a concluir a esta agencia del Ministerio Público que, si bien se acreditó que la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario y que ello impuso al contratista una mayor carga impositiva, las pericias aportadas no dan cuenta de la existencia de una variación anormal y grave de la economía del contrato que hayan llevado al contratista a punto de pérdida en el negocio. No basta, entonces, demostrar –como lo está, se reitera- que el concesionario tuvo que hacer un mayor esfuerzo patrimonial para el pago de sus obligaciones tributarias por cuenta de la eliminación del beneficio para que se imponga a la ANI el deber de compensarlo por esos montos. Era necesario demostrar y no se hizo, que ese esfuerzo patrimonial impidió al concesionario cubrir los montos invertidos para la ejecución del proyecto, con independencia de la variación negativa de la tasa interna de retorno proyectada para el contrato.

“Por lo demás, debe indicarse que los análisis efectuados en el presente trámite se limitaron a analizar el comportamiento financiero de los contratos adicionales 2 y 3 sin considerar en pleno el comportamiento financiero del contrato de concesión No. 002, junto con la totalidad de sus modificaciones y adiciones, a despecho de lo requerido por la doctrina y la jurisprudencia para estimar la existencia de una imprevisión que permita restablecer el equilibrio económico del contrato. (...)

“En consecuencia, al no realizarse un examen integral del contrato de concesión No. 002 de 2007 en relación con su comportamiento financiero y, en particular, de un posible desequilibrio económico entre las prestaciones pactadas por las partes derivado de los hechos alegados por la convocante, de las pruebas aportadas al proceso se deriva la inexistencia de dicho desequilibrio y, por lo mismo, las pretensiones que en ese sentido fueron formuladas deben ser denegadas.

“Con todo, la respuesta al primer problema jurídico es negativa, en tanto que el mayor valor por concepto de tributación a cargo del concesionario, derivado del contrato de concesión No. 002 de 2007, debido a la reducción y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos no debe ser asumido por la ANI.”

4. Consideraciones del Tribunal de Arbitraje

4.1. La deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos

Con el propósito de reactivar el proceso productivo y generar en consecuencia el incremento en la rentabilidad del contribuyente y un aumento de los índices de empleo en el País¹⁹, se creó por ley un beneficio fiscal denominado deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos, institución de orden tributario con incidencia en la determinación de la base gravable del impuesto sobre la renta (renta líquida gravable), que a fin de incentivar o promover la inversión, representaba para el contribuyente una reducción en el valor del mencionado tributo.

Así lo ha expresado la jurisprudencia al pronunciarse sobre el referido beneficio fiscal, precisando en cuanto a su objeto que a través del mismo se buscó “... *fomentar la inversión de los contribuyentes del impuesto de renta, lo cual daría una mayor productividad y a la vez una mayor rentabilidad y un mayor recaudo tributario. La deducción procede siempre y cuando la inversión se haga en activos fijos reales productivos, es decir, en aquellos activos que se incorporen directamente a la actividad productora de renta, de manera que la inversión sí tiene relación de causalidad con la actividad generadora de renta del contribuyente*”²⁰.

Fue bajo este entendimiento que la Ley 863 de 2003, en su artículo 68, creó la deducción por inversión en activos fijos productivos, conforme a la cual se determinó que las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta podrían deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas sólo en activos fijos reales productivos, durante los años 2004 a 2007. En estos términos, al realizar el cálculo de la base gravable del impuesto de renta y determinar de esta forma la renta líquida gravable, el contribuyente que invirtiera en este tipo de activos fijos podía deducir de la renta bruta el treinta por ciento (30%) del valor de los mencionados bienes, significando ello un menor impuesto a pagar por concepto de renta.

De manera concreta, en el mencionado artículo 68, que adicionó el artículo 158 del Estatuto Tributario, se dispuso lo siguiente:

“Artículo 68. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

‘Artículo 158-3. Las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aún bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del 1º de enero de 2004. Esta deducción solo podrá utilizarse por los años gravables 2004 a 2007 inclusive.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de siete (7) de febrero de 2008, Rad. 15.394, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de dos (2) de abril de 2009, Rad. 16.088, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1. La DIAN deberá informar semestralmente al Congreso sobre los resultados de este artículo. 'El Gobierno Nacional reglamentará la deducción contemplada en este artículo.'"

Teniendo en cuenta los términos en que se creó la mencionada deducción por inversión en activos fijos productivos, debe considerarse que, si bien es regla general el pago completo del impuesto sobre la renta, "...el ordenamiento jurídico permite deducciones, las cuales pueden ser generales y especiales por inversiones. Dentro de la amplia gama de deducciones por inversiones se encuentra aquella que se realiza en activos fijos reales productivos"²¹.

Ahora bien, luego de la creación de la deducción por inversión en activos fijos productivos, cuya vigencia se contempló inicialmente para los años 2004 a 2007 –según lo estableció el artículo 68 de la Ley 863 de 2003–, se expidió la Ley 1111 de 2006, que en su artículo 8° modificó el alcance y contenido del beneficio fiscal *sub examine*, prescribiéndose al respecto que a partir del primero (1°) de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta podrían deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos.

Textualmente, la Ley 1111 de 2006 en su artículo 8° dispuso que:

"Artículo 8. Modifícase el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

'Artículo 158-3. Deducción por inversión en activos fijos. A partir del 1o de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este Estatuto.

'La utilización de esta deducción no genera utilidad gravada en cabeza de los socios o accionistas.

'La deducción por inversión en activos fijos sólo podrá aplicarse con ocasión de aquellos activos fijos adquiridos que no hayan sido objeto de transacción alguna entre las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas, y la declarante, en el evento en que las hubiere.

'PARÁGRAFO. Los contribuyentes que adquieran activos fijos depreciables a partir del 1o de enero de 2007 y utilicen la deducción aquí establecida, sólo podrán depreciar dichos activos por el sistema de línea recta de conformidad con lo establecido en este Estatuto.' –Subraya el Tribunal–

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-785 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Diversas e importantes fueron las modificaciones efectuadas mediante la citada norma en cuanto a la deducción por activos fijos productivos. Destacando tres de ellas, es preciso considerar que mediante el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006, se estableció como parámetro temporal que la vigencia de este beneficio fiscal conforme a las nuevas condiciones sería a partir del primero (1°) de enero de 2007, sin que se contemplara una fecha límite o de finalización para la aplicación del mismo. De otra parte, en cuanto al porcentaje de la deducción, la modificación legal dio lugar al incremento del beneficio tributario, pasando del treinta por ciento (30%) al cuarenta por ciento (40%), el cual –valga la reiteración– se calcularía sobre el valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos. Así mismo, en el inciso tercero se estableció una limitante o restricción no prevista originalmente en la norma objeto de modificación consistente en que, pese a verificarse la realización de inversiones o la adquisición en activos fijos reales y productivos, no sería aplicable la deducción especial en comento cuando los mismos hubieren sido objeto de cualquier transacción entre la contribuyente del impuesto de renta y sus empresas filiales o vinculadas accionariamente.

Considerando que fue en vigencia de la mencionada norma que se suscribieron el Adicional No. 2 y el Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en torno a los cuales gira la presente controversia, debe precisarse en este punto del análisis que en los términos de lo dispuesto en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario –modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006–, la deducción especial en estudio concierne o refiere única y exclusivamente a la inversión o adquisición de “*activos fijos reales productivos*”, resultando excluidos por contera aquellos activos que no son fijos o no son reales o no son productivos, distinción del todo relevante en atención a que este beneficio fiscal no se obtiene por “... *cualquier bien que adquiera el contribuyente, [pues] debe tratarse de aquél que por definición tenga esas condiciones. Es decir, se adquiera para formar parte del patrimonio del contribuyente y se incorpore a la actividad productora de renta*”²².

En relación con estas condiciones o características inherentes al beneficio fiscal en comento, esto es, que se trate de activos fijos, reales y productivos, la jurisprudencia se ha encargado de establecer el alcance de cada una de ellas, precisando los requisitos cuyo cumplimiento da lugar a la aplicación de la deducción contemplada en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario. Al respecto, el H. Consejo de Estado se ha encargado de explicar los elementos de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos en los siguientes términos:

“Los activos fijos se definen fiscalmente como aquellos ‘bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente’ (art. 60 E.T.). De tal naturaleza participan tanto los bienes corporales como los intangibles, que están destinados a ser incorporados en la actividad productora de renta, y por lo

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de veinticuatro (24) de mayo de 2007, Rad. 14.898, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

tanto, no todos los activos fijos se encuentran amparados por deducción del 30%.

“Lo anterior porque la deducción especial fue limitada por la ley a los bienes “reales”, carácter que únicamente se predica de los “corporales”, definidos en el artículo 653 del Código Civil, como las cosas ‘...que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos,...’, por lo cual se entienden excluidos de tal tratamiento, los activos fijos que tienen el carácter de intangibles.

“De otra parte, la condición sobre la cualidad de “productivos”, prevista en la ley para que proceda la deducción, implica que entre lo producido y los bienes empleados para ello, debe existir una relación directa y permanente, de suerte que sean indispensables para su ejecución. Ello necesariamente excluye los activos fijos que participan de manera indirecta en el proceso productivo, como son los muebles y equipos destinados a la parte administrativa y gerencial, a que alude la accionante.”²³ –Subraya del original–

Desde el punto de vista tributario y con sustento en lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, el H. Consejo de Estado concluye en los anteriores términos que la deducción por inversión en activos fijos reales productivos tiene aplicación cuando se adquiere un bien corporal o tangible, sea mueble o inmueble, de aquellos que participan directa y permanentemente en el proceso productivo o en la actividad productora de renta del contribuyente y que no se enajenan dentro del giro ordinario de sus negocios. Se excluyen, así, los activos que bien pueden considerarse como “fijos”, pero que son incorporeales o intangibles, así como aquellos que participan tan solo de manera indirecta en el proceso de producción (muebles y equipos destinados a la parte administrativa y gerencial); los que se enajenan con ocasión del giro ordinario de los negocios de la empresa y aquellos que, bien podían calificarse de fijos, reales y productivos en los términos señalados, pero que, por ser objeto de alguna transacción entre el contribuyente y sus empresas filiales o vinculadas accionariamente, habría lugar por tal condición a la configuración del supuesto establecido en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 -antes transcrito-, impidiéndose respecto de los mismos la aplicación del beneficio tributario.

En un reciente pronunciamiento, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado²⁴ se refirió de nuevo a los distintos elementos o condicionamientos inherentes a la deducción especial por inversión en activos fijos productivos, precisando sobre el particular que:

“De las normas transcritas se desprende y ha sido reiterado por esta Sala, que para acceder a la deducción, los contribuyentes deben realizar inversiones en activos fijos que cumplan con las condiciones de ser tangibles, de hacer parte de su patrimonio, ser depreciables o amortizables fiscalmente, y tener participación directa en la actividad productora de renta.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de veintitrés (23) de marzo de 2006, Rad. 15.086, C.P. Ligia López Díaz.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de octubre de 2019. Rad. 22.921. C.P. Milton Chaves García.

“Esta Sala en sentencia de 2016, hizo las siguientes precisiones sobre estos conceptos:

Activos fijos: Conforme con el artículo 60 del Estatuto Tributario son activos fijos los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Es decir, se excluyen los activos movibles.

Bienes reales - tangibles: Conforme con la definición del artículo 653 del Código Civil, los bienes corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos. En consecuencia, quedan excluidos los bienes intangibles.

Productivos: Esta condición implica que “entre lo producido y los bienes empleados para ello, debe existir una relación directa y permanente, de suerte que sean indispensables para su ejecución. Ello necesariamente excluye los activos fijos que participan de manera indirecta en el proceso productivo, como son los muebles y equipos destinados a la parte administrativa y gerencial”

“También se evidencia que cuando se trata de activos fijos construidos por el contribuyente, la base para liquidar la deducción la conforman todas aquellas erogaciones en que deba incurrir el contribuyente para adquirir bienes y servicios que hagan parte del costo de dicho activo. (...)

“Es decir, todos aquellos costos en que incurra el ente económico para colocar sus activos fijos en las condiciones de uso deseadas o necesarias para llevar a cabo su objeto social, hacen parte del costo de dicho activo y en ese sentido, harán parte del valor objeto de depreciación o amortización.”

Sobre este particular se ha pronunciado también la H. Corte Constitucional, Corporación que ha explicado de manera amplia los distintos elementos o condiciones inherentes a la deducción fiscal *sub examine*. En sentencia C-714 de 2009, el Alto Tribunal Constitucional se refirió a los distintos requisitos concernientes a la deducción por inversión en activos productivos, señalando, *in extenso*, lo siguiente:

“La deducción tiene lugar cuando la persona realiza efectivamente inversiones en “activos fijos reales productivos”. De modo que los adjetivos “reales productivos” son predicados de los activos fijos, sobre los cuales recayeron las inversiones efectivas.

“En ese contexto, ¿qué debe entenderse por ‘activos fijos’? No hay elementos para concluir que el legislador pretendió apartarse del sentido que el propio Estatuto le asignó a esa terminología en el artículo 60, que coincide además esencialmente con la definición técnica propia de las ciencias económicas. De acuerdo con el Estatuto Tributario, los activos fijos “o inmovilizados”, son aquellos “bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente” (art. 60 E.T.). A esta clase pertenecen todos los bienes que una determinada persona adquiere o crea para usarlos de forma duradera en el ejercicio de su actividad, como pueden ser, por ejemplo, y en ciertos casos, los terrenos, el material de transporte, el mobiliario, las patentes, etcétera.

“Para que la inversión en este tipo de activos pueda dar lugar a la deducción del artículo 158-3 del Estatuto, es necesario que verse sobre activos fijos “reales productivos”, lo que implica que no toda inversión en

activos fijos da lugar a la deducción, sino sólo aquella que recae en activos fijos calificables como “reales productivos”. Por lo tanto, no cabría deducir las inversiones en activos fijos que no fueran reales, o que lo fueran, pero no productivos. Las dos preguntas obvias que surgen a continuación son: ¿cuándo un activo fijo es real? y ¿cuándo un activo fijo real es productivo?

“5.2.1. ¿Cuándo un activo fijo es real? La legislación tributaria no define específicamente qué debe entenderse por activo fijo “real”. Esta indefinición conduce a que sea posible entender su significado, cuando menos, de acuerdo con tres criterios.

“En primer lugar, de conformidad con una interpretación de la palabra atendiendo a su uso natural o común,²⁵ dado el contexto en el que se encuentra el término, los activos fijos ‘reales’ serían aquellos que no son aparentes, ficticios, simulados o falsos.²⁶ No podría ser activo fijo real, según este criterio, un bien corporal (mueble o inmueble) o incorporeal, si es de los que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente, pues en ese caso, aunque se haga pasar por tal, la inversión versaría sobre bienes que no caen en la definición que da el artículo 60 de activos fijos. La atribución de un sentido usual a las palabras con que se expresa el legislador, es una operación razonable de interpretación de las normas jurídicas.

“En segundo lugar, puede interpretarse el término “reales”, en un sentido técnico propio de la ciencia económica.²⁷ Así, podría entenderse que los activos son reales, cuando no son financieros, y en ese sentido serían reales los bienes físicos tangibles, objeto de uso o de consumo, como los inmuebles o los metales preciosos.²⁸

*“En tercer lugar podría interpretarse el término, de acuerdo con el sentido que se le ha dado en otras leyes. Por ejemplo, cabría entender que los activos fijos son “reales” en el mismo sentido en que son reales las cosas corporales, según el artículo 653 del Código Civil. En ese caso, los resultados no distan mucho de los que se hallaron con el uso técnico económico, pues el referido artículo, divide las clases posibles de bienes en corporales e incorporeales, y aglutina dentro de la primera a todas aquellas cosas que puedan ser percibidas por los sentidos: “[c]orporales son las [cosas] que tienen un ser **real** y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro” (Subrayas fuera del texto). De ese modo, no serían reales todos los activos fijos, sino sólo los activos fijos corporales, muebles o inmuebles. Esa es la interpretación que le ha dado al término la Sección Cuarta del Consejo de Estado.²⁹*

²⁵ Cita del original: El Código Civil enuncia esta forma de interpretación en el artículo 28: “[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.”

²⁶ Cita del original: Es, por lo demás, el primer sentido que recibe el vocablo ‘real’, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “[q]ue tiene existencia verdadera y efectiva.”

²⁷ Cita del original: De acuerdo con el Código Civil, por ejemplo, las palabras usadas por el legislador, cuando se inserten en la regulación de una materia tratada por determinada ciencia o arte, pueden interpretarse también de acuerdo con el uso técnico que se le dé a las mismas. Dice el artículo 29 que “[l]as palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte.”

²⁸ Cita del original: Cfr., por ejemplo: Tamames, Ramón y Santiago Gallego. Voz “Activos reales”, en *Diccionario de Economía y Finanzas*, Madrid, Alianza, Sexta Edición, 1993, p. 12.

²⁹ Cita del original: Véanse las Sentencias del cinco (05) de julio y el ocho (08) de noviembre de dos mil siete (2007), expedientes 11001-03-27-000-2005-00026-00(15400) y 11001-03-27-000-2005-00005-00(15212) respectivamente, Consejo de Estado. Sección Cuarta. CP. Ligia López Díaz. En un pie de página de la primera sentencia citada, el Consejo dice expresamente: “[l]os bienes “reales” son los “corporales”, definidos en el artículo 653 del Código Civil, como las cosas “que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos.”

“Ahora bien, es verdad que, en otras disposiciones del mismo Estatuto, el vocablo “reales” se emplea en contextos en que se hace referencia a cosas incorporales, como en el artículo 664, que define a estas últimas como “derechos reales o personales”.³⁰ De acuerdo con esta interpretación también serían reales las cosas incorporales, de suerte que cabría hablar de cosas incorporales (derechos) reales y de cosas incorporales (derechos) personales. De esa constatación puede obtenerse una de dos conclusiones. Una primera conclusión posible sería entender que el Código Civil empleó de un modo inconsistente el término “real(es)”, pues primero lo usó para aplicarlo exclusivamente a las cosas corporales, y luego para adjetivar una clase de cosas incorporales. Una segunda conclusión sería, en cambio, que el legislador usó el referido vocablo en diferentes contextos y que, en consecuencia, le atribuyó distintos sentidos. Esta última parecería, en efecto, la conclusión más razonable. En primer lugar, porque no existe una definición expresa en la ley de los términos “real” o “reales”. Y, en segundo lugar, porque de acuerdo con el propio Código Civil, cuando hay usos inconsistentes en un cuerpo jurídico, “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.” (art. 30)

“Pero, si es cierto que el legislador civil usó en diferentes sentidos los términos “real” o “reales”, entonces los activos fijos serían “reales” en dos sentidos diversos, de acuerdo con el uso que hace de ese término el legislador civil: activos fijos “reales”, cuando no tienen existencia sensible, podrían muy bien ser los activos fijos no corporales; y, más específicamente, los activos fijos no corporales constitutivos de derechos reales. De modo que la norma demandada, también podría referirse a inversiones efectiva realizadas sobre derechos “que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente” -activos fijos-, que se tienen “sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 655 CC.) -reales-.

“5.2.2. ¿Cuándo un activo fijo real es productivo? Ahora bien, queda por definir cuándo un activo fijo real es productivo. También es posible advertir que este término no está definido de manera expresa en la ley tributaria, razón por la cual está sujeto a diversas interpretaciones.

“Desde un punto de vista general, con arreglo a uno de los usos posibles que puede dársele comúnmente al término, un activo fijo real podría ser productivo si participa de cualquier forma -remota o inmediata, directa o indirecta, permanente o transitoria, continua o discontinua- en el proceso productivo. En ese contexto, activos fijos reales productivos podrían ser, por ejemplo, los terrenos en los que está construida una empresa, algunos muebles como los escritorios, etcétera.

“Si se estrecha un poco más el ámbito de interpretación, y se lo relaciona en sentido menos laxo con el uso técnico que se le da al término en el contexto de las ciencias económicas, un activo fijo real podría caracterizarse como productivo si participa de forma directa y permanente en el proceso productivo. Es decir, si el activo fijo real puede caracterizarse de algún modo racional como factor de producción (materia prima, trabajo y bienes de producción o de capital) en un proceso de transformación de bienes y servicios, que les añade valor.

“Sin embargo, aún es posible exponer una interpretación más restringida, y que limite el significado de los activos fijos reales productivos a las hipótesis en las cuales aquellos, además de participar de forma directa y permanente en el proceso de producción, sean bienes de capital. Es decir, si además de participar de manera directa y permanente en el proceso de

³⁰ Cita del original: Dice el Código Civil, en el artículo 664: “[l]as cosas incorporales son derechos reales o personales.”

producción, son bienes que (i) se usan para producir otros bienes, (ii) no están llamados a satisfacer una necesidad del consumidor final, como sí lo hace otra especie de bienes (los bienes de consumo), y (iii) se deprecian en el proceso de producción. Un ejemplo típico de bienes de capital es el de las maquinarias, en ciertos contextos.” –Subraya y negrita del original–

La explicación dada en estos términos por la jurisprudencia ofrece claridad en cuanto al alcance de los distintos elementos o condiciones que atañen a la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos. Así, el contribuyente que en vigencia de lo dispuesto en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario –modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006– realizara efectivamente inversiones en activos fijos de capital que cumplieran con los mencionados requisitos, esto es, en bienes corporales o tangibles, muebles o inmuebles, destinados en forma duradera y directa al ejercicio de su actividad productiva, podría deducir el porcentaje correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor de tales inversiones al momento de depurar la renta líquida gravable o calcular la base gravable del impuesto de renta.

Lo anterior con una limitante o restricción dispuesta expresamente por el legislador y a la que se ha hecho mención párrafos atrás. Corresponde a lo dispuesto en el inciso tercero del referido artículo 8°, norma que preveía en términos diáfanos que, cuando se tratara de la adquisición de bienes o de la inversión en activos que pudieran considerarse como fijos, reales y productivos, pese a ello, no habría lugar a la aplicación del beneficio tributario en los eventos en que estos hubiesen sido adquiridos u objeto de cualquier transacción entre la declarante y las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

Fue así como se reguló en términos generales lo concerniente a la aplicación de este beneficio fiscal tendiente a incentivar el crecimiento de la economía, con lo cual se estimulaba la inversión y el aumento de la capacidad productiva del País, buscando con ello un incremento en la rentabilidad del contribuyente. Y fue precisamente este propósito el que dio lugar a plantear una proposición en el seno del Congreso de la República tendiente a contemplar la limitación antes referida, toda vez que, si la finalidad del beneficio tributario era incentivar el crecimiento de la economía por la estimulación de la inversión, dicho cometido no se cumplía cuando entre las mismas empresas vinculadas realizaran transacciones sobre unos mismos bienes o activos ya apropiados por el grupo empresarial y que, por tanto, no constituían nuevas inversiones.

Así lo explicó en su momento el Representante a la Cámara Simón Gaviria Muñoz, quien planteó la proposición que luego se aprobaría como inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006. Expresamente, en el debate llevado a cabo el 11 de diciembre de 2006, se dijo sobre el particular que:

“Presidente, esa proposición va con el espíritu de evitar un posible carrusel con este artículo; con las Reformas Tributarias toca ser mal pensado, porque la gente siempre va a intentar pagar menos impuestos, le doy un

ejemplo de lo que se podría hacer con el articulado en su manera actual. Imagínese usted que una persona tiene tres compañías, que esas compañías; entre ellas, cada una tiene un carro, imagínese que las compañías le vendieran a la otra un carro y que hicieran una triangulación, vendiéndose a cada uno un carro, ellas tomarían el beneficio tributario, de frente, y la verdad no compraron ningún activo fijo nuevo, que mejore el empleo, mejore la productividad del país.

“Lo que estamos tratando, es que las compañías que están relacionadas bien sea porque sean subsidiarias, o porque tengan el mismo grupo de accionistas no puedan beneficiarse de un beneficio tributario, sin haber comprado ningún tipo de nuevas maquinarias o algo de esa naturaleza.”³¹

Ahora bien, tratándose de la ejecución de obras públicas de infraestructura, hay que tener en cuenta que para el desarrollo de las mismas tiene plena vigencia el estudiado beneficio tributario, con las particularidades expuestas, habida cuenta que el desarrollo de esta actividad se da por conducto de una organización empresarial o de un negocio de orden comercial que claramente genera ingresos y da lugar a la contribución en la renta, de ahí que sea procedente la deducción o el beneficio fiscal en comento cuando el particular contratista invierte en los activos fijos reales productivos necesarios para el cumplimiento del respectivo objeto contractual.

Así lo señaló el H. Consejo de Estado al referirse al caso en que la respectiva empresa contribuyente tenía como finalidad la ejecución de obras de infraestructura, evento respecto del cual manifestó que en el desarrollo de estas actividades era del todo procedente la aplicación de la prerrogativa fiscal objeto de estudio, precisando simplemente que, como en este tipo de actividades la adquisición de los bienes se va haciendo de manera paulatina o progresiva en la medida en que avanzan los trabajos constructivos, será importante determinar el respectivo periodo gravable en el cual se aplica la deducción dependiendo del momento en que se realizó la inversión correspondiente y aplicar de esta forma la respectiva deducción. El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo dijo en este sentido que:

“En realidad, la deducción a que se refiere el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, puede adoptar dos modalidades diferentes. Una, es aquella referida a la adquisición de activos fijos reales productivos para que empiecen a contribuir de manera inmediata en la producción de renta, que pueden ser objeto de depreciación. La otra modalidad es aquella en que la empresa hace inversiones dirigidas a construir obras de infraestructura para el montaje o puesta en funcionamiento de los activos fijos reales productivos que igualmente deben contribuir a la producción de la renta y que pueden ser objeto de amortización. En el primer caso, se trata de una adquisición que se produce de manera instantánea, al paso que en el segundo dicha adquisición se va haciendo paulatinamente, a medida que va avanzando la obra o la construcción respectiva. De lo anterior se deduce que cuando se trata de la adquisición de activos fijos reales productivos, es relativamente fácil identificar el momento en que se produce la inversión,

³¹ Gaceta del Congreso. Año XV. No. 25. Bogotá D.C., viernes dos (2) de febrero de 2007. EN: www.imprenta.gov.co

para efectos de determinar el periodo gravable en el cual se puede solicitar la deducción correspondiente.”³² –Subraya del Tribunal–

Esta posición, tendiente a concluir que era posible la aplicación del beneficio tributario por la ejecución de obras de infraestructura fue reiterada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en un reciente pronunciamiento, en el cual se indicó con claridad que, tratándose de la ejecución de contratos de concesión, procedía la deducción especial en comento. En Sentencia de 19 de septiembre de 2019, la Sección Cuarta señaló sobre el particular que:

“Lo anterior, porque en el oficio en mención se analiza la viabilidad de reconocer la deducción por inversión en activos fijos reales productivos al concesionario de una obra de infraestructura estatal.

“Lo que la DIAN señaló en ese oficio es que ‘en el marco, de un contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, es procedente el beneficio respecto de las inversiones que se concretan en obras de infraestructura de transporte, no así las demás inversiones amortizables que no se concretan en los activos señalados, tales como intangibles.’ (Énfasis propio)

“Pero la verdadera razón, en sentir de la Sala, es que, la reversión es una prerrogativa excepcional del Estado cuyo cometido es definir la titularidad del derecho de propiedad de los elementos y bienes afectados al servicio u obra concesionada para asegurar la prestación del servicio público o explotación asociados a estos.

“Entonces, en virtud de la reversión, la propiedad de los bienes afectados a la obra de infraestructura (activo fijo) pasan al Estado al final de la concesión. Es decir, en ese momento el concesionario transfiere al Estado la propiedad de los bienes u este las adquiere, pues en el curso del contrato de concesión, el adquirente y propietario es precisamente el contratista.”³³

Considerando así que la actividad empresarial cuyo objeto refiere a la ejecución de proyectos de infraestructura constituye una actividad productiva generadora de renta, es claro que las inversiones que se realicen para el montaje de la respectiva estructura, la cual constituye en sí misma un activo fijo real productivo –según se indica en el aparte citado–, podrían deducirse en un cuarenta por ciento (40%) al momento de realizar la liquidación de la base gravable del impuesto de renta, como quiera que, al tratarse de activos fijos correspondientes a bienes corporales o tangibles, muebles o inmuebles, destinados de manera directa y duradera a la actividad productora de renta del contribuyente, esto es, a la construcción de una obra de infraestructura, se tomarían como inversiones “... susceptibles de restarse de la renta bruta en el proceso ordinario de depuración de la renta líquida gravable”³⁴.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2013, Rad. 18.983, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Rad. 23.151. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de veinticuatro (24) de octubre de 2007, Rad. 15.396, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

En cuanto al trámite o procedimiento para calcular la deducción o el beneficio en este tipo de actividades, el H. Consejo de Estado se ha referido a las reglas o condiciones que deben tenerse en cuenta para tal efecto, considerando que en este caso se trata de inversiones realizadas paulatinamente o de manera progresiva en el tiempo a medida que avanza la ejecución de las obras, las cuales pueden extenderse por más de un periodo gravable. Mediante sentencia de trece (13) de septiembre de 2012³⁵, la Sección Cuarta del Alto Tribunal manifestó:

“Ahora bien, la deducción in examine debe solicitarse en la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios correspondiente al año gravable en que se realiza la inversión, con base en el costo de adquisición del bien, según las siguientes reglas:

- *Si se realizan obras de infraestructura para el montaje o puesta en funcionamiento de los activos fijos reales productivos y ellas deben activarse para ser depreciadas o amortizadas de acuerdo con la técnica contable, su costo hace parte de la base para calcular la deducción; y si la confección o construcción de tales obras tardan más de un periodo gravable para su confección o construcción, la deducción se aplica sobre la base de la inversión efectuada en cada año gravable.*
- *Si los activos fijos reales productivos son construidos o fabricados por el contribuyente, la deducción se calcula con base en las erogaciones incurridas por la adquisición de bienes y servicios que constituyan el costo del activo fijo real productivo.*
- *Si el activo fijo real productivo se deja de utilizar en la actividad productora de renta o se enajena antes de vencer el término de depreciación o amortización del bien, el contribuyente debe incorporar el valor proporcional de la deducción solicitada como renta líquida gravable en la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del periodo fiscal en que ello ocurra, teniendo en cuenta la vida útil pendiente de depreciar o amortizar según la naturaleza del bien.” –Subraya del Tribunal–*

Puede observarse conforme a lo anterior que la deducción especial por activos fijos reales productivos aplica o es procedente para el caso de la ejecución de obras de infraestructura, frente a lo cual debe considerarse que para este tipo de actividades la estructura o la obra misma constituye un activo fijo real productivo, de manera que las inversiones efectuadas para llevar a cabo la respectiva construcción puedan tenerse en cuenta al momento de calcular la renta bruta y deducirse por tal motivo el cuarenta por ciento (40%) en los términos del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, dando lugar de esta forma a la determinación de la renta líquida gravable³⁶,

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de trece (13) de septiembre de 2012, Rad. 18.473, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

³⁶ “Ahora bien, el artículo 26 del Estatuto Tributario establece la manera en que se determina la renta líquida gravable. Al respecto se indica que esta proviene de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o periodo gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. “Se agrega, que de la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. “30.5. En consecuencia, la deducción por inversión en activos fijos reales productivos es un beneficio fiscal en favor de los inversionistas. Esta permite entonces ser restada de la renta bruta con el fin de obtener la renta

siempre y cuando -se reitera- no se trate de activos o bienes adquiridos con ocasión de cualquier transacción realizada entre la contribuyente y las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

Sin duda, esta deducción así entendida representa para el particular contratista del Estado un beneficio o una prerrogativa fiscal, habida cuenta que, al calcular la base gravable del impuesto de renta tendría la posibilidad de deducir de la renta líquida gravable el porcentaje correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones realizadas en activos fijos reales productivos, significando ello un menor valor a pagar por concepto de impuesto sobre la renta en los distintos periodos en que se hubieren realizado tales inversiones.

Ahora bien, recordando que el artículo 158-3 del Estatuto Tributario – modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006– estableció el referido cuarenta por ciento (40%) como porcentaje de la deducción especial por activos fijos reales productivos, es menester considerar que, posteriormente, en el artículo 10 de la Ley 1370 de 2009, se adicionó un párrafo al referido artículo 158-3, en el cual se dispuso que a partir del periodo gravable 2010, el mencionado beneficio fiscal pasaría del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%). Concretamente, la disposición normativa estableció en este sentido que:

“Artículo 10. Adiciónese el artículo 158-3 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

“Párrafo 2°. A partir del período gravable 2010, la deducción a que se refiere este artículo será del treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas sólo en activos fijos reales productivos’.”

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley 005 de 2009, que a la postre se convertiría en la Ley 1370 de 2009, la reducción del porcentaje de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos surgió con ocasión de la pérdida de dinamismo en los ingresos de la Nación para esa época, circunstancia que exigía la adopción de medidas tendientes a contar con los recursos necesarios para mantener un nivel “*mínimo y aceptable*” de inversión pública. Se indicó en este sentido que el Gobierno Nacional requería disponer de recursos adicionales para cubrir los gastos de intereses de la deuda y de funcionamiento, así mismo, para dar continuidad a los programas sociales prioritarios y orientar un mínimo de recursos para la ejecución de obras de infraestructura. De manera puntual, en el documento contentivo de la exposición de motivos se adujo lo siguiente en relación con la reducción del beneficio fiscal:

“... dado el deterioro en la dinámica de los ingresos de la Nación, se propone reducir el beneficio de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos de 40% a 30%. Con esta medida se mantiene un importante estímulo a la inversión, pero se reduce el costo fiscal del beneficio, el cual alcanzó los \$3.8 billones en 2008. Los cálculos sugieren

líquida que será gravable. Por consiguiente, el beneficio mencionado hace parte de la depuración de la renta y del concepto de base gravable.” (Corte Constitucional, Sentencia C-785 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

que disminuir en 10 puntos porcentuales el actual monto deducible en el impuesto sobre la renta, generará un menor costo fiscal que, a precios del año 2009 se aproxima a \$0,7 billones. (...)

“b) Deducción por inversión en activos fijos reales productivos

“Mediante la Ley 863 de 2003 se creó la deducción especial por inversiones en activos fijos reales productivos con la intención, por parte del legislador, de impulsar el desarrollo económico y la generación de empleo, promoviendo la inversión.

“Con la reforma tributaria contenida en la Ley 1111 de 2006 se elevó del 30 al 40% el monto de la deducción, lo cual en criterio del Gobierno Nacional requiere de un ajuste, retornando al porcentaje anterior.

“Para el Gobierno Nacional, el ajuste propuesto al beneficio vigente, permite por una parte continuar estimulando y otorgando un reconocimiento a la inversión real, como motor de crecimiento económico y bienestar social, y por otra, genera recursos vía reducción del costo fiscal del estímulo, los cuales posibilitan financiar gasto en inversión prioritaria.”

Las circunstancias expuestas dieron lugar a la modificación de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos, respecto de lo cual se destaca que el cambio legislativo se refirió en este caso únicamente al porcentaje del beneficio fiscal, sin que sus otras condiciones y limitantes resultaran alteradas con la expedición de la Ley 1370 de 2009. En efecto – según se dijo–, de acuerdo con el nuevo parágrafo del artículo 152-3 del Estatuto Tributario, el porcentaje de la deducción pasaba del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%), a partir del periodo gravable 2010, destacando al respecto que al igual de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006, no se fijó límite temporal alguno para la aplicación de este beneficio fiscal.

La deducción así contemplada se mantuvo vigente hasta la expedición de la Ley 1430 de 2010, norma que dispuso la eliminación expresa y completa de este beneficio fiscal. Tras la modificación del porcentaje de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en el año 2009, el legislador expidió un año después la Ley 1430, mediante la cual eliminó esta prerrogativa a partir del año gravable 2011, impidiendo en adelante que los contribuyentes del impuesto sobre la renta solicitaran su aplicación al momento de calcular la renta líquida gravable, a excepción de aquellos que con anterioridad al primero (1°) de noviembre de 2010 hubieren presentado solicitud para la celebración de contratos de estabilidad jurídica en los cuales se incluyera la deducción por inversión en activos fijos reales productivos. Específicamente, el artículo primero (1°) de la mencionada Ley 1430/2010 determinó lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. ELIMINACIÓN DEDUCCIÓN ESPECIAL POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS. Adicionase el siguiente parágrafo al artículo 158-3 del Estatuto Tributario:

“PARÁGRAFO 3o. A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo.

“Quienes con anterioridad al 1o de noviembre de 2010 hayan presentado solicitud de contratos de estabilidad jurídica, incluyendo estabilizar la deducción por inversión en activos fijos a que se refiere el presente artículo y cuya prima sea fijada con base en el valor total de la inversión objeto de estabilidad, podrán suscribir contrato de estabilidad jurídica en el que se incluya dicha deducción. En estos casos, el término de la estabilidad jurídica de la deducción especial no podrá ser superior tres (3) años’.”

Con la citada disposición legal se eliminó en definitiva la deducción especial por activos fijos productivos, decisión que se adoptó en consideración a que –según el Gobierno Nacional–, dicha institución había cumplido ya con la finalidad pretendida, esto es, incentivar la inversión en bienes de capital y reactivar de esta forma la producción en el País. Así se indicó en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley 057 de 2010 –el cual dio lugar posteriormente a la expedición de la Ley 1430 de 2010–, oportunidad en la que se destacó el incremento de las inversiones en el País, así como el ahorro que tuvieron los contribuyentes que pudieron aplicar el referido incentivo tributario, determinándose con base en ello que era oportuno retirar esta figura del ordenamiento jurídico.

Como justificación de esta última medida, en la referida Exposición de Motivos se manifestó que:

“Dadas las crecientes necesidades fiscales, generadas entre otros por los compromisos de gasto del Gobierno que en particular son importantes para atender a la población desplazada y la universalidad de la salud, se requiere encontrar una fuente de recursos para además financiar el costo fiscal del programa de formalización en el empleo.

“Por lo anterior y teniendo en cuenta las perspectivas de recuperación de la economía, y considerando que la tasa de inversión del país supera los estándares internacionales y que, por otro lado, las mejores condiciones del país han hecho atractiva la inversión en sí misma y en particular en el sector minero-energético, el Gobierno considera que es oportuno comenzar a retirar el incentivo por inversión en activos fijos.

“La consolidación de la inversión en el país, la cual pasó de representar en promedio el 22.1% del PIB, entre los años 2001 y 2006, a niveles superiores del 25% del PIB en los últimos tres años, ha sido posible tanto por la mejora en las condiciones de los mercados como por cambios institucionales, regulatorios y tributarios. Precisamente dentro de los elementos que han sembrado condiciones favorables para la inversión se encuentra el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos. Gracias a este beneficio, se estima que para el año 2010, las empresas se ahorraron \$4.030 mm en el pago del impuesto de renta, de los cuales las empresas pertenecientes al sector minero redujeron su impuesto en \$1.362 mm y las del sector eléctrico y gas en \$432 mm.

“Teniendo en cuenta las perspectivas de crecimiento de la producción y mejores condiciones de mercado del sector petrolero y minero, se considera que las decisiones y fomento de la inversión basadas en la rentabilidad de la misma hoy en día no depende de manera fundamental de la existencia del beneficio tributario por inversión en activos fijos. Por otro lado, la

consolidación de la confianza inversionista debe recaer sobre la estabilidad macroeconómica y sostenibilidad de las finanzas públicas. Así, el gobierno encuentra elementos de juicio suficientes para considerar el desmonte del mencionado beneficio, especialmente para el sector petrolero y minero.” –Subraya fuera del texto–

De esta manera se retiró el incentivo tributario por inversión en activos fijos productivos, el cual, pese a que inicialmente quiso desmontarse de forma gradual, terminó siendo eliminado por completo y sin lugar a transiciones. De esto da cuenta el Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley en el Senado, documento en el cual se indica que, de acuerdo con la propuesta inicial del Gobierno Nacional, la deducción se desmontaría primero para unos sectores de la economía y disminuyendo los porcentajes anualmente hasta su total eliminación. Sin embargo, en el trámite adelantado en el Congreso se determinó que el retiro de la deducción se daría sin lugar a transiciones y para todos los sectores económicos, aspecto que en últimas quedó contemplado en la Ley 1430 de 2010, excluyéndose únicamente aquellos eventos en que se hubiere solicitado la celebración de un contrato de estabilidad jurídica³⁷.

En este sentido, el segundo inciso del artículo 1° de la Ley 1430 de 2010 establece que, únicamente los contribuyentes que hubieren solicitado la suscripción de contratos de estabilidad jurídica antes del primero (1°) de noviembre de 2010, en los cuales se incluyera lo concerniente a la deducción por inversión en activos fijos productivos, podrían concretar la celebración de tales contratos y aplicar el beneficio tributario hasta por el término de tres (3) años más.

Debe considerarse sobre este particular que solo hasta la expedición de la Ley 1430 de 2010 el legislador ligó la deducción por activos fijos productivos a la institución del contrato de estabilidad tributaria. En otras palabras, solo hasta ese momento y con efectos a futuro se determinó que la aplicación de este beneficio estaba sujeta a la suscripción previa de un contrato de estabilidad jurídica, lo cual adquiere marcada importancia debido a que, hasta esa fecha y desde su creación, era del todo procedente aplicar directamente la prerrogativa fiscal en comento al momento de calcular la renta líquida gravable correspondiente, vale decir, sin que se requiriera para tal efecto la suscripción previa de un contrato de estabilidad jurídica.

³⁷ “El objetivo de los contratos de estabilidad jurídica es promover inversiones nuevas y ampliar las ya existentes en el territorio nacional. A través de los mencionados contratos el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que, si durante la vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en ellos como determinante de la inversión, estos tendrán derecho a que se les continúen aplicando por el término de duración del contrato respectivo. Así las cosas, en dicho tipo de convenios deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes en la inversión.

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional estableció que la lectura constitucional del mencionado parámetro es que los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las disposiciones identificadas como determinantes en la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.” (Corte Constitucional, Sentencia C-785 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Los anteriores términos resumen lo atinente a la creación y el itinerario legislativo de la deducción por inversión en activos fijos productivos, consideraciones determinantes para analizar la presente controversia, en la medida que permiten entender el alcance y contenido del beneficio tributario en cuestión. Así mismo, estas consideraciones permiten colegir -para el caso concreto- que es procedente acceder a lo pretendido por la sociedad concesionaria en la primera pretensión principal declarativa, toda vez que, ha quedado probado con lo expuesto que, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 863 de 2003, 1111 de 2006 y 1370 de 2009, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. sí podía deducir de sus declaraciones de impuesto sobre la renta unos porcentajes por concepto de inversiones realizadas en activos fijos reales productivos.

4.2. La deducción especial por inversión en activos fijos productivos en la estructuración y celebración del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007

Las pretensiones segunda y tercera principales formuladas por la parte convocante en su escrito de demanda reformada llevan al Tribunal a estudiar lo atinente al beneficio tributario y a definir si el mismo fue considerado al momento en que se estructuraron financieramente ambos documentos modificatorios, particularmente, a determinar si las estimaciones y los cálculos correspondientes a los modelos financieros de los dos adicionales tuvieron como variable la deducción especial en comento.

Antes de abordar el estudio concreto de los señalados pedimentos es importante advertir que, en el Laudo Arbitral proferido y notificado el once (11) de mayo de 2016, dictado por el Tribunal integrado en su momento para dirimir las diferencias suscitadas entre quienes hoy día también son parte en este trámite arbitral, se analizó lo atinente a la consideración del beneficio tributario como variable para determinar la “remuneración” pactada en cada uno de los adicionales en cuestión. En aquella ocasión, el Tribunal de Arbitraje negó las pretensiones planteadas a este respecto al encontrar demostrado que, si bien era cierto que la deducción por inversión en activos fijos productivos fue uno de los factores considerados para proyectar el flujo de caja del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3 y, con fundamento en ello, para elaborar el respectivo modelo financiero, pudo observarse que dicho beneficio tributario no fue tenido en cuenta como variable para determinar la “remuneración” correspondiente, toda vez que éste no fue contemplado como un ingreso en favor de la sociedad concesionaria.

Dada la pertinencia de dicha conclusión para el caso presente, vale la pena citar lo expuesto en el Laudo Arbitral en comento, providencia en la cual se dijo sobre el particular lo siguiente:

“Es claro, entonces, que la remuneración pactada en el Adicional No. 2 y en el Adicional No. 3 estaba compuesta únicamente por dos fuentes, la cesión del recaudo neto de peajes y los aportes estatales. Esta

circunstancia lleva a concluir que, financieramente, el beneficio fiscal no fue contemplado como factor o variable para fijar la remuneración que a favor de la sociedad concesionaria se pactó en ambos adicionales, sino que constituyó uno de los inputs tenidos en cuenta para elaborar el flujo de caja correspondiente y establecer de esta forma la rentabilidad esperada o la tasa interna de retorno.

“Sin desconocer que la denominada deducción por inversión en activos fijos productivos fue uno de los factores considerados al proyectar el flujo de caja del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3 y elaborar, en consecuencia, el respectivo modelo financiero, es menester concluir que, si la “remuneración” de ambos adicionales estaba dada solamente por los aportes estatales y por la cesión del recaudo neto de los peajes, dicho beneficio no fue tenido en cuenta como variable para determinar la “remuneración” correspondiente, pues –según el dictamen pericial financiero– no se contempló como un ingreso a favor de la sociedad concesionaria.

“Acogiendo la conclusión expuesta por la señora Gómez Clark, según la cual, el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos tiene efectos sobre la rentabilidad esperada por la ejecución de las obras pactadas en el Adicional No. 2 y en el Adicional No. 3, más no sobre la remuneración acordada en estos documentos modificatorios a favor de la sociedad concesionaria, el Tribunal negará las pretensiones 2.80 y 2.81 de la demanda arbitral reformada en los términos en que fueron formuladas, habida cuenta que, si bien está probado en el sub iudice que el beneficio fiscal por inversión en activos fijos productivos constituyó uno de los factores considerados para elaborar el flujo de caja de los adicionales en mención, para proyectar el consecuente modelo financiero y determinar la rentabilidad correspondiente, desde el punto de vista financiero no fue tenido como un componente de la remuneración de la sociedad concesionaria, toda vez que no se contempló como un ingreso a favor suyo.” -Subraya ajena al texto-

Es claro el aparte transcrito en definir la manera en que fue considerado el beneficio tributario al estructurar las condiciones financieras del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3. En este sentido, en el Laudo Arbitral en cita se concluyó sobre el particular que la deducción especial no se contempló ni se tuvo en cuenta como variable para fijar la “remuneración” pactada en favor de la sociedad concesionaria, sino que, en cambio, fue dispuesta como factor determinante para elaborar el flujo de caja de ambos adicionales, para proyectar en cada caso el modelo financiero y para determinar la rentabilidad correspondiente mediante la fijación de la TIR.

Esta sola circunstancia permite colegir que, según se depreca en las pretensiones segunda y tercera principales de la demanda principal, el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos sí fue considerado o tenido en cuenta para realizar las estimaciones o los cálculos efectuados en la estructuración financiera de los Adicionales 2 y 3, toda vez que -tal como se expuso antes-, constituyó uno de los componentes o variables para proyectar el modelo financiero de cada adicional y establecer la rentabilidad del proyecto respectivo.

No obstante lo anterior, resulta necesario considerar al respecto que, el beneficio fiscal en comento fue creado mediante la Ley 863 de 2003, oportunidad en la cual se contempló como deducción el porcentaje

correspondiente al treinta por ciento (30%), el cual estaría vigente entre los años 2004 y 2007; sin embargo, en el año 2006 se expidió la Ley 1111 en la cual se modificó el alcance de esta prerrogativa fiscal, determinándose al respecto que el porcentaje de la misma sería en adelante del cuarenta por ciento (40%) y que estas nuevas condiciones estarían vigentes a partir del periodo gravable 2007, sin que al respecto se hubiere fijado un límite temporal para su aplicación, a lo cual vale agregar que en esa ocasión se contempló un condicionante negativo que con anterioridad no estaba legalmente previsto, consistente en la imposibilidad o limitación de aplicar el beneficio tributario en comento cuando se tratara transacciones realizadas entre el declarante y alguna de las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

En este contexto, el cinco (5) de agosto de 2009 –estando en vigencia la referida Ley 1111 de 2006–, los contratantes celebraron el denominado Adicional No. 2, documento modificadorio a través del cual se activó parcialmente el Alcance Progresivo del proyecto de concesión vial “Córdoba-Sucre”, pactándose con fundamento en ello la ejecución de una serie de obras adicionales, a saber: (i) la rehabilitación de la calzada existente entre los sectores Puerta de Hierro – Carreto; (ii) la rehabilitación de la calzada existente entre los sectores Carreto – Cruz del Viso; (iii) la elaboración de estudios y diseños y la reconstrucción de la variante El Maizal en Sincelejo; (iv) la elaboración de estudios y diseño y la rehabilitación de la vía Cereté – Lorica; (v) la elaboración de estudios y diseños y la construcción de un puente vehicular en el PR49+0149 en Lorica y dos carriles de circulación vehicular y (vi) la demolición del puente vehicular existente. Adicionalmente, se reguló en el referido adicional lo relacionado con la operación y el mantenimiento de estas zonas del proyecto, así como la gestión predial, social y ambiental inherentes al mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, a efectos de garantizar financieramente la ejecución de las obras en mención, en la cláusula cuarta del Adicional No. 2 se estipuló lo atinente a la fuente de los recursos requeridos para tal efecto, así como la forma de pago correspondiente. En este sentido, tomando como sustento el modelo financiero elaborado por la Subgerencia de Estructuración del INCO, se estableció que, a manera de remuneración, la sociedad concesionaria recibiría unos aportes de la Nación en el año 2008 y unos recursos por vigencias futuras en los años 2010 a 2014, además, la cesión de los recursos o del valor neto recaudado en las estaciones de peaje El Carmen y Mata de Caña durante el periodo de construcción de las obras.

Aunado a lo anterior, en el párrafo tercero de la mencionada cláusula se indicó de manera expresa que en la determinación de la “remuneración” correspondiente al Adicional No. 2 se tuvo en cuenta la deducción por inversión en activos fijos productivos contemplada legalmente para la época de suscripción del documento adicional y que en ese momento era del cuarenta por ciento (40%), señalándose a renglón seguido que al constituir uno de los factores considerados para la fijación del valor a pagar por las

obras y demás actividades constructivas, era procedente una compensación a favor de la sociedad concesionaria en el evento en que dicho beneficio tributario fuera disminuido o eliminado y tal circunstancia diera lugar al rompimiento del equilibrio económico de la relación contractual pactada en el documento adicional.

Puntualmente, en la cláusula cuarta del Adicional No. 2 se pactó en relación con este preciso aspecto lo siguiente:

“DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y FORMA DE PAGO: Para remunerar al concesionario por la ejecución de las obras del presente Adicional, existe disponibilidad presupuestal por TRES MIL CUATROCIENTOS DOCE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$3.412.350.598) PESOS Corrientes, conforme con el Registro Presupuestal No. 3865 del 31 de diciembre de 2008, expedido por el profesional especializado con funciones de Jefe de Presupuesto del INCO, los cuales fueron comprometidos mediante el Otrosí No. 4 al contrato de concesión 02 de 2007 que es sustituido por el presente documento. Igualmente existe autorización para comprometer vigencias futuras, tal como se anotó en las consideraciones.

“Conforme con la Modelación Financiera realizada por la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación, el valor que el INCO reconocerá al CONCESIONARIO como única remuneración por la totalidad de la inversión, costos, gastos e impuestos descritos anteriormente, así como la financiación del concesionario y su rentabilidad, es el correspondiente a las vigencias relacionadas en el cuatro siguiente y el recaudo neto de peaje hasta enero 31 de 2013 en las casetas que se relacionan a continuación:

<i>Vigencias (Corrientes)</i>					
<i>2008</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>2014</i>
<i>3.412.350.598</i>	<i>36.000.000</i>	<i>30.000.000</i>	<i>63.000.000</i>	<i>79.154.000</i>	<i>79.154.000</i>
<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>

Adicionalmente, el INCO cede al concesionario el valor neto del recaudo de los siguientes peajes durante el periodo de construcción de las obras objeto de este Adicional:

“- El Carmen: desde el primero (1) de agosto en el año 2009 hasta el treinta y uno (31) de enero del año 2013.

“- Mata de Caña: desde el primero (1) de enero del año 2010 hasta el treinta y uno (31) de diciembre del año 2012

“PARÁGRAFO PRIMERO. - De acuerdo con lo señalado en el documento CONPES 3584 del 29 de abril de 2009, que autorizó el plan de inversiones para las adiciones a los contratos de concesión, El INCO incorporará cada una de las vigencias futuras por el valor autorizado, y lo girará al fideicomiso que administra los recursos del contrato de concesión. Los recursos de la vigencia de 2008 se girarán al fideicomiso dentro de la vigencia de 2009, con fecha límite hasta el 31 de diciembre de 2009.

“En caso de que por efecto del PAC se haga el aporte antes de diciembre de cada vigencia, se calculará dicho beneficio con las mismas variables técnicas y financieras pactadas en la metodología financiera soporte del

presente Adicional y se consignarán en cuenta del mismo fideicomiso a disposición del INCO, para el proyecto.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. - Una vez perfeccionado el presente Adicional, el INCO adelantará las gestiones pertinentes con el INVIAS, para ceder y transferir al CONCESIONARIO, como ingreso adicional, el recaudo neto del peaje en las estaciones El Carmen y Mata de Caña, durante el tiempo establecido en la presente cláusula. Para este efecto, el actual contratista de INVIAS continuará realizando el recaudo en dicha estación, consignando el valor neto en el fideicomiso del contrato 002 de 2007, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha del recaudo. Terminado el periodo aquí contemplado, el recaudo quedará nuevamente a favor del INVIAS, así como su mantenimiento y operación.

“PARÁGRAFO TERCERO. - La remuneración del concesionario, para efectos del presente Adicional se calculó suponiendo que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40% otorgado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, es aplicable a este proyecto específico. De no ser así, o si la DIAN retira este beneficio, se compensará al concesionario “Autopistas de la Sabana S.A.” por el desequilibrio generado en la adición del proyecto, bajo los mismos supuestos técnicos y financieros manejados en la metodología financiera soporte del presente adicional.

“PARÁGRAFO CUARTO. - Será obligación del CONCESIONARIO fondear las diferentes Subcuentas del fideicomiso, conforme con los ítems relacionados en la cláusula tercera de este Adicional.” –Subraya del Tribunal–

No deja duda el párrafo tercero de la cláusula en cita sobre la relevancia que tuvo la deducción por inversión en activos fijos productivos al momento de establecer las condiciones financieras del Adicional No. 2. Se advierte en este sentido que fue expresa la constancia manifestada por los contratantes entendiendo que, al constituir este aspecto uno de los factores determinantes para fijar las condiciones del Adicional No. 2, la eventual reducción del porcentaje del beneficio fiscal o la eliminación del mismo, daba lugar a reconocer a la sociedad concesionaria una compensación en el caso en que esta circunstancia generara el desequilibrio económico de la relación contractual.

Como se expuso en el Laudo Arbitral de 11 de mayo de 2016, puede considerarse que uno de los factores que se tuvieron en cuenta al modular las condiciones financieras del Adicional No. 2 correspondió, precisamente, al beneficio tributario creado por el legislador mediante la Ley 863 de 2003 y modificado luego por la Ley 1111 de 2006. En efecto, con anterioridad a la celebración de este modificatorio, las partes tuvieron en cuenta la existencia de la prerrogativa fiscal y los efectos que la misma generaría en el flujo de caja del contrato adicional, lo cual sirvió como variable para elaborar el modelo financiero correspondiente, contemplándose expresamente que según los cálculos proyectados en esa época, la sociedad concesionaria tendría para los años 2009 y 2010 un beneficio del cuarenta por ciento (40%) que podría deducirse del valor a pagar por impuesto sobre la renta, lo cual representaría para estas anualidades una deducción de 24.648 millones y 55.535 millones, respectivamente.

Recordando que la deducción por inversión en activos fijos productivos generaba un beneficio para la sociedad concesionaria como contribuyente del impuesto sobre la renta, se dijo en el proceso que dicho factor repercutió en el monto de los aportes estatales que debía realizar la entidad pública contratante, habida cuenta que este beneficio dio lugar a un aporte menor mediante vigencias futuras equivalente al “ahorro” que se tendría al liquidar y pagar el impuesto de renta. En otras palabras, la prerrogativa tributaria fue tomada como un beneficio para el proyecto, pues, en proporción al menor valor que la concesionaria pagaría por concepto de impuesto a la renta en los años 2009 y 2010, se redujo el valor de los aportes que debía efectuar la entidad pública para la ejecución del proyecto.

De lo anterior dio cuenta la prueba testimonial practicada en el trámite arbitral anterior y trasladada al presente proceso, rendida por el testigo Hugo Kerguelen, quien participó en representación del INCO en la etapa de estructuración del Adicional No. 2. El señor Kerguelen manifestó en su declaración testimonial que el beneficio tributario por activos fijos productivos se tenía en cuenta al momento de estructurar los proyectos de infraestructura con el fin de “ahorrar” en vigencias futuras. Señaló el testigo lo siguiente:

“DRA. RAMOS: Quisiera volver sobre los adicionales 2 y 3, usted nos dijo que revisó el modelo financiero estando ejerciendo funciones en el DNP, quisiera que nos ilustrara si lo recuerda qué se consideraba en esos adicionales en relación con el beneficio tributario, con relación a activos fijos productivos.

“SR. KERGUELEN: Nosotros siempre consideramos en DNP que se tenía que tener en cuenta el beneficio tributario por activos fijos productivos y que la ANI lo que finalmente dijo era que el Inco pusiera dentro de sus contratos una cláusula que dijera que si el beneficio tributario lo quitaban tenía que correrse el modelo financiero nuevamente, porque eso obviamente afectaba económicamente al concesionario.

“Nosotros para qué hacíamos eso? Simplemente era para lograr ahorrar un poco en vigencias futuras, en el pago que nosotros teníamos que hacerle a la concesión, pero al quitarlas nos tocaba nuevamente hacer el modelo financiero y calcular nuevamente las vigencias futuras.

“DRA. RAMOS: ¿En términos generales cómo sería ese cálculo de las vigencias futuras a juicio del concepto que emitió la DNP?

“SR. KERGUELEN: Nosotros lo que dijimos en ese momento fue que ese nuevo cálculo tendría que hacerse y basarse en el modelo que se había hecho para la adición o el otrosí.

“DRA. RAMOS: ¿Consideraba ello la posibilidad de que la remuneración fuera mayor o menor para el concesionario de no considerar el beneficio tributario?

“SR. KERGUELEN: Si no se consideraba el beneficio tributario tendríamos que darle más vigencias futuras a la concesión.” –Subraya del Tribunal–

El mismo señor Kerguelen, en el testimonio rendido en el presente trámite arbitral, reiteró que el beneficio tributario por inversión en activos fijos

productivos constituyó un componente relevante al definir las condiciones de los Adicionales 2 y 3, al punto en que significó un ahorro en dinero o en vigencias futuras para la entidad pública concedente. Señaló el testigo sobre el particular que:

“SR. KERGUELEN: Si, el beneficio por inversión en activos fijos-productivos, fue un beneficio que se le otorgó a los privados para disminuir sus pagos en renta, en ese momento, lo que se hizo por parte del INCO y sobre todo esto nació por parte del Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda, con el fin de que este beneficio se metiera en los contratos de concesión y de esa forma se pudiese ahorrar dinero en las vigencias futuras que iban a otorgar, porque la idea era optimizar recursos. Como el monto de las adiciones eran todos los proyectos, no era solamente Córdoba-Sucre, todos los demás proyectos también requerían aportes de la nación; se buscó optimizar recursos por parte de la aplicación de ese beneficio en activos fijos-productivos.

“Entonces a todas las adiciones que venían y otrosíes, se ponía como la condición que aceptarían ese beneficio dentro del contrato y si lo aceptaban, se dejaba clausulado, eso se dejaba inmerso en la moderación financiera y en su momento lo que logró acordar el INCO o la Agencia Nacional de Infraestructura, con los concesionarios, fue que ellos lo aceptaban dentro de la moderación financiera siempre y cuando lo dejaran estipulado contractualmente, en el caso en que se quitara, pues se tenía que moderar nuevamente el modelo financiero. (...)

“DR. GARCÍA: Le formulo la pregunta de nuevo, pero para mayor claridad, voy a empezar, para no generar disgustos de la siguiente manera: Qué recuerda usted, qué le consta, qué sabe usted, sobre cómo era el sistema para incluir en los contratos y digamos en su estructuración financiera, los contratos adicionales dos y tres, el beneficio tributario de inversión en activos fijos, si fue un requerimiento del INCO o fue producto de la libre discusión entre las partes, que decidió acudir a ese beneficio?

“SR. KERGUELEN: De las reuniones que nosotros hacíamos internas, de cómo nosotros pasábamos a Planeación y Hacienda, para que ellos nos aprobaran Confis y nos aprobaran Conpes, para el tema de vigencias futuras, básicamente esos comités con ellos, lo que se acordó era que toda adición que se mandara, todo proyecto que se mandara a ellos, debía incluir ese beneficio por activos fijos-productivos con el fin de ahorrar recursos en vigencias futuras, porque las adiciones en proyectos eran muchas y los recursos tenían que alcanzar para todas y eso se estaba aplicando, digámoslo así, se podía aplicar y tocaba básicamente una adición para que fuese aceptada por parte de Planeación y Hacienda, tenía que ir con esa condición. Entonces el INCO, nosotros se la exigimos, digamos que era una condición de la negociación.”³⁸ -Subraya ajena al texto-

Es importante el dicho del señor Kerguelen frente al caso concreto, pues el mismo ofrece claridad en cuanto a la razón que se tuvo para considerar el beneficio fiscal como input o variable para definir las condiciones económicas de los documentos adicionales. Puntualmente, se indicó en estos términos que la utilización de la deducción tributaria como uno de los factores del modelo financiero tenía efectos en relación con el monto de los aportes estatales que habrían de realizarse, los cuales podían moderarse en

³⁸ Folio 36 Vto., Cuaderno de Pruebas No. 4.

proporción al menor valor que pagaría la sociedad concesionaria por concepto de impuesto sobre la renta.

Similar es el análisis que puede hacerse en relación con el Adicional No. 3, pues de manera expresa se indicó en el párrafo tercero de su cláusula cuarta que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos también fue tenido en cuenta al fijar las condiciones financieras del mismo. Al igual que en el Adicional No. 2, mediante el denominado Adicional No. 3, celebrado el veintiuno (21) de marzo de 2010, los contratantes convinieron en activar parcialmente el alcance progresivo del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y pactar la ejecución de unas obras adicionales.

De manera puntual, a título de alcance progresivo, se estipuló en la cláusula primera del Adicional No. 3 que la sociedad concesionaria se obligaba a (i) la rehabilitación y al mantenimiento de la calzada existente entre Sincelejo y Toluviejo y (ii) a elaborar los estudios y diseños y a construir la segunda calzada en los tramos comprendidos entre Sincelejo – Sampués y La Ye – Sahagún. A la par de lo anterior, se convinieron en este adicional una serie de obras adicionales correspondientes a estudios y diseños, obras de drenaje y canales de riego, construcción de paraderos, conectantes, ciclorutas, variantes, entre otras, así como la operación y el mantenimiento rutinario del tramo vial.

Tratándose del valor de las inversiones a ejecutar para acometer estas actividades, se estimó en la cláusula tercera del adicional que las mismas tendrían un costo de \$407.399.904.906 de diciembre de 2005. A renglón seguido, en la cláusula cuarta se reguló lo atinente a la remuneración del concesionario, a la disponibilidad de los recursos y a la forma de pago del precio contractual. En este sentido, la referida estipulación contractual indicó que el valor de las obras sería cubierto con (i) un incremento al ingreso esperado del proyecto, por la suma de \$119.325.611.915 de diciembre de 2005, (ii) unos aportes estatales representados en vigencias futuras durante los años 2012 a 2016 y (iii) la cesión del peaje neto recaudado en la estación denominada La Esperanza, a partir del primero (1º) de enero de 2011.

Adicionalmente, debe mencionarse que en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del Adicional No. 3, los contratantes indicaron que el beneficio tributario por la inversión en activos fijos productivos fue tenido en cuenta para calcular la “remuneración” de las obras adicionales, deducción que para la fecha de suscripción del documento modificadorio continuaba vigente, pero en un porcentaje menor al contemplado en el Adicional No. 2 con ocasión de la expedición de la Ley 1370 de 2009, a través de la cual se redujo el porcentaje a deducir del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%).

Atendiendo estas especiales condiciones, los contratantes pactaron la cláusula cuarta del Adicional No. 3 en los siguientes términos:

“CLÁUSULA CUARTA. - REMUNERACIÓN AL CONCESIONARIO, DISPONIBILIDAD DE RECURSOS Y FORMA DE PAGO: Conforme con los resultados del modelo financiero marginal elaborado para la presente adición, el INCO remunerará al CONCESIONARIO el valor total de las inversiones pactadas en las cláusulas anteriores y todos los demás costos asociados, incluidos los riesgos asumidos y su rentabilidad con la adición del Ingreso Esperado y con recursos del presupuesto nacional como se indica a continuación:

“(i) Con Ingreso Esperado adicional por peajes, incluido el recaudo en la Estación “La Esperanza” a partir de enero de 2011, por la suma de CIENTO DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS QUINCE (\$119.325.611.915) PESOS de diciembre de 2005. En consecuencia, el ingreso esperado acumulado será la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTITRÉS (\$449.222.162.123) PESOS de diciembre de 2005.

“(ii) Con Aportes estatales provenientes de recursos del presupuesto nacional en las siguientes vigencias futuras:

AÑO	VIGENCIAS (PESOS CORRIENTES)
2012	\$ 126.300.000.000
2013	\$ 285.500.000.000
2014	\$ 231.000.000.000
2015	\$ 89.000.000.000
2016	\$ 21.300.413.208

“Existe autorización para comprometer Vigencias futuras excepcionales, tal como consta en oficio de fecha 26 de marzo de 2010 expedido por el secretario Ejecutivo del CONFIS.

“PARÁGRAFO PRIMERO. - Una vez recibida de INVIAS la estación de recaudo “La Esperanza” el INCO la entregará al concesionario para su operación y mantenimiento y le cederá los derechos de recaudo, a partir del primero de enero de 2011.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. - Para el cálculo de la remuneración del CONCESIONARIO para el presente adicional se consideró en la metodología financiera que los recursos provenientes de las vigencias futuras que recibirá el concesionario se contabilizarán como un ingreso recibido por anticipado, lo que implica un menor pago de impuestos a cargo de éste y un menor monto de los aportes estatales.

“PARÁGRAFO TERCERO: Igualmente, para el cálculo de la remuneración del CONCESIONARIO para el presente adicional se consideró el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30% otorgado por normatividad vigente.

“PARÁGRAFO CUARTO. - Estará de cargo exclusivo del CONCESIONARIO la consecución de los recursos necesarios para la ejecución de las obras objeto del presente contrato adicional, así como los necesarios para la operación y mantenimiento de los trayectos recibidos hasta que las obras sean entregadas al INCO.

“PARÁGRAFO QUINTO. - El INCO de conformidad con los compromisos adquiridos mediante este documento, deberá consignar el fideicomiso – subcuenta Principal, los recursos a que se obliga, según las vigencias futuras de que trata la presente cláusula, a más tardar el 31 de diciembre de cada vigencia fiscal. En caso de mora por parte del INCO en hacer el traslado efectivo de los recursos de cada vigencia a la subcuenta principal, se dará aplicación a lo establecido en la cláusula 56 del contrato de concesión.” -Subraya del Tribunal-

El citado párrafo tercero da cuenta de la constancia que expresamente dejaron los contratantes en el sentido de señalar que uno de los factores o inputs considerados al momento de calcular la “remuneración” del Adicional No. 3 fue el beneficio tributario que legalmente se contempló por la inversión en activos fijos reales productivos, el cual, para la época de celebración del mencionado modificatorio, correspondía a un porcentaje del treinta por ciento (30%), de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1370/2009. Se tiene claro en este sentido que, en estrictos términos financieros, no se trató de una variable tendiente a fijar o a definir la “remuneración” de las obras pactadas en el marco del Adicional No. 3, sino que, en cambio, el beneficio tributario se tuvo en cuenta como uno de los componentes para proyectar su modelo financiero, elaborar el flujo de caja y determinar la rentabilidad o TIR del proyecto.

En efecto, la mencionada estipulación contractual fue el resultado del modelo financiero elaborado para el Adicional No. 3, en el cual se proyectó el flujo de caja tomando como variable la prerrogativa fiscal en mención, en un porcentaje del treinta (30%) –según se ha dicho–, para los años 2010 a 2015. Tomando en cuenta estas características y, en concreto, los análisis financieros realizados respecto del beneficio tributario que ocupa la atención del Tribunal, debe traerse a colación en este punto otros apartes contenidos en el Laudo Arbitral de once (11) de mayo de 2016, oportunidad en la cual se determinó sobre el particular que:

“Puede colegirse conforme a lo expuesto que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos sí tuvo inferencia en la definición de las condiciones económicas pactadas en ambos documentos adicionales; sin embargo, desde el punto de vista estrictamente financiero, la perito Gómez Clark se encargó de clarificar en su informe de respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación que esta prerrogativa fiscal no constituyó como tal un factor o un componente de la remuneración propiamente dicha, sino que fue tenida en cuenta como una de las variables para proyectar el flujo de caja de ambos adicionales y, con base en ello, para determinar la tasa interna de retorno del proyecto.

“La perito indica en este sentido que el beneficio fiscal no constituyó un factor o componente de la remuneración pactada en los dos adicionales en atención a que no fue considerado como un ingreso de la sociedad concesionaria, de ahí que solo pueda calificarse como una de las variables contempladas en el flujo de caja para proyectar la rentabilidad del proyecto. En otras palabras, si bien se tuvo en cuenta el beneficio fiscal al definir las condiciones financieras de ambos adicionales, debe tenerse presente que el mismo tenía efectos sobre la rentabilidad esperada, más no sobre remuneración de la sociedad concesionaria.” -Subraya ajena al texto-

En similares términos, exponiendo los distintos componentes del flujo de caja proyectado al elaborar el modelo financiero del Adicional No. 2, el perito Antonio Vargas Del Valle señaló que, en efecto, el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos sí se tuvo en cuenta como variable para determinar las condiciones financieras del proyecto en mención. Sobre el particular, en el dictamen pericial rendido ante este Tribunal en octubre de 2019³⁹, el auxiliar de la justicia indicó:

En el mencionado archivo de Excel en la hoja FFCC flujo de caja de la modelación financiera se extrae la siguiente información (Ver Imagen 6-1 e Imagen 6-2):

- El porcentaje del beneficio tributario utilizado en la modelación financiera fue del 40%
- El beneficio tributario para el año 2009 fue calculado en \$ 24.648 Millones de Pesos corrientes
- Para el año 2010 el beneficio tributario fue calculado en \$ 55.535 Millones de Pesos corrientes.

Ingreso Esperado Adicional (\$Dic-05)	26.685
TIR Real FCL	11,3300%
TIR Real Excedentes	19,4311%
Beneficio Tributario Activos Fijos Productivos	40,00%
AIU	25,00%
Ingreso Real (VP de los Ingresos del Proyecto)	151.073
Años Adicionales Proyecto	-
Año de Obtención IE Alcance basico	2.025
Bancos DTF + %	4,00%
Estructura de Capital	100,00%
% Deuda	85,00%
% Equity	15,00%
Año de Terminación Obras	2.010
Check	-

Imagen 6-1 Parámetros Modelación Financiera Adicional No. 2

Imagen 6-2 Valor Beneficio 40% Activos Fijos Productivos Años 2009 y 2010 Establecido en la Modelación Financiera del Adicional No. 2 al Contrato de Concesión 002 de 2002

Alcance Adicional Concesión Cordoba - Sucre	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Flujo de Caja (millones de \$ corrientes)						
P&G Operativo (millones de \$ corrientes)						
(+) Ingresos	5.407	46.648	41.243	74.790	79.154	79.154
(-) Costos y Gastos	(8.295)	(11.243)	(5.803)	(6.545)	(1.447)	(1.448)
(-) Depreciaciones y Amortizaciones Operacionales	-	-	(61.684)	(61.684)	(61.684)	(15.405)
Utilidad Operativa Antes de Impuestos	(2.888)	35.404	(26.243)	6.562	16.023	62.301
Beneficio 40% Activos Fijos Productivos	24.648	55.535	-	-	-	-
Acumulado	27.535	47.666	73.909	67.348	51.324	-
Base Calculo Impuesto de Renta	-	-	-	-	-	10.977
Impuesto de Renta Operativo	-	(5)	(355)	-	-	-
Utilidad Neta Operativa	(2.888)	35.400	(26.598)	6.562	16.023	62.301

De acuerdo con el anterior ejercicio financiero realizado por el perito, no existe dubitación alguna en cuanto a que, al momento de realizar la modelación financiera del Adicional No. 2, sí se tuvo en cuenta la deducción especial como parámetro o variable por parte de la entidad pública convocada, quien adelantó las acciones precontractuales tendientes a definir las distintas condiciones que regirían la contratación de las obras adicionales o la activación del alcance progresivo correspondiente al Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 173.

Ahora bien, para el caso del Adicional No. 3, la conclusión es similar a la expuesta frente al Adicional No. 2 en lo que respecta a la consideración del beneficio tributario en la modelación financiera concerniente a la ejecución de las obras objeto de este nuevo alcance progresivo. Así se desprende de los resultados esbozados en la pericia rendida por el Ingeniero Vargas del Valle, en donde se indica frente al Adicional No. 3 lo siguiente⁴⁰:

En el Anexo 7.4 se relaciona el archivo en Excel de la Modelación Financiera realizada por la Subgerencia de Estructuración Contractual del INCO (Hoy ANI) para el Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

En el mencionado archivo de Excel hoja Tx (IMPUESTOS) se extrajo la siguiente información (Ver Imagen 6-3):

- El porcentaje del beneficio tributario utilizado en la modelación financiera fue del 30%
- El beneficio tributario para el año 2010 fue calculado en \$ 30.443 Millones de Pesos corrientes.
- Para el año 2011 el beneficio tributario fue calculado en \$ 25.671 Millones de Pesos corrientes.
- El beneficio tributario para el año 2012 fue calculado en \$ 31.677 Millones de Pesos corrientes.
- Para el año 2013 el beneficio tributario fue calculado en \$ 29.848 Millones de Pesos corrientes.
- En el año 2014 el beneficio tributario fue calculado en \$ 27.549 Millones de Pesos corrientes.
- El beneficio tributario para el año 2015 fue calculado en \$ 9.215 Millones de Pesos corrientes.

IMPUESTOS		2010	2011	2012
Flujo Beneficio Activos Fijos Productivos				
(+) Beneficio del Periodo	30,00%	30.443.671.713	25.671.756.820	31.677.563.929
(+) Beneficio Acumulado		-	31.356.981.865	58.739.600.845
(-) Beneficio Usado			-	-
Saldo Final Beneficio		30.443.671.713	57.028.738.685	90.417.164.775

IMPUESTOS		2013	2014	2015	2016
Flujo Beneficio Activos Fijos Productivos					
(+) Beneficio del Periodo	30,00%	29.848.705.142	27.549.928.169	9.205.557.832	-
(+) Beneficio Acumulado		93.129.679.718	126.667.736.406	158.844.194.512	160.531.438.870
(-) Beneficio Usado		-	-	12.193.986.451	15.797.992.282
Saldo Final Beneficio		122.978.384.861	154.217.664.575	155.855.765.893	144.733.446.588

Imagen 6-3 Valor Beneficio 30% Activos Fijos Productivos Años 2010 al 2015 Establecido en la Modelación Financiera del Adicional No. 3 al Contrato de Concesión 002 de 2002

Como se observa del análisis realizado por el perito, tratándose del Adicional No. 3 puede colegirse que, igualmente, el beneficio tributario constituyó una de las variables tenidas en cuenta por la entidad contratante al elaborar el respectivo modelo financiero y correr, año a año, el flujo de caja correspondiente.

Estas conclusiones son consecuentes con lo expresado anteriormente por el Tribunal al citar el contenido del Laudo proferido el once (11) de mayo de 2016, lo cual permite adoptar al respecto determinaciones concordantes y

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 180.

debidamente soportadas. En concreto, atendiendo lo pretendido por la sociedad convocante en las pretensiones segunda y tercera principales de la demanda arbitral reformada, es menester acceder a las mismas en consideración a que, según quedó demostrado con las pruebas antes referidas, el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos sí fue tenido en cuenta al realizar las estimaciones y cálculos atinentes a los modelos financieros proyectados para el Adicional No. 2 y para el Adicional No. 3, toda vez que, precisamente, esta deducción especial constituyó una de las variables consideradas en la elaboración del flujo de caja de los dos documentos contractuales modificatorios, para establecer las condiciones de rentabilidad de los mismos y, en últimas, para definir la modelación financiera en cada caso.

De otra parte, en cuanto a la pretensión cuarta principal de la demanda arbitral reformada, el Tribunal encuentra que, en la manera en que fue formulada, también habrá de accederse a ella. En efecto, de acuerdo con lo expuesto en las distintas declaraciones testimoniales rendidas en sendos trámites arbitrales por el señor Hugo Fernando Kerguelen, está demostrado que el propósito u objeto último de contemplar la variable del beneficio tributario en el modelo financiero proyectado para cada uno de los adicionales en cuestión no era otro que rebajar o disminuir de manera proporcional los aportes que habría de realizar la entidad concedente.

De manera enfática y consecuente, el señor Kerguelen indicó que, la finalidad del beneficio tributario consistió en que, “... *se pudiese ahorrar dinero en las vigencias futuras que iban a otorgar, porque la idea era optimizar recursos. Como el monto de las adiciones eran todos los proyectos, no era solamente Córdoba-Sucre, todos los demás proyectos también requerían aportes de la nación; se buscó optimizar recursos por parte de la aplicación de ese beneficio en activos fijos-productivos*”. Así las cosas, el menor pago de impuesto sobre la renta derivado de la aplicación de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos se consideró o tuvo en cuenta en favor del proyecto mismo, tanto para el alcance progresivo activado mediante el Adicional No. 2, como para el caso sucedido con el Adicional No. 3, de ahí que, en la proporción correspondiente, el beneficio o ahorro que se pensaba obtener con el menor pago del impuesto sobre la renta fue considerado en cada modelo financiero como variable tendiente a calcular menores aportes estatales o a comprometer vigencias futuras por montos inferiores a los que habrían de aprobarse si no se aplicara el beneficio tributario.

Conforme a lo anterior, se accederá a la pretensión cuarta principal de la demanda arbitral reformada.

4.3. Los efectos generados por la reducción del porcentaje y posterior eliminación de la deducción por inversión en activos fijos productivos

En los apartados precedentes se ha explicado lo acontecido en relación con la denominada deducción por inversión en activos fijos productivos,

indicándose al respecto que este beneficio tributario fue creado por el legislador mediante la Ley 863 de 2003 y modificado luego por la Ley 1111 de 2006, a través de la cual se dispuso que, a partir del periodo gravable 2007, los contribuyentes del impuesto sobre la renta que invirtieran en activos fijos productivos podrían deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de los mismos al momento de calcular la renta líquida gravable. Estando en vigencia esta norma, los contratantes suscribieron el Adicional No. 2 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en cuyo modelo financiero se tuvo en cuenta el mencionado beneficio como factor para determinar la rentabilidad del proyecto constructivo.

Posteriormente, se expidió la Ley 1370 de 2009, por la cual se dispuso modificar el alcance de la deducción por activos fijos productivos, reduciéndose el porcentaje del beneficio del cuarenta por ciento (40%) al treinta por ciento (30%). En vigencia de esta disposición normativa, los contratantes celebraron el Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, contemplando también el mencionado beneficio como variable del flujo de caja del adicional a fin de establecer la tasa interna de retorno correspondiente.

La deducción especial por inversión en activos fijos productivos fue eliminada, en definitiva, por la Ley 1430 de 2010, norma que dispuso el desmonte total del beneficio tributario sin lugar a transiciones, a partir del año gravable 2011. En razón de lo anterior, se alega en la demanda arbitral reformada que la reducción del porcentaje correspondiente al beneficio tributario en comento y la posterior eliminación del mismo afectó desfavorablemente la estructura financiera de los Adicionales 2 y 3, así como las condiciones de conmutatividad proyectadas inicialmente para ambos proyectos y que determinaron en su momento la anuencia y celebración respectiva por parte de la sociedad concesionaria.

En este contexto, el Tribunal abordará a continuación lo atinente a los efectos generados por los cambios normativos que se han indicado en relación con la deducción especial en activos fijos reales productivos, precisando en este sentido lo sucedido frente a los Adicionales 2 y 3 que son la materia arbitrable en la presente controversia judicial. Luego, de encontrar demostrada la existencia de un daño, se estudiará lo referente a la imputación del mismo y se determinará con base en ello la existencia o no de responsabilidad contractual para el caso concreto.

4.3.1. ¿Hubo afectación o consecuencias económicas desfavorables para la sociedad concesionaria, en lo que respecta al Adicional No. 2 y al Adicional No. 3, con la disminución del porcentaje y posterior eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos?

La respuesta al interrogante planteado en este punto supone para el Tribunal la necesidad de realizar una aclaración previa que atañe a lo estudiado y resuelto en el marco del trámite arbitral anterior que se surtió

con el propósito de decidir las diferencias suscitadas entre las mismas partes que hoy comparecen en juicio, proceso que dio lugar a la expedición del Laudo Arbitral de once (11) de mayo de 2016. En efecto, como se ha mencionado con anterioridad, es cierto que el tema relativo a este beneficio tributario fue tratado judicialmente en una oportunidad anterior -de lo cual conoció un Tribunal de Arbitraje constituido en su momento por dos de los tres árbitros que hoy día integramos el presente Panel Arbitral-; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el objeto de estudio del Tribunal anterior correspondió a los efectos generados por la variación normativa concerniente a la deducción especial para los años 2009 a 2013, aspecto determinante en atención a que, de acuerdo con lo expuesto en la demanda arbitral reformada que se analiza en esta oportunidad, las pretensiones formuladas por la parte convocante conciernen a los años o periodos gravables 2014 a 2017.

Esta precisión permite colegir que es del todo procedente abordar y resolver los pedimentos de la sociedad concesionaria en lo que respecta al periodo comprendido entre el 2014 y el 2017, frente a lo cual no ha existido pronunciamiento judicial y definitivo alguno que pudiera generar efectos de cosa juzgada. De otra parte, debe recordarse que en el trámite arbitral anterior no se encontró demostrada la configuración de un perjuicio real en detrimento de los intereses de la convocante, toda vez que las pruebas arrojadas al proceso y practicadas en el marco del mismo solo daban cuenta de simples proyecciones de orden financiero y tributario en relación con el impuesto sobre la renta liquidado para los años 2011 y 2013, sin que éstas reflejaran la existencia real o la causación concreta de un daño para la concesionaria, situación que llevó a que las pretensiones estudiadas en su momento fueran negadas por el Tribunal Arbitral.

Entrando en materia, para el Tribunal está demostrado que la sociedad concesionaria sí realizó inversiones en activos fijos reales productivos con ocasión de la ejecución de los Adicionales 2 y 3, los cuales fueron reportados contablemente entre los años o periodos gravables que son objeto de la presente controversia. De esto da cuenta el informe pericial rendido por la firma Ernst & Young Audit S.A., aportada como dictamen anticipado por la sociedad concesionaria, firma que en desarrollo de su trabajo procedió “... a determinar el monto total de la inversión en activos fijos reales productivos realizada por el Concesionario así como la existencia de los mismos y su respectiva correspondencia con el Adicional 2 y Adicional 3, con base en la verificación de los registros contables, estados financieros del Concesionario y de la Fiduciaria y la verificación de la documentación soporte de cada inversión tales como facturas, actas de obra y órdenes de operación”⁴¹.

Como resultado de las operaciones y análisis realizados por la firma Ernst & Young, se encontró probado que la sociedad concesionaria efectuó inversiones en activos fijos reales productivos, año a año, de acuerdo con

⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 512.

los siguientes valores totales que se discriminan para cada uno de los adicionales en cuestión⁴²:

Sum of VALOR BRUTO FACTURA				
Row Labels	2011	2012	2013	2014
ADICIONAL 02	75.866.010.681	9.803.657.129	16.218.563.387	5.307.779.092
ADICIONAL 03	5.276.711.429	25.174.865.482	23.231.460.828	11.290.092.690
Grand Total	81.142.722.110	34.978.522.611	39.450.024.215	16.597.871.782

Sum of VALOR BRUTO FACTURA				
Row Labels	2015	2016	2017	Grand Total
ADICIONAL 02				172.531.627.719
ADICIONAL 03	110.180.007.461	120.834.566.712	27.778.407.965	327.837.608.187
Grand Total	110.180.007.461	120.834.566.712	27.778.407.965	500.369.235.906

A este asunto en particular se refirió también el perito Vargas del Valle, quien concluyó en su informe que, efectivamente, para ejecutar las obras de alcance progresivo convenidas en el Adicional No. 2 y en el Adicional No. 3, la sociedad concesionaria realizó inversiones en activos fijos reales productivos. Debe advertirse al respecto que, luego de efectuar la revisión de los datos y soportes considerados en su momento para rendir el dictamen pericial anticipado presentado por la sociedad convocante, el perito Vargas del Valle encontró algunas inconsistencias en la información, presentando en los siguientes términos los resultados definitivos y depurados sobre los valores de las inversiones efectuadas en activos fijos reales productivos⁴³:

Tabla 6-18. Resumen de la inversión en activos fijos productivos realizada por el Concesionario para el Adicional 2 y Adicional 3 del Contrato de Concesión No 002 de 2007

Descripción	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Adicional 2	75.220.054.599	8.855.063.461	16.168.620.868	5.307.779.092	-	-	-
Adicional 3	5.272.405.648	25.174.865.482	23.231.460.828	11.290.092.690	110.180.007.461	116.869.905.067	27.778.407.965

Con fundamento en lo expuesto por los peritos en los anteriores términos, es menester colegir que, en razón de la ejecución del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. sí realizó inversiones en activos fijos reales productivos, recordando al respecto que dicha calificación se otorga al evidenciar que tales bienes cumplen “... con las condiciones de ser tangibles, de hacer parte de su patrimonio, ser depreciables o amortizables fiscalmente, y tener participación directa en la actividad productora de renta”⁴⁴.

Ahora bien, considerando que la condición definitiva o determinante para aplicar la deducción especial *sub examine* consistía, precisamente, en verificar que el contribuyente del impuesto de renta -como lo es la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S.- efectuara inversiones en activos fijos reales productivos, es claro que, no obstante ello, a raíz de la eliminación de dicho beneficio tributario a partir del año gravable 2011, no pudo utilizarse o aplicarse la deducción especial en ninguno de los años comprendidos entre

⁴² Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 514. Véase también Anexo V aportado en medio digital por la firma experta.

⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 190.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de octubre de 2019. Rad. 22.921. C.P. Milton Chaves García.

el 2014 y el 2017, época para la cual -se reitera-, si bien se realizaron cuantiosas inversiones en bienes que cumplían con las condiciones exigidas normativamente, ya no estaba vigente el beneficio tributario en comento por mandato de la Ley 1430 de 2010.

Lo anterior sin perjuicio de establecer para el caso concreto que, más allá de determinar que se hubieren realizado inversiones en activos fijos reales productivos, el Tribunal también debe verificar que la adquisición de tales activos no hubiere sido objeto o producto de transacción alguna entre la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. y alguna de sus empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas, toda vez que, de verificarse la configuración de este supuesto, no habría lugar a la aplicación del beneficio tributario *sub examine*, en los términos del inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 -antes transcrito-.

Teniendo en cuenta lo expuesto debe determinarse, entonces, si la reducción del beneficio tributario, primero, y su eliminación completa, después, significaron o no para la sociedad concesionaria una afectación económica debido a la liquidación y pago del impuesto sobre la renta durante los años 2014 a 2017. En su momento se declaró que para el periodo comprendido entre los años 2009 y 2013 no hubo alteración negativa alguna en detrimento de los intereses de la sociedad convocante, toda vez que no se evidenció para ese momento la causación de un perjuicio real y, menos aún, la obligatoriedad para el contribuyente de realizar pagos por concepto de impuesto sobre la renta.

En lo que toca con los periodos gravables 2014 a 2017, los peritos que rindieron sendos informes en el marco del presente trámite arbitral concuerdan en señalar que, durante este lapso, especialmente para el año 2015, la sociedad concesionaria sí tuvo que realizar un mayor pago de impuesto de renta por la suma de **\$18.422.182.000**, cargo que -en principio- no se hubiese causado o no habría de asumir o cancelar la contribuyente en la suma indicada si estuviere vigente el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos.

En concreto, la firma Ernst & Young Audit S.A.S. encontró sobre el particular distintos efectos generados a raíz de la imposibilidad de aplicar la deducción especial, destacándose en este sentido el “mayor impuesto pagado por la compañía” por concepto de impuesto sobre la renta en el año 2015, el cual ascendió a la suma de \$18.422.182.000, así⁴⁵:

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 524. Véase también el Anexo V aportado por la firma experta en medio magnético.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S
NIT. 900.135.168 - 3

1. Adicionales 02 y 03

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Mayor Anticipo pagado por la compañía	-	-	-	-	4.079.560.000	704.282.740	1.022.988.320 (*)
Mayor impuesto pagado por la compañía	-	-	-	-	18.422.182.000	-	-
Mayor Saldo a favor que se hubiera generado	-	-	-	-	3.728.019.000	871.412.740	3.916.340.040
Mayor valor de pérdidas por compensar	-	-	-	-	-	-	46.821.960.124 (**)
Mayor valor de excesos por compensar	-	-	-	-	-	-	3.220.788.324

NOTAS:

(*) En los casos en los que la compañía pagó más anticipo, se tomó el mismo anticipo declarado.

(**) En las proyecciones realizadas se está compensando pérdidas hasta llegar al valor de la renta presuntiva, la compañía compensaba hasta llegar a cero.

Estos resultados fueron explicados, uno a uno, por la firma experta en su informe pericial, en donde se hizo referencia a lo sucedido sobre el particular para cada uno de los años objeto de estudio, encontrándose al respecto lo siguiente⁴⁶:

“De acuerdo con los resultados de nuestros análisis, podemos concluir que se evidenció que existe un efecto negativo en las declaraciones de renta de los siguientes años:

“- Para el año 2014 no hubo ningún efecto teniendo en cuenta que el Concesionario compensó pérdidas fiscales hasta llegar al valor de la renta presuntiva y al aplicar el beneficio, si bien disminuye la renta líquida, también se está compensando hasta llegar a la presuntiva.

“- Para el año 2015 el Concesionario pagó un mayor impuesto por valor de COP\$18.422.182.000, toda vez que no fue posible tomar la deducción por inversión en activos fijos reales productivos por COP\$33.054.002.238 correspondiente a los adicionales 2 y 3 en sus porcentajes de 40% y 30%, respectivamente (Ver cuadro 2). Al aplicar el beneficio se genera un saldo a favor del Concesionario de COP\$3.728.019.000.

“Adicionalmente, si el Concesionario hubiera aplicado el beneficio, no hubiera estado obligado a liquidar y pagar anticipo de renta. Para el año 2015, el Concesionario pagó un anticipo de COP\$4.079.560.000. Si bien en la renta del año 2016 se disminuyó este anticipo del impuesto por pagar, este valor tiene un efecto de caja.

“- Para el año 2016 hubo un efecto negativo desde dos perspectivas, uno por el mayor saldo a favor que se hubiera generado por valor de COP\$871.412.740 y el otro por el mayor anticipo tanto de renta como de sobretasa pagado por el Concesionario por valor de COP\$704.282.740, ambos efectos originados por la imposibilidad de deducir en renta COP\$36.250.370.014 de activos fijos reales productivos correspondientes a los adicionales 2 y 3 en sus porcentajes de 40% y 30%, respectivamente (ver cuadro 2).

“- Para el año 2017 hubo varios efectos negativos, los cuales se pueden observar desde varias perspectivas:

“Mayor anticipo de renta y sobretasa pagado por el Concesionario por valor de COP\$1.022.988.320.

“Mayor saldo a favor que se hubiese generado por valor de COP\$3.916.340.040 (este efecto viene con el acumulado de años anteriores)

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 522 y 523.

“Mayor valor de pérdidas acumuladas pendientes por compensar por valor de COP\$46.821.960.124.

“Mayor valor de excesos de renta presuntiva sobre renta líquida acumulados pendientes por compensar por valor de COP\$3.220.788.324.” -Subraya ajena del texto-

Son claras las explicaciones dadas por la firma experta en cuanto a los distintos efectos generados por la imposibilidad de aplicar el beneficio tributario entre los años 2014 a 2017. Al respecto se destaca que, además de las consecuencias contables y tributarias originadas en esta especial circunstancia, como es el caso de la imposibilidad de sumar o agregar saldos a favor, de liquidar mayores anticipos de renta y de pagar mayor porcentaje de sobretasa y de sumar un mayor valor en pérdidas acumuladas, la sociedad concesionaria tuvo que efectuar la liquidación y el pago del impuesto sobre la renta para el año 2015, por una suma de \$18.422.182.000, lo cual podría constituir para el caso concreto un perjuicio real o concreto en detrimento de los intereses de la convocante al tratarse de un mayor pago que no se hubiera causado si el beneficio continuara vigente.

Estos análisis y resultados fueron objeto de revisión por parte del Ingeniero Antonio Vargas del Valle, perito experto que encontró algunas diferencias en las sumas expuestas en el dictamen de parte, pero que, en todo caso, concluyó que para el año 2015, la sociedad concesionaria sí pagó por concepto de impuesto sobre la renta la suma de \$18.422.182.000, como lo había indicado la firma Ernst & Young. En este sentido, el perito Vargas del Valle señaló en su informe: *“Año 2015: Cálculo de impuesto por el sistema de renta líquida gravable. El valor calculado para impuesto de renta a pagar es de \$18.422.182.000, coincidiendo por el valor calculado por el Concesionario y ratificado por la firma Ernst & Young”*⁴⁷.

En sustento de lo anterior, al rendir la declaración ante el Tribunal practicada el cinco (5) de noviembre de 2019⁴⁸, el Ingeniero Vargas del Valle explicó de manera diáfana el porqué de la suma liquidada y pagada por la sociedad concesionaria en el año 2015, a título de impuesto sobre la renta, así:

“La renta presuntiva no tiene en cuenta el beneficio tributario, uno lo aplica, porque es un porcentaje sobre los ingresos que paguen, perdón, patrimonio, una vez obtenida una renta líquida puede ser pérdida o ganancia, en la renta si es pérdida lo que dio el contribuyente tiene doce años para utilizarla, digamos, contrarrestar algunas ganancias, pero si es positiva, básicamente da la renta líquida y ahí en este punto que es importante, es cuando se compara cuál de las dos rentas es mayor, si la que calculó por la renta gravable o si la que se calcula por la renta presuntiva.

“Entonces, la mayor se toma, ahí voy a repetir un poquito, es los beneficios de la ley de los activos fijos, productivos, se dan si el contribuyente ha calculado su renta o es mayor su renta por la renta líquida gravable, porque por el otro lado no tiene ningún beneficio porque es sobre el

⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 199.

⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 115 Vto. y 116.

patrimonio el 3% del patrimonio, que es en teoría lo que rinde el patrimonio mientras lo otro son los ingresos o egresos, bueno, ahí ya viene y se calculan ya los impuestos.

“Hacemos esa anotación porque el concesionario los primeros años tuvo su liquidación por renta presuntiva, entonces cualquier beneficio no le aplicaba, le era diferente, hasta el 2015, cuando la renta gravable dio más que la presuntiva, cuando da esa situación aquí están las tablas como se calculan los impuestos que como le dio el Tribunal siguiendo la metodología de la firma experta que presenta el concesionario, pero con los números que nosotros fuimos encontrando.

“Al final se encuentra que el valor solicitado, digamos en el 2015, es en la página 64 de \$18.422.182.000, es el valor que se pagó de impuestos y que deberían ser asumidos por el beneficio tributario en inversión de activos fijos.

“Dr. Yepes: Dicho de otra manera, si el beneficio tributario hubiera existido en ese momento, ¿el concesionario no habría tenido que pagar?

“Sr. Vargas: Así de claro doctor, o sea, esa es la cifra que hay, no se calcula más porque realmente, además de que toque confrontarlo, no solamente ellos tengan el derecho, sino que, además, tengan el uso por decirlo así, que hayan tenido que aplicarlo porque ellos tienen un derecho y si no lo aplican digamos tienen que utilizarlo, en este caso en el 2015, se ve que tienen el derecho, lo aplican y corresponde a los impuestos correspondientes, básicamente ese es el tema de los generales de la experticia.” -Subraya ajena al texto-

El perito Vargas del Valle expone con claridad lo atinente al impuesto sobre la renta pagado por la concesionaria en el año 2015, respecto de lo cual se resalta que -a juicio suyo-, de haberse mantenido vigente el beneficio tributario por inversión en activos fijos, la sociedad contribuyente no habría incurrido en el pago de la suma considerable que por tal concepto debió sufragar.

Ahora, tratándose de los demás cálculos realizados en ambos dictámenes periciales, concernientes a los resultados encontrados en el escenario en que, para cada anualidad, la sociedad concesionaria hubiere podido aplicar el beneficio tributario, el perito Vargas del Valle resume de buena manera las diferencias encontradas al respecto entre ambos informes, determinando sobre el particular, primero, que en cualquier caso la convocante sí hubiere tenido derecho a aplicar la deducción especial en el evento en que la misma no se hubiere eliminado por el legislador y, segundo, que la misma reflejaría para el contribuyente un beneficio cuantificado en las siguientes sumas de dinero, discriminadas año a año⁴⁹:

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 191.

Tabla 6-20 Diferencia calculo Beneficio tributario por la inversión en activos fijos productivos asociados a los Adicionales 2 y 3

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
CALCULO Ernst & Young	31.929.417.701	11.473.922.496	13.456.863.603	5.510.139.444	33.054.002.238	36.250.370.014	8.333.522.390
CALCULO PERITAJE	31.669.743.534	11.094.485.029	13.436.886.596	5.510.139.444	33.054.002.238	35.060.971.520	7.743.837.880
DIREFENCIA	259.674.167	379.437.467	19.977.008	0	0	1.189.398.494	589.684.510

Otra diferencia señalada por el perito Vargas del Valle corresponde a los resultados encontrados respecto de la denominada pérdida fiscal por compensar con el beneficio tributario. Sobre este aspecto, la firma Ernst & Young concluyó que dicha pérdida ascendía a la suma de \$46.821.960.124, mientras que, según el perito Vargas del Valle, la misma fue de \$45.365.689.737⁵⁰, como pasa a exponerse:

Tabla 6-22. Proyección perdida fiscal por compensar con beneficio tributario adicionales 2 y 3

REFERENCIA	CONCEPTO	VALOR
A	Pérdida fiscal acumulada pendiente de compensar al 31 de diciembre de 2016 (2011, 2012, 2013 y 2016)	62.939.533.229
B	Tarifa el impuesto aplicable al 31 de diciembre de 2016	25%
c = a x b	Valor susceptible de compensación a partir del año gravable 2017	15.734.883.307
	Tarifa de renta sin sobretasa al 31 de diciembre de 2017	34%
D = c / 34%	Total pérdida pendiente por compensar al 31 de diciembre de 2017	46.279.068.551
	Total pérdida pendiente por compensar sin el beneficio tributario	913.378.814
	Total pérdida pendiente por compensar aplicando nuevo beneficio tributario	45.365.689.737

Con relación a la proyección de perdida pendiente por compensar presentada en el documento elaborado por Ernst & Young por valor \$46.821.960.124 debido a las diferencias en la deducción en inversión en activos fijos reflejados en la tabla 6-20, el valor calculado por este perito es de \$45.365.689.737, presentando una disminución de \$1.456.270.390 de dicho valor.

Como se dijo antes, uno de los efectos generados con la imposibilidad de aplicar o deducir en la liquidación del impuesto sobre la renta el beneficio por inversión en activos fijos productivos, en los porcentajes de 40% y 30%, respectivamente, correspondió al mayor valor de pérdidas acumuladas pendientes por compensar que se hubiere causado de no haberse eliminado la tantas veces mencionada deducción especial. Al respecto, luego de los cálculos realizados por el perito Vargas del Valle, se encontró probado que tales pérdidas fiscales ascenderían a la suma de \$45.365.689.737, la cual es acogida por el Tribunal de Arbitraje dada la explicación efectuada al respecto por el perito designado en el marco del presente trámite arbitral.

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 200.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal encuentra probados varios aspectos, a saber: **Primero**, que en los años 2014 a 2017, la sociedad concesionaria sí realizó inversiones en activos fijos reales productivos, en razón de la ejecución de los Adicionales No. 2 y 3; **segundo**, que a raíz de la reducción del porcentaje del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos y su posterior eliminación, la sociedad concesionaria no pudo aplicar la deducción especial en la liquidación del impuesto sobre la renta correspondiente a los años 2014 a 2017; **tercero**, que debido a la imposibilidad de aplicar el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos durante los años 2014 a 2017, se generaron varios efectos negativos o afectaciones económicas reflejadas en distintas consecuencias contables y tributarias para la sociedad convocante, como es el caso de la imposibilidad de sumar o agregar saldos a favor, de liquidar mayores anticipos de renta, de pagar mayor porcentaje de sobretasa y de sumar un mayor valor en pérdidas acumuladas, así como la obligación de pagar, efectivamente, el impuesto sobre la renta en el año 2015; y **cuarto**, que tratándose de lo sucedido en el mencionado periodo gravable de 2015, coinciden la firma experta Ernst & Young y el perito Vargas del Valle en indicar que, para este año, la sociedad concesionaria liquidó y pagó una mayor suma de **\$18.422.182.000**, por concepto de impuesto sobre la renta, monto que -en principio- no se habría causado en el supuesto en que se hubiere mantenido vigente el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos.

En similares términos, el señor Agente del Ministerio Público indicó en su Concepto que, en razón de las distintas consideraciones expuestas y, particularmente, por la reducción del porcentaje de la deducción especial y su posterior eliminación, sí se generaron efectos desfavorables para el particular concesionario. En palabras del Señor Procurador, se observa lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo transcrito y lo demostrado en el proceso, se advierte que, tal como se dejó sentado antecedentemente, de los peritajes aportados al presente trámite se tiene por acreditado que:

“- El concesionario realizó, efectivamente, inversiones en activos fijos productivos por la celebración de los contratos adicionales 2 y 3, lo cual fue plenamente identificado y cuantificado por el perito Vargas del Valle, quien realizó ajustes sobre este particular al peritaje de parte aportado por la concesionaria, lo cual permitió determinar el porcentaje del beneficio fiscal aplicable en cada caso y para cada año gravable.

“- Los peritajes aportados también dieron cuenta del valor pagado por el contribuyente por concepto de impuesto sobre la renta, lo cual se comparó con la hipótesis en la que el beneficio tributario hubiera estado vigente, lo que permitió establecer un mayor pago realizado para cubrir este tributo ante la reducción o eliminación del beneficio fiscal.

“- Los análisis efectuados por los peritos se limitaron a los contratos adicionales 2 y 3, en cuanto tiene que ver con sus condiciones financieras.”⁵¹

⁵¹ Concepto del Ministerio Público – Página 77.

No obstante lo anterior, sin desconocer los distintos aspectos objeto de prueba que han sido detallados con anterioridad, el Tribunal considera necesario detenerse a revisar en este punto lo relacionado con la limitación o restricción prevista en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 -antes citado-, toda vez que, de evidenciarse que las inversiones realizadas por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. corresponden o refieren a la adquisición de activos fijos producto de transacciones realizadas con otras empresas que tengan la calificación de filiales de dicha sociedad o que estén vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas que la contribuyente, es clara la norma en disponer que en tales eventos no resultaba procedente aplicar el beneficio tributario objeto de estudio y, por ende, la sociedad convocante no podría beneficiarse de los efectos de tal deducción al momento de liquidar el impuesto sobre la renta y realizar los pagos respectivos.

Perfectamente válido es que una empresa realice o concrete operaciones comerciales con sus sociedades filiales o con otras empresas con las que pueda tener una vinculación accionaria; sin embargo, esta especial circunstancia debe ser vista con detenimiento en lo que respecta al beneficio tributario por inversión en activos fijos, reales y productivos, habida cuenta que -como se ha dicho en precedencia-, cuando se trata de la concreción de este tipo de eventos -válidos por cierto-, la contribuyente ve limitada o restringida la posibilidad de aplicar el mencionado beneficio tributario por disposición legal.

Vale recordar en este punto que el propósito de esta deducción especial no era otro que reactivar la economía y estimular la inversión, aspecto que resultaría truncado con la realización de transacciones entre empresas filiales o de alguna manera con vinculaciones accionarias, lo cual fue advertido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- desde el año 2007, oportunidad en la cual conceptuó sobre el particular que, *“... la intención del legislador fue la de evitar otorgar el beneficio a cualquier operación de adquisición de activos fijos entre empresas vinculadas, filiales o con la misma composición mayoritaria de accionistas, pues es lógico que si la norma busca una inversión que en verdad implique una ampliación o mejora de la capacidad operativa en los entes económicos que conlleve la consecuente generación de empleo y desarrollo económico, entre otros objetivos, debe evitar las transacciones entre empresas vinculadas pues con tal proceder no se cumplen los objetivos perseguidos por el legislador”*⁵² -subrayas ajenas al texto-.

De buena manera la DIAN explica de esta forma el propósito legal del beneficio tributario en comentario y, con base en ello, permite entender la razón de la limitante prevista en el artículo 8° antes referida, conforme a la cual, por más que logre demostrarse para un caso concreto que el contribuyente hubiere invertido en activos fijos que, además, pudieren

⁵² Concepto DIAN No. 104.063 de 18 de diciembre de 2017.

calificarse como reales y productivos, no tendría derecho al beneficio si dichos activos fueren adquiridos como fruto de transacciones entre filiales, empresas vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

Si se tiene en cuenta esta especial circunstancia, es menester advertir para el proceso que ocupa la atención de este Tribunal de Justicia que, de acuerdo con las pruebas relacionadas *supra* ha quedado evidenciado que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. sí efectuó inversiones en activos fijos, reales y productivos durante los periodos o años gravables comprendidos entre el 2014 y el 2017, tendientes a cumplir con las prestaciones convenidas en el marco del Adicional No. 2 y del Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

Así mismo se ha probado que, en principio y de manera genérica, de no haberse eliminado el beneficio tributario estudiado, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. hubiere podido aplicar dicha deducción especial e, incluso, ver disminuido el valor a pagar por concepto de impuesto sobre la renta, destacando en este sentido que, igualmente, de acuerdo con la probanza relatada con anterioridad, para el año 2015, la sociedad contribuyente efectuó un mayor pago a título de impuesto sobre la renta por la suma de \$18.422.182.000.

Ahora bien, para efectos de establecer con certeza que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. sí hubiese tenido derecho a aplicar el beneficio tributario en los términos del artículo 158-3 del Estatuto Tributario -modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006-, es del todo necesario verificar que la inversión en los activos fijos reales productivos mencionada se hubiere hecho directamente por la entidad concesionaria o adquirido a terceros o, en cualquier caso, a personas distintas a las sociedades o empresas que pudieran considerarse filiales suyas, con las que tuviese alguna vinculación accionaria o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

Debe señalarse en este sentido que, al revisar la prueba pericial o los informes rendidos por la firma Ernst & Young y por el doctor Vargas del Valle, ambas experticias dan cuenta de las inversiones efectuadas por la sociedad contribuyente para los años 2014 a 2017 e, incluso, llegan a idénticas conclusiones cuando indican que, tratándose del año o periodo 2015, la concesionaria sí incurrió en mayores pagos por concepto de impuesto sobre la renta en la suma antes indicada. Sin embargo, observa el Tribunal que ambas pericias incluyen dentro de la relación de los activos fijos reales productivos, transacciones hechas con sociedades vinculadas, como es el caso, a manera de ejemplo, de la sociedad KMA Construcciones S.A.

En este orden de ideas, conoció el Tribunal durante el trámite del proceso la existencia de las relaciones comerciales o empresariales que sostuvo la convocante con sus accionistas o demás empresas vinculadas

accionariamente, aspecto que fue puesto de presente en distintos testimonios que se refirieron a transacciones realizadas entre la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. y las sociedades KMA Construcciones S.A. y Obresca. Sobre este particular se refirió el señor Salomón Niño Ortiz, quien se ha desempeñado como Gerente General de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., indicando lo siguiente:

“DR. GUTIÉRREZ: Usted acabo de decir que no solo le generaron al concesionario sino a sus subcontratistas.

“SR. NIÑO: Correcto.

“DR. GUTIÉRREZ: ¿Usted podría indicar a qué subcontratistas y bajo qué contratos?

“SR. NIÑO: Nosotros suscribimos, varios contratos para hacer ese corredor vial pero en particular hay en Sierra Flor estaba un contrato con KMA Construcciones y un contrato con el Consorcio Obresca para la construcción de las obras, posteriormente también tuvimos que hacer un contrato después de que regresamos, después de que la comunidad nos permitió regresar a hacer la ingeniería, tuvimos que contratar personal especializado para tratamiento de los taludes, para ver qué tratamiento le dábamos a todos esos derrumbes que se presentaron, la perdida de la berma, la perdida de todas las obras hidráulicas que se habían proyectado ahí en esos taludes, contratábamos a una empresa que se llama Mobicon, es experto en tratamiento de taludes, estabilidad de taludes y otra, se me escapa el nombre.

“DR. GÓMEZ: Las 2 primeras, esas que usted menciona, ¿hacen parte de la concesión?

“SR. NIÑO: Sí señor.

“DR. GÓMEZ: KMA y Obresca.

“SR. NIÑO: KMA y Obresca, Obresca en consorcio, sí señor.

“DR. GUTIÉRREZ: No tengo más preguntas.”

En similares términos, el señor Hernán Alonso Rojas Méndez, Vicepresidente Financiero y Administrativo de KMA Construcciones S.A.S. manifestó:

“SR. ROJAS: Ahí me metí en la concesión autopistas de la sabana, ingreso a gerencia la concesión autopistas del nordeste hasta mayo de 2016 y en mayo de 2016 me vinculo como vicepresidente financiero y administrativo de KMA construcciones S.A.S que es uno de los accionistas mayoritarios del proyecto autopistas de la Sabana.

“DR. GÓMEZ: ¿Hasta la actualidad?

“SR. ROJAS: Hasta la actualidad me desempeño como vicepresidente administrativo y financiero de KMA Construcciones.”

Por su parte, en la declaración rendida por el perito Vargas del Valle, se indicó lo atinente a la composición accionaria de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., manifestándose al respecto que entre sus accionistas

estaban las sociedades Constructora EMA, Cicon, KMA, Obresca y Tecnoconsulta, aspecto de relevancia debido a que con varias de estas empresas se realizaron transacciones relacionadas con la adquisición de activos fijos, reales y productivos, tal como lo indica la relación que ambas experticias adjuntaron a sus dictámenes.

El Tribunal refiere a los testimonios citados para señalar con fundamento en los mismos que, según lo indicado por los directivos de la sociedad convocante y de la sociedad KMA Construcciones S.A.S., mayor accionista de la primera, entre ambas empresas sí se mantuvieron relaciones comerciales o transacciones tendientes a la adquisición de activos durante la ejecución del proyecto de concesión vial Córdoba - Sucre, aspecto que, pese a considerarse válido y permitido legalmente, es demostrativo de la concreción de eventos en que no podía aplicarse de manera alguna el beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos, en los términos del inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006.

En este sentido es preciso señalar, también, que la información reportada en el certificado de existencia y representación legal allegado por la convocante junto con su demanda arbitral, muestra la relación empresarial existente entre la sociedad KMA Construcciones S.A. y la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., indicándose al respecto que la primera funge como sociedad matriz frente a la segunda que, a su vez, asume por tal aspecto la condición de filial -art. 260, Código de Comercio⁵³-. Igualmente, el mismo certificado deja en evidencia que ambas sociedades, entre otras, hacen parte de un grupo empresarial en los términos de la Ley Comercial⁵⁴.

Son determinantes estas consideraciones frente al caso concreto, toda vez que, según lo expuesto en los testimonios antes relacionados y, de acuerdo con la información empresarial que reposa en el expediente, es cierto que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. sí realizó operaciones o transacciones con sus sociedades vinculadas accionariamente, las cuales tenían como propósito la adquisición de activos fijos reales productivos. No obstante lo anterior, no hay prueba en el proceso que de manera concreta permita establecer cuáles fueron estas operaciones -carga que le correspondía cumplir al convocante para sustentar sus pretensiones- y, de otra parte, qué tipos de activos fueron adquiridos como producto de transacciones realizadas con terceros ajenos al grupo empresarial en comento o a las sociedades que de alguna manera tenían la vinculación

⁵³ Art. 260, Código de Comercio: *“Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”*

⁵⁴ Art. 28, Ley 222 de 1995: *“Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”*

accionaria mencionada con la convocante, circunstancia que impide al Tribunal realizar juicios de orden probatorio tendientes a establecer a qué tipo de bienes podía aplicarse el beneficio tributario y a cuáles no -por incurrirse en la limitación prevista en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006-.

Volviendo al informe pericial aportado por la sociedad convocante en apoyo de sus pretensiones se observa que los resultados expuestos en el mismo se fundamentan en la revisión llevada a cabo por la firma experta respecto de los activos fijos reales productivos adquiridos por Autopistas de la Sabana S.A.S. con el propósito de ejecutar y cumplir con las obligaciones atinentes a los Adicionales No. 2 y 3. Pero, tales operaciones no fueron discriminadas por el perito en el sentido de clasificar los activos que se adquirieron como producto de operaciones o transacciones realizadas con las sociedades vinculadas accionariamente con la convocante y cuáles fueron fruto de operaciones comerciales realizadas con terceros.

En estos términos se presentó por parte de la firma Ernst & Young lo atinente a los bienes que, a juicio suyo, cumplían las condiciones de bienes o activos fijos, reales y productivos, condición que, en principio, permitía encajar lo sucedido en el caso concreto en el supuesto previsto en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario. Pero, al querer estudiar lo concerniente a la naturaleza de las operaciones o transacciones realizadas por Autopistas de la Sabana S.A.S. con el objeto de adquirir estos activos, el Tribunal advierte que la prueba de que se dispone al respecto no despeja plenamente el alcance y magnitud de la totalidad de las operaciones realizadas con vinculadas y menos aún el impacto económico que dichas operaciones hubieran tenido en las declaraciones tributarias del concesionario, prueba cuya carga correspondía a la parte convocante y no a la entidad pública demandada.

Para el Tribunal es importante señalar en este sentido que, luego de encontrar probado en el *sub judice* que la sociedad convocante sí realizó inversiones en activos fijos reales productivos durante los años 2014 a 2017 e, incluso, tras demostrarse que se incurrió en el pago de un mayor valor por concepto de impuesto sobre la renta para el año gravable 2015, lo cual daría lugar a entender que se causó un perjuicio en detrimento suyo originado en la imposibilidad de aplicar el beneficio tributario luego de su eliminación por disposición legal, debe considerarse, también, que se ha evidenciado en el proceso que algunas de las transacciones llevadas a cabo por Autopistas de la Sabana S.A.S. con el objeto de adquirir este tipo de bienes fueron realizadas con sociedades con las que tiene una vinculación accionaria e, incluso, con las que cuenta con una relación de subordinación de filial a matriz, como es el caso de la sociedad KMA Construcciones S.A.

Se dijo antes que para los bienes o activos adquiridos como fruto de este tipo de transacciones no operaba el beneficio tributario y, por ende, no había lugar a efectuar las deducciones respectivas al momento de establecer la renta líquida gravable y liquidar el respectivo impuesto sobre la renta, tal

como lo dispuso el tantas veces mencionado inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006. Así las cosas, al advertir que algunos de los bienes o activos adquiridos por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. para ejecutar los Adicionales No. 2 y 3 fueron objeto de transacciones con sociedades frente a las cuales tenía relaciones societarias o vinculaciones accionarias, es claro que para estos casos aplicaba la limitación o restricción mencionada y no podía beneficiarse la convocada del beneficio tributario; sin embargo, el Tribunal no tiene claridad de cuáles fueron la totalidad de estos eventos y cuáles correspondieron a casos en que las operaciones realizadas para la adquisición de este tipo de activos se realizaron con terceros del todo ajenos a su composición accionaria o a la condición de subordinación de filial o matriz.

En otras palabras, de cara al presente trámite arbitral, le correspondía a la parte convocante ofrecer claridad sobre las transacciones efectuadas durante el periodo comprendido entre el 2014 y el 2017 a efectos de establecer, más allá de la realización de inversiones en activos fijos, reales y productivos -aspecto que está debidamente probado en el plenario-, cuáles de las operaciones concretadas con este propósito se realizaron entre Autopistas de la Sabana S.A.S. y las empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas y cuáles no, toda vez que para los eventos que encajaran en el primer caso no aplicaba legalmente el beneficio tributario y solo para los casos en que no existiera este tipo de vinculaciones procedía la aplicación de la deducción especial en comento.

Pero en el presente trámite arbitral no se cuenta con esta información, lo cual impide tener certeza sobre el particular y, en consecuencia, determinar a qué tipo de activos adquiridos por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., durante los años 2014 a 2017, aplicaba o no el beneficio tributario. Vale la pena reiterar en este caso que, a diferencia de lo encontrado en el Laudo Arbitral de mayo de 2016 -al que se hizo mención párrafos atrás-, la convocante demostró que realizó inversiones en activos fijos reales productivos, probando, igualmente, que incurrió en mayores pagos por concepto de impuesto sobre la renta en los que, en principio, no hubiera incurrido de mantenerse vigente la norma que preveía el beneficio tributario; no obstante, al momento de entrar a cuantificar un presunto perjuicio por tal circunstancia, el Tribunal encuentra que algunas de las transacciones realizadas por la concesionaria para adquirir este tipo de bienes se concretaron con sociedades vinculadas accionariamente, configurándose de esta forma la limitación contemplada en el inciso tercero del artículo 8 de la Ley 1111 de 2006, imposibilitándose así la aplicación de la deducción especial y, de contera, la estimación del efecto negativo causado con la eliminación legal de este beneficio.

Así las cosas, pese a estar demostrado un mayor pago por impuesto sobre la renta en lo referente al periodo gravable 2015, aspecto que, se reitera, no fue probado en el trámite arbitral que terminó con la expedición del Laudo fechado de mayo de 2016, para el caso concreto no hay elementos de juicio

que permitan al tribunal disgregar frente a qué tipo de operaciones aplicaba el beneficio tributario conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 y, en consecuencia, tampoco puede determinarse si efectivamente se causó en detrimento de la sociedad convocante una afectación económica de tal calado que implique el rompimiento de la ecuación financiera de la relación contractual en lo que respecta a los Adicionales No. 2 y 3.

En últimas, lo que privó a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. del beneficio tributario no fue su disminución y posterior eliminación, sino el no cumplir con los supuestos de hecho previstos en el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006, específicamente el previsto en el inciso tercero de la citada disposición.

Estas consideraciones llevan a que el Tribunal deba negar las pretensiones principales quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera y la primera pretensión subsidiaria, todas ellas formuladas en la demanda arbitral reformada.

B. Cuestión arbitrable sobre el riesgo de adquisición de predios, su adquisición y las consecuencias de su concreción

La parte convocante ha sometido a la consideración y decisión de este Tribunal de Justicia una serie de pretensiones relacionadas con el denominado riesgo en la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, manifestando al respecto varias reclamaciones tendientes a obtener la indemnización respectiva. Para entender este preciso aspecto, se expondrán a continuación los argumentos esbozados en la demanda arbitral reformada, las pretensiones formuladas sobre el particular, así como la oposición planteada por el apoderado de la entidad pública convocada y el respectivo concepto rendido por el Señor Agente del Ministerio Público.

1. La posición de la parte convocante

La sociedad concesionaria ha planteado una controversia contractual relacionada con el denominado riesgo en la adquisición predial y, puntualmente, respecto de los aportes efectuados en la subcuenta creada para el efecto, sobre el riesgo compartido asumido en este sentido entre la entidad y el particular contratista y, en definitiva, ha solicitado el pago de los perjuicios que en su sentir se han causado por la falta de reconocimiento de los valores reclamados ante la ANI y que se han destinado a la adquisición de los predios necesarios para la ejecución del proyecto.

Con sustento en lo estipulado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, la sociedad concesionaria aduce en su demanda que ha cumplido a cabalidad con las obligaciones convenidas en materia de aportes con destino a la compra de los predios del proyecto, destacando al respecto que, más allá de efectuar los aportes en las sumas convenidas en el contrato, también realizó los pagos correspondientes al riesgo del 30% que le correspondía para cubrir el exceso o mayor valor necesario para atender los requerimientos prediales del proyecto.

De manera concreta, la convocante manifiesta que, pese a que la ANI le ha reconocido el pago de una suma de dinero por concepto de fondeos en exceso

de la subcuenta predial, hecho que tuvo lugar mediante Acta de Entendimiento No. 1 de 27 de diciembre de 2011, advirtiéndole que aún está pendiente el pago de la suma de \$3.838.212.376. Frente a esta suma en particular, se indica en la demanda que, por un error involuntario, se efectuó el pago de unos predios con recursos de la Subcuenta No. 2 en dicha proporción, pero, posteriormente, tales recursos fueron reintegrados a la Subcuenta 2 por parte del concesionario. Así mismo, se precisa en la demanda que en el año 2012, el concesionario realizó fondeos adicionales por \$4.000.000.000.

Se hace mención luego a la Resolución No. 1082 de 2016, a través de la cual, la ANI declara y reconoce la ocurrencia de la contingencia predial, oportunidad en la cual se acepta como deuda a su cargo por fondeos en exceso la suma de \$4.465.925.994.000, cuando en realidad, el monto adeudado -según la convocante- ascendía a \$10.655.963.150, sin incluir lo concerniente a intereses remuneratorios y moratorios. Adicionalmente, alega la convocante que en este acto administrativo se contempló un requisito adicional -que no estaba en el contrato- para la aprobación y el reconocimiento de los aportes efectuados en exceso, consistente en la previa revisión de las carpetas prediales correspondiente por parte de la interventoría, contrariando con ello que dicho reconocimiento procede desde el momento en que se efectúe el depósito de las sumas, sin más.

El acto administrativo en mención fue objeto del recurso de reposición; sin embargo, la entidad pública decidió confirmarlo. Es así como, en la demanda se aduce que deben reconocerse en favor de la sociedad concesionaria unas sumas de dinero que están pendientes, en razón de los recursos depositados en exceso con el propósito de solventar las necesidades prediales del proyecto, pidiéndose, además, el reconocimiento y pago de los intereses remuneratorios y moratorios conforme a las reglas previstas para el efecto en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

Sobre este particular asunto, se formularon en la demanda arbitral reformada las siguientes pretensiones:

“DÉCIMA SEGUNDA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$8.601.000.000, a precios de 2005 (\$9.405.987.731 a precios de 01/11/2007, fecha de consignación), en la Subcuenta 2 del fideicomiso, para adquirir los predios del Alcance Básico del proyecto y/o sus mejoras, como estaba pactado en el contrato; así como depositó la suma adicional de \$3.128.918.948, a pesos corrientes del 18 de noviembre de 2009, que correspondió al 30% adicional del depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por el CONCESIONARIO en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

“DÉCIMA TERCERA.- Solicito que se DECLARE la ocurrencia del “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, pactado en las cláusulas 1.80 (definiciones) y 37 (Adquisición de Predios) del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el CONCESIONARIO depositó sumas adicionales a la que asumió como su parte del riesgo predial, de acuerdo con el Alcance Básico del Contrato.

“DÉCIMA CUARTA.- Que se DECLARE que el concesionario efectuó fondeos en exceso a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, que corresponden al “Riesgo de Adquisición de Predios” del Alcance Básico asumido contractualmente por la ANI, por la suma de \$29.500.000.000, a pesos corrientes de la fecha

de cada consignación, de los cuales la ANI adeuda al CONCESIONARIO, con corte a 30 de septiembre de 2018, por concepto de capital, la suma de \$5.255.261.694.

“DÉCIMA QUINTA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.284.501.316, a pesos constantes del 31 de diciembre de 2005 (\$5.463.885.448 a la fecha de su consignación), en la subcuenta de predios del Otrósí No. 3, como estaba pactado en el contrato; así como la suma adicional de \$1.707.274.441, a pesos corrientes, que correspondió al 30% adicional del depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por el CONCESIONARIO en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

“DÉCIMA SEXTA.- Solicito que se DECLARE la ocurrencia del “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, pactado en las cláusulas 1.80 (definiciones) y 37 (Adquisición de Predios) del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el CONCESIONARIO depositó en la Subcuenta de Predios del Otrósí No. 3 sumas adicionales a la que asumió como su parte del riesgo predial.

“DÉCIMA SÉPTIMA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO efectuó fondeos en exceso a la subcuenta de predios del Otrósí No. 3, que corresponden al “Riesgo de Adquisición de Predios” asumido contractualmente por la ANI, por la suma de \$10.655.963.150, a pesos corrientes a la fecha de cada consignación, de los cuales la ANI adeuda al CONCESIONARIO, con corte a 30 de septiembre de 2018, la totalidad del capital fondeado.

“DÉCIMA OCTAVA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO adquirió unos predios necesarios para la ejecución de las obras pactadas en el Contrato Adicional No. 3 con recursos de la subcuenta 2 del Fideicomiso -y no de la Subcuenta de Predios del Adicional 3 del mismo-, por un valor de \$3.838.212.376, los cuales no han sido considerados como exceso de fondeo de la Subcuenta de Predios del Alcance Básico ni, por tanto, como parte del riesgo predial a cargo de la ANI.

“DÉCIMA NOVENA.- Que se DECLARE que el CONCESIONARIO instruyó a la Fiduciaria que administra el Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión, reintegrar el valor de \$3.838.212.376, transfiriendo los recursos de la Subcuenta de Predios del Adicional No. 3 a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, el día 15 de febrero de 2012.

“VIGÉSIMA.- Que se DECLARE que la ANI descontó el valor de \$3.838.212.376 del primer pago por fondeos en exceso de la Subcuenta 2 (predial alcance básico), de acuerdo con el acta aclaratoria al acta de entendimiento del 10 de abril de 2012.

“VIGÉSIMA PRIMERA.- Solicito se DECLARE que el valor de \$3.838.212.376, depositados por el CONCESIONARIO, según las pretensiones anteriores, corresponden a fondeos en exceso de la Subcuenta 2 del Fideicomiso para adquisición de predios y por lo tanto la ANI tiene la obligación de pagar al concesionario dicha suma, la cual está incluida en los \$29.500.000.000 de fondeos en exceso efectuados por el Concesionario.

“VIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se DECLARE que la suma \$3.838.212.376, fondeada por el CONCESIONARIO en la Subcuenta 2 del Fideicomiso para obras del Alcance Básico, fue utilizada para la adquisición de predios del Adicional No. 3 y, por tal razón, debe incluirse en el cálculo del riesgo predial y, por la prosperidad de las pretensiones anteriores, sumarse al riesgo de adquisición de predios a cargo de la ANI.

“VIGÉSIMA TERCERA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO, para dar cumplimiento a la orden judicial emanada del Juez 1° Civil del Circuito de Sincelejo, el 30 de septiembre de 2014 consignó la suma de \$1.264.583.180 como depósito judicial, con recursos de la subcuenta principal y no de la Subcuenta 2, como correspondía.

“VIGÉSIMA CUARTA.- Solicito que, como consecuencia de la anterior pretensión, se incluya la suma de \$1.264.583.180 como un valor que hace parte del riesgo asumido por la ANI en la adquisición de predios.

“VIGÉSIMA QUINTA.- Solicito que se DECLARE que, de conformidad con lo pactado en el contrato, la ANI debe reconocer y pagar al CONCESIONARIO una tasa de interés remuneratorio igual al DTF + 5, sobre todas las sumas fondeadas por el CONCESIONARIO en exceso del riesgo predial asumido por éste, durante los 18 meses siguientes a cada uno de los correspondientes depósitos en exceso.

“VIGÉSIMA SEXTA.- Solicito que se DECLARE que, de conformidad con lo pactado en el contrato, la ANI debe reconocer y pagar al CONCESIONARIO una tasa de interés moratorio igual al ((DTF + 5) x 2), sin exceder la tasa máxima legal, sobre todas las sumas fondeadas por el CONCESIONARIO en exceso del riesgo predial asumido por éste, una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho (18) meses siguientes a la fecha de cada depósito y hasta la fecha de pago.

“VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Solicito que se DECLARE que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil Colombiano, los pagos efectuados por la ANI después de haber transcurrido los dieciocho (18) meses de plazo máximo para cumplir su obligación de reembolso de los depósitos efectuados en exceso, se debe imputar primero a los intereses moratorios, luego a los remuneratorios y el saldo como abono a capital.

“VIGÉSIMA OCTAVA.- Solicito se DECLARE que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados y liquidados sobre el capital adeudado por concepto de riesgo predial del Alcance Básico del contrato, a cargo de la ANI, utilizada para adquirir predios con recursos fondeados en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, ascienden a la suma de \$777.651.240 y los intereses moratorios a la suma de \$2.566.697.806, para un total de intereses pendiente de reconocimiento y pago de \$3.444.349.046.

“VIGÉSIMA NOVENA.- Solicito se DECLARE que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados respecto de las cantidades de dinero que corresponden al riesgo predial del Otrosí No. 3, a cargo de la ANI, liquidados sobre los fondeos en exceso pendientes de reconocimiento y pago, ascienden a la suma de \$1.438.897.468 y los intereses moratorios a la suma de \$3.131.082.167, para un total pendiente de reconocimiento y pago por intereses de \$4.569.979.635.

“TRIGÉSIMA.- Solicito se DECLARE que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados y liquidados sobre el capital adeudado de \$3.383.212.376, fondeada por el CONCESIONARIO en la Subcuenta 2 del Fideicomiso para obras del Alcance Básico, utilizada para la adquisición de predios del adicional No. 3 e incluida en el cálculo del riesgo predial, de conformidad con la prosperidad de la pretensión vigésima segunda, ascienden a la suma de \$572.700.473 y los intereses moratorios a la suma de \$4.040.060.140, para un total de intereses pendiente de reconocimiento y pago de \$4.612.760.613.

“TRIGÉSIMA PRIMERA.- Solicito se DECLARE que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados respecto de la

suma de \$1.264.583.180, cantidad de dinero que corresponde al riesgo predial del alcance básico a cargo de la ANI, utilizada para cumplir la adquisición de predios ordenada por el Juez 1 Civil del Circuito de Sincelejo, asciende a la suma de \$184.645.210 y los intereses moratorios a la suma de \$698.773.626, para un total pendiente de reconocimiento y pago de \$883.418.836.

“TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Solicito que se DECLARE que en el Contrato de Concesión 002 del 6 de marzo de 2007 no condiciona el reconocimiento y pago de los fondeos en exceso efectuados por el CONCESIONARIO para cubrir la compra de predios o mejoras del proyecto, que constituyen el riesgo a cargo de la ANI; a la verificación y aprobación de las carpetas prediales por parte de la interventoría.

“TRIGÉSIMA TERCERA.- Se DECLARE que, de conformidad con el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, cláusula 37, el derecho del Concesionario a exigir de la ANI el reembolso (sic) las sumas de dinero depositadas en exceso en la subcuenta 2 del fideicomiso surge “a la fecha del depósito”, momento a partir del cual la ANI debe reconocer los intereses remuneratorios y moratorios pactados.

“TRIGÉSIMA CUARTA.- Que se DECLARE, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, que durante el tiempo que se tome y que se haya tomado la interventoría de la ANI en hacer la verificación y aprobación de las carpetas prediales, se causarán y deberán pagar por la ANI los intereses contractuales pactados.

“TRIGÉSIMA QUINTA.- Solicito que, como consecuencia de las anteriores pretensiones (DÉCIMA SEGUNDA A TRIGÉSIMA CUARTA), todas o algunas de ellas, se CONDENE a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al CONCESIONARIO la suma de \$34.424.528.530, más los intereses moratorios pactados, liquidados desde el 1º de octubre de 2018 y hasta la fecha de pago.”

En el marco de la audiencia llevada a cabo el pasado cinco (5) de agosto de 2019, el Tribunal de Arbitraje aceptó el desistimiento manifestado por el apoderado de la parte convocante respecto de la pretensión **vigésima cuarta** de su escrito de demanda reformada, de manera que no habrá pronunciamiento alguno frente a este particular.

Al alegar en conclusión, el apoderado judicial de la convocante reiteró que su poderdante cumplió a cabalidad con la realización de los aportes contractualmente exigidos para garantizar la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del proyecto. Al respecto, hizo un recuento de cada uno de los depósitos efectuados por la contratista.

Se reiteraron, también, los argumentos expuestos sobre el particular en la demanda arbitral reformada, haciendo una explicación de los valores presuntamente adeudados por la ANI por concepto de aportes en exceso a la subcuenta predial del contrato y de sus otrosíes o adicionales. Finalmente, el apoderado, en relación con la obligación de pago de intereses remuneratorios y moratorios, hace referencia a las pruebas del proceso que dan cuenta de sus afirmaciones.

2. La posición de la parte convocada

El apoderado judicial de la entidad pública convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en relación con el denominado riesgo de adquisición de predios. Así mismo, a manera de excepción de

mérito, en el escrito de contestación de la demanda arbitral reformada, se propuso la siguiente:

“RELACIONADOS CON EL RIESGO DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS

“A. DEL VALOR NORMATIVO DEL CONTRATO. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES. BUENA FE CONTRACTUAL.

Al respecto, se hace mención en la contestación al principio dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual, el contrato es ley para las partes y en los términos del mismo debe cumplirse. Así mismo, se refiere la convocada al principio de la buena fe contractual, exponiendo el alcance que la jurisprudencia ha dado al mismo y destacando su importancia frente a toda relación negocial.

Con fundamento en ello, el apoderado de la convocada manifiesta que la ANI ha sido respetuosa del principio de buena fe contractual y ha dado cumplimiento a sus obligaciones en materia de riesgo de adquisición de predios conforme a lo estipulado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007. En este sentido señala que, en materia de intereses, *“... estos empiezan a contar cuando el valor necesario para la compra de predios supere las sumas previstas para la adquisición de predios y/o mejoras correspondientes ... en lo que se refiere a que el reconocimiento de los fondeos en exceso y los respectivos intereses, depende del cumplimiento efectivo por parte del concesionario en la entrega de las carpetas prediales a nombre de la entidad, pues solo en ese momento se lograría determinar la afectación de los recursos de la subcuenta predial”*.

Así las cosas, no se considera correcta la interpretación de la sociedad concesionaria cuando hace sus cálculos y análisis a partir de los fondeos que hubiere realizado con destino a la adquisición de predios, sino que, a juicio de la convocada, era menester efectuar la revisión de cada caso específico y establecer en condiciones de veracidad lo atinente a cada carpeta predial.

3. El concepto del Ministerio Público

El Señor Agente del Ministerio Público se refirió en su concepto a la controversia relacionada con el riesgo de adquisición de predios. Sobre el particular señaló de entrada que, de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, está demostrado que la sociedad concesionaria sí realizó fondeos en exceso con destino a la adquisición predial requerida por el proyecto, por encima del 130% con respecto a los valores contractualmente pactados con este propósito. En concreto, indicó el concepto en este sentido que, *“De acuerdo con el peritaje rendido por EY el monto total en exceso que se le adeudaría a la concesionaria por concepto de capital con corte al 30 de septiembre de 2018 asciende a la suma de \$21.014.020.400, de la cual deberá ser descontada la suma de \$1.264.583.180 objeto de pretensión 24 de la reforma a la demanda principal, cuyo desistimiento fue aceptado por el H. Tribunal en auto del 5 de agosto de 2019”*.

Ahora bien, con referencia a las pretensiones planteadas en materia de intereses, es claro el Ministerio Público en señalar frente a este preciso aspecto que es determinante considerar lo acordado en el modificatorio de ocho (8) de mayo de 2008, en el sentido de entender que el origen de la obligación de realizar los fondeos por parte del contratista y, por ende, la causación de los intereses a que hubiere lugar debe ser consecuente con la

determinación de la necesidad de los recursos y no limitarse a entender que la condición se cumple con el mero depósito de los dineros como lo entiende el concesionario.

Pero, expresamente, el Ministerio Público señala que tampoco hay lugar a acoger la interpretación dada por la entidad convocada, pues, si la sociedad contratista comprometió unos recursos y realizó el depósito de los mismos, dicho esfuerzo económico debe ser remunerado sin que tal aspecto esté sujeto a la constatación efectiva de la adquisición de los predios o de la realización de las mejoras a que haya lugar. En conclusión, en el concepto se expone lo siguiente:

“En suma, el problema jurídico propuesto sobre las condiciones para para que se concrete el riesgo predial asumido por la ANI durante la ejecución del contrato de concesión No. 002 de 2007 y que determinan su obligación de pago a favor del concesionario del capital dispuesto por éste para la gestión predial, junto con sus intereses, supone que los depósitos realizados por este hayan sido precedidos de la manifestación de necesidad prevista en el artículo 37 del contrato de concesión y, ante su ausencia, hasta tanto no sea validada la información reportada con posterioridad por el concesionario, no se haría exigible su obligación de restitución y pago de intereses.”

4. Consideraciones del Tribunal

4.1. Sobre el riesgo de adquisición predial tipificado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, sus otrosíes y adicionales

Las distintas pretensiones formuladas por la convocante y que se han transcrito en el capítulo precedente, así como la excepción propuesta por la entidad pública convocada, tienen relación con un específico asunto que, de manera expresa, fue objeto de acuerdo o convención entre las partes al suscribir el Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Se trata del denominado riesgo previsto en el marco de la relación contractual respecto de las actividades concernientes a la adquisición predial, aspecto que está regulado en la cláusula 37 del contrato en cuestión y en otros documentos de orden negocial suscritos por las partes, como es el caso del modificatorio fechado de ocho (8) de mayo de 2008.

Considerando que el presente asunto tiene un alto contenido contable o financiero, toda vez que se trata del análisis del cumplimiento de las obligaciones atinentes a la realización de aportes, al manejo de los recursos correspondientes y al eventual cálculo y reconocimiento de intereses remuneratorios y moratorios, el Tribunal estudiará en primer lugar lo relacionado con el contenido y alcance de las obligaciones que en este sentido le asistían a ambos contratantes, para luego entrar en el detalle de lo sucedido en el caso concreto y, puntualmente, al estudio de las cuentas y cifras a que se hace mención en los distintos medios probatorios arrimados al trámite arbitral y practicados durante el mismo.

4.1.1.El riesgo de adquisición predial atinente al Alcance Básico del proyecto – Contrato de Concesión No. 002 de 2007

Las pretensiones relacionadas con el denominado riesgo predial se han clasificado desde la demanda en atención al documento contractual correspondiente, esto es, al contrato mismo y su alcance básico, al otrosí

No. 3 y al adicional No. 3. De acuerdo con ello, se realizará separadamente el análisis respectivo siguiendo tal estructura.

De esta manera, resulta imperioso en primer lugar que se haga referencia a lo estipulado en la mencionada cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que allí se pactaron las condiciones tendientes a regular de manera amplia lo que atañe a la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del proyecto y a las distintas obligaciones que sobre el particular tenían el contratista y la entidad pública contratante. Esta cláusula 37⁵⁵ prevé, *in extensum*, lo siguiente:

“CLÁUSULA 37. ADQUISICIÓN DE PREDIOS

“La gestión para la adquisición de los predios y/o mejoras requeridas para ejecutar el mejoramiento y la construcción del proyecto estará a cargo de EL CONCESIONARIO, labor que será realizada a favor del INCO, quien suscribirá los respectivos contratos de compraventa y demás documentos de conformidad con las leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia.

“EL CONCESIONARIO mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con el estudio de títulos, valoración de terrenos y construcciones, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra EL INCO, durante todo el periodo de la concesión por hechos u omisiones de EL CONCESIONARIO en su gestión predial a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. Así mismo, cualquier error en la identificación del beneficiario, de las áreas requeridas, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso, será atribuido al CONCESIONARIO y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta 2, los recursos pagados por error o en exceso; además, EL CONCESIONARIO, se compromete a brindar la información que EL INCO le solicite con relación a la gestión predial que se adelante.

“EL CONCESIONARIO deberá depositar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, como requisito para la firma del Acta de Inicio de la Etapa de Pre – Construcción como mínimo, la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL\$8.601.000.000) pesos del 31 de diciembre de 2005), con destino a la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del Proyecto, incluido el valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, la constitución de servidumbres relativas a este mismo alcance, la aplicación de la resolución INCO 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial y demás asuntos contemplados en la definición de la Subcuenta correspondiente.

“En el evento en que el valor necesario para la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del Proyecto supere dicha suma, la diferencia será asumida por las partes de la siguiente manera:

“a) EL CONCESIONARIO cubrirá hasta un exceso equivalente al veinte por ciento (20%) del valor antes señalado, para lo que deberá depositar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso.

“b) Si el exceso requerido supera el treinta por ciento (30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 57 y siguientes.

(COL\$8.601.000.000) antes señalados, EL CONCESIONARIO depositará en la Subcuenta 2 del Fideicomiso el valor total correspondiente a dicho exceso y EL INCO reembolsará al CONCESIONARIO, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha del depósito, reconociendo una tasa de interés igual al DTF + 5 y con recursos propios de su propio presupuesto, la suma que resulte de restar del valor total del exceso, el valor que asumirá EL CONCESIONARIO (treinta por ciento – 30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL\$8.601.000.000) mencionados según lo indicado en el literal (a) anterior.

“Los mayores costos prediales generados por nuevos requerimientos prediales resultado de cambios del diseño definitivo, estarán a cargo de EL CONCESIONARIO.

“Los costos derivados de deficiencias en el levantamiento de la información o en la aplicación de la resolución 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial, elaboración de las fichas prediales, los avalúos comerciales y las promesas de compraventa y escrituras, serán asumidos por EL CONCESIONARIO.

“De conformidad con el cronograma de gestión predial que establezca EL CONCESIONARIO, deberá entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, debidamente individualizados. Dicho inventario contendrá, por lo menos, lo siguiente:

“1. La identificación precisa y georreferenciada de conformidad con el sistema de georreferenciación del INVIAS de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, de acuerdo con el corredor identificado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Mejoramiento.

“2. Las fichas y planos prediales para todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, las cuales deberán ser elaboradas conforme a los formatos que suministrará EL INCO.

“3. Un estudio de títulos de todos y cada uno de los predios requeridos.

“4. La cédula catastral de todos y cada uno de los predios requeridos.

“5. La certificación de desarrollabilidad del predio emitida por la Oficina de Planeación Municipal, en el caso de adquisiciones parciales.

“6. El avalúo de los predios y/o mejoras que sean requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto. En aplicación de lo previsto en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, EL CONCESIONARIO contratará – a su propio costo – la realización de este avalúo con una firma habilitada para estos efectos de acuerdo con el Decreto 1420 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o subroguen. La firma evaluadora será escogida por EL CONCESIONARIO siguiendo el principio de selección objetiva para lo cual deberá solicitar propuesta – en igualdad de condiciones – a tres (3) firmas evaluadoras que cumplan con las condiciones establecidas en el Decreto 1420 de 1998 y escogerá a aquella que ofrezca mejores condiciones de precio.

“7. Presentar la información social en los formatos definidos por EL INCO para la aplicación de la resolución 609 de 2005.

“8. El valor discriminado y totalizado de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Proyecto incluido el valor de las compensaciones sociales por adquisición predial. La propuesta de forma de pago a los propietarios, deberá respetar lo previsto en el artículo 67 de la ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, sustituyan, subroguen o adicionen.

“9. El Certificado de uso del suelo expedido por la Oficina de Planeación Municipal respectiva, para todos y cada uno de los Predios requeridos.

“10. El cronograma para desarrollar la gestión predial, en concordancia con el Cronograma de Obra propuesto por EL CONCESIONARIO.

“A partir de la presentación del inventario predial, EL CONCESIONARIO podrá inicial labores de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios requeridos.

“En todo caso, EL CONCESIONARIO será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual estos predios serán de propiedad de EL CONCESIONARIO.

“EL CONCESIONARIO deberá adelantar la gestión predial necesaria para la adquisición de la totalidad de los predios y/o mejoras requeridos para la ejecución de los Alcances del proyecto, de acuerdo a las metas de cumplimiento obligatorio, siguiendo el procedimiento que se indica en esta CLÁUSULA. Si tuviere dificultades y requiriere del trámite legal para realizar la expropiación de predios, deberá informar oportunamente al INCO; con esta información deberá entregar debidamente preparados todos los documentos legales que deba firmar el director de el INCO o cualquier autoridad del Instituto, para efectos de iniciar y llevar a término el proceso de expropiación por vía judicial y dentro del plazo previsto por la Ley.

“EL CONCESIONARIO será el responsable de elaborar todos los documentos y adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo los procesos de enajenación voluntaria y de expropiación, así como de contar con los profesionales requeridos para iniciar hasta llevar a término el proceso de expropiación.

“EL INCO será responsable de suscribir las ofertas formales de compra, promesas de compraventa, escrituras de compraventa de los predios y/o mejoras y de suscribir todos los documentos preparados por EL CONCESIONARIO para adelantar los procesos de expropiación que sean del caso. Así mismo, en desarrollo de sus funciones, adelantará la supervisión, seguimiento y control del proceso de gestión predial y efectuará control de calidad a los documentos enviados al INCO para firma.

“En desarrollo de los alcances de EL CONTRATO, EL CONCESIONARIO deberá adelantar el siguiente procedimiento: (...)

“7. EL CONCESIONARIO deberá informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios con respecto a los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información: a) Ficha predial; b) Nombre del enajenante; c) Localización e identificación del predio; d) Área adquirida; e) Construcciones y/o mejoras adquiridas; f) Avalúo

comercial del predio; f) (sic) Número de escritura; y g) (sic) Folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación, EL CONCESIONARIO deberá adjuntar las carpetas que contienen todos los antecedentes de cada negociación.” -Subraya ajena al texto-

Como puede observarse de la cláusula citada, fue amplio el tratamiento dado desde el contrato a las obligaciones atinentes a la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, incluyendo al respecto lo concerniente a la tipificación y asignación del denominado riesgo en la adquisición de predios al que se refiere, precisamente, esta controversia. Pero, aunado a la referida cláusula 37, es menester referir al documento contentivo de la denominada modificación al Contrato No. 002 de 2007, suscrito por los contratantes el ocho (8) de mayo de 2008⁵⁶, oportunidad en la cual se modificó y complementó el esquema del riesgo de adquisición predial, acordándose en el párrafo primero de la cláusula segunda, lo siguiente:

“PARÁGRAFO PRIMERO. Los mayores costos prediales en la gestión predial que adelanta el CONCESIONARIO o cualquiera de sus contratistas, generados por errores en: la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, o cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes o limitaciones, que sean atribuibles únicamente al CONCESIONARIO, serán de su cargo y, en consecuencia, éste deberá reembolsar, si es del caso, a la Subcuenta 2 del fideicomiso los recursos pagados por causa del error o en exceso. Asimismo, los sobrecostos en la gestión que adelanta el CONCESIONARIO, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información para el reconocimiento de factores sociales, de las áreas requeridas que se incluyan dentro de las fichas prediales o impliquen su modificación, de los valores de los predios o las áreas contempladas que impliquen modificación a los avalúos comerciales, promesas de compraventa y escrituras públicas, serán asumidos por el CONCESIONARIO, previa verificación hecha por parte del INCO directamente o a través de la INTERVENTORÍA.” -Subraya ajena al texto-

Destacando, entonces, que la discusión gira en torno al riesgo de adquisición de predios, debe considerarse al respecto el concepto y alcance del mismo, asunto que ha sido abordado por la doctrina que sobre el particular ha indicado:

“Riesgo en la Adquisición de Predios. Esta alea contractual está vinculada al mayor costo que puede generar la no disponibilidad oportuna de los predios necesarios para realizar la obra. La presentación de imprevistos en la gestión, adquisición o expropiación de los predios es la causa principal del riesgo contractual en comento. Por regla general, esa carga es asumida hoy por la Administración, dado que es la que tiene la potestad legal para adquirir predios y adelantar expropiaciones, aun cuando en algunos casos se da la responsabilidad al concesionario para la gestión de la adquisición de inmuebles.”⁵⁷ -Subraya ajena al texto-

Por su parte, en el Documento CONPES 3107 de 2001, conforme a cuyas directrices y determinaciones se estructuraron los contratos de concesión de tercera generación, entre los cuales se inscribe el negocio jurídico que ocupa la atención del Tribunal en el presente trámite arbitral, expresamente se refirió al riesgo de adquisición de predios indicando frente al mismo que:

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 136 Vto.

⁵⁷ URUETA ROJAS, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas. 2ª edición. Ibáñez. Bogotá. 2010. 220 p.

“H. Riesgo de Adquisición de predios

“Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos.

“El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y compra de los predios.”⁵⁸
-Subraya ajena al texto-

Son claros los términos en que el citado documento CONPES se refirió al riesgo de adquisición de predios, señalando al respecto que la concreción de esta alea tiene relación con el costo que lleguen a tener los predios necesarios para la ejecución del proyecto, pero, también, cuando acaecen circunstancias imprevistas en lo atinente a la oportunidad en la disponibilidad de los inmuebles o a la gestión necesaria para su adquisición. En resumen, se trata de una institución que tiene como propósito establecer las condiciones y definir las actuaciones tendientes a garantizar la oportuna disponibilidad de los predios como insumo esencial para la normal ejecución del proyecto concesional.

Tomando como sustento el alcance dado desde el documento CONPES, se estipuló expresamente en la cláusula 1.80 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007⁵⁹, lo siguiente:

“1.80. Riesgo de Adquisición de Predios

“El riesgo se refiere al mayor costo total de los predios a adquirirse imputable a cualquier circunstancia, a su falta de disponibilidad oportuna, a circunstancias y/o dificultades propias en sede de adquisición negociada, o por expropiación judicial o administrativa, de cualquier predio, tales como: requerimientos, licencias, permisos, o autorizaciones adicionales de autoridades de cualquier orden, según se desprenda de la naturaleza, especial calidad, o afectación de uso de los predios requeridos.

“Asimismo se considera un riesgo en la adquisición de predios la mayor afectación predial o mayor requerimiento de áreas atribuible a cualquier circunstancia en desarrollo de las actividades objeto del presente CONTRATO.

“Este riesgo por adquisición de predios es compartido entre el INCO y el Concesionario, de acuerdo con las obligaciones a cargo de cada una de las partes.” -Subraya ajena al texto-

En este entendimiento, al revisar nuevamente lo estipulado en las citadas cláusulas 1.80 y 37, se advierte que los contratantes fijaron reglas tendientes a la asignación compartida del riesgo de adquisición de predios, toda vez que, luego de estimar un valor inicial con este objeto, se encargaron de establecer porcentualmente el monto que, primero, asumiría el particular contratista, quien respondería por eventuales excesos en materia predial y/o de mejoras hasta en un 30% adicional con relación al valor inicialmente estimado y, segundo, que en adelante, de llegar a concretarse el riesgo en

⁵⁸ Pág. 14 - Documento CONPES 3107 de 2001.

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 12 Vto.

un porcentaje superior, sería la entidad pública contratante quien asumiría dicho exceso.

En concreto, la sociedad concesionaria asumió la obligación de efectuar aportes con destino a la adquisición de predios y/o mejoras por la suma de \$8.601.000.000 de 31 de diciembre de 2005, recursos que debían ser depositados en la denominada Subcuenta 2 del Fideicomiso y, en todo caso, antes de la firma del Acta de Inicio de la Etapa de Pre-construcción. Ahora bien, en el evento en que la necesidad en predios y/o mejoras superara el valor antes indicado, expresamente, correría por cuenta de la sociedad concesionaria el aporte adicional respectivo hasta sumar el 30% de más calculado sobre los \$8.601.000.000 de 31 de diciembre de 2005. Quiere decir lo anterior que, a efectos de adquirir los predios y/o mejoras requeridos para el proyecto, era responsabilidad del particular contratista efectuar los aportes correspondientes hasta un 130% en consideración al valor inicialmente estimado.

A su vez, la misma cláusula 37 dejó claro que, en el evento en que se concretara el riesgo de adquisición de predios por la necesidad de realizar aportes adicionales o en exceso que superaran el 130% antes indicado, esto es, los \$8.601.000.000 de 31 de diciembre de 2005, más el 30% adicional que estaba a cargo del concesionario, dicho exceso o valor superior estaría a cargo de la entidad pública contratante, con una particularidad consistente en que, la sociedad contratista efectuaría los aportes respectivos y los mismos le serían reembolsados con recursos propios del presupuesto, dentro de los 18 meses siguientes a la fecha del depósito, reconociéndose, además, unos intereses remuneratorios iguales al DTF + 5. Vale reiterar que, al tenor de la cláusula *sub examine*, el reembolso se efectuaría dentro de los 18 meses contados a partir de la fecha del depósito, oportunidad misma en la que comenzarían a correr los intereses correspondientes.

Es preciso considerar en este punto del análisis que una de las pretensiones formuladas por la sociedad concesionaria en su escrito de demanda arbitral reformada gira en torno a determinar, de acuerdo con lo estipulado en la referida cláusula 37, si se dio cumplimiento a la obligación atinente a la realización de los aportes asignados al particular contratista como depósito inicial de recursos con destino a la adquisición de predios y/o mejoras y, además, si se cubrió el riesgo concretado en el valor correspondiente al 30% adicional asumido como alea de adquisición de predios.

El peritaje elaborado por la firma Ernst & Young se refirió a este preciso aspecto, concluyendo sobre el particular que, efectivamente, la sociedad concesionaria realizó en su momento el depósito de las sumas correspondientes al compromiso asumido en materia de adquisición de predios y, también, efectuó los aportes en exceso según le correspondía ante la concreción del riesgo, completando así el 130% pactado contractualmente. De esto da cuenta el Cuadro 13⁶⁰ elaborado por la firma experta, del cual se resalta lo correspondiente a los fondeos realizados hasta alcanzar el referido 130%:

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 530. Véase Anexo VI aportado en medio magnético.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Fecha Traslado	Valor Fondeos COP\$	IPC vigente	IPC Dic'05	Valor Fondeos a Dic'05	% Fondeo
1/11/2007	9.405.987.731	91,98	84,10	8.600.169.256	100%
18/11/2009	3.128.918.948	101,98	84,10	2.580.330.295	130%
26/02/2010	2.000.000.000	102,70	84,10	1.637.779.942	149%
12/07/2010	3.000.000.000	104,52	84,10	2.413.892.078	177%
14/09/2010	5.000.000.000	104,59	84,10	4.020.460.847	224%
26/11/2010	3.000.000.000	104,36	84,10	2.417.592.947	252%
18/03/2011	5.000.000.000	106,83	84,10	3.936.160.255	298%
21/06/2011	3.000.000.000	107,55	84,10	2.345.885.635	325%
27/09/2011	2.000.000.000	108,01	84,10	1.557.263.216	343%
29/12/2011	1.244.738.306	108,70	84,10	963.040.401	354%
29/12/2011	755.261.694	108,70	84,10	584.337.704	361%
2/02/2012	2.000.000.000	109,96	84,10	1.529.647.144	379%
29/09/2014	2.500.000.000	117,33	84,10		
	42.034.906.679			32.586.559.721	

De acuerdo con la información contenida en esta gráfica, la sociedad concesionaria cumplió con sus obligaciones en materia de aportes destinados a la adquisición de los predios y/o mejoras, según lo previsto al respecto para el alcance básico del proyecto. En concreto, para el 1º de noviembre de 2007, se había realizado el fondeo respectivo por \$9.405.987.731, equivalente al 100% de los \$8.601.000.000 computados a diciembre 31 de 2005. Ahora bien, en cuanto al riesgo asumido por exceso (30% adicional), para el 18 de noviembre de 2009, la contratista había realizado aportes que ascendieron a \$3.128.918.948 (equivalentes a \$2.580.330.295 de 31 de diciembre de 2005), con lo cual se alcanzó el 130% convenido contractualmente.

Lo anterior da cuenta que, en consideración a lo pedido en la pretensión décima segunda de la demanda arbitral reformada, hay lugar a acceder a dicho pedimento luego de verificarse conforme a las pruebas del proceso que la sociedad concesionaria sí cumplió con sus obligaciones en materia de aportes destinados a la adquisición de predios y/o mejoras, en los términos previstos en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, habida cuenta que, primero, realizó el fondeo que le correspondía efectuar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso por la suma de \$8.601.000.000 de diciembre 31 de 2005 y, segundo, aportó los valores en exceso equivalentes al 30% adicional a la suma anteriormente indicada al concretarse el riesgo tipificado y asignado en esta materia.

Aclarando que este análisis corresponde, hasta ahora, a lo sucedido respecto de las condiciones fijadas en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y al alcance básico del proyecto definido y convenido con la celebración del mismo, es menester ahora establecer si en este caso se concretó o configuró el riesgo de adquisición predial, tal como se solicita en la demanda arbitral reformada.

Para este propósito, si se tienen en cuenta las condiciones contractualmente previstas a las que ha hecho mención, el Tribunal encuentra que, según lo probado en el proceso, sí se concretó el riesgo de adquisición predial en los términos de la cláusula 37 del contrato, en concordancia con la cláusula 1.80 del mismo, toda vez que, hubo un “... *mayor costo total de los predios a adquirirse imputable a cualquier circunstancia, a su falta de disponibilidad oportuna, a circunstancias y/o dificultades propias en sede de adquisición negociada, o por expropiación judicial o administrativa, de cualquier predio*” o se presentó una, “... *mayor afectación predial o mayor requerimiento de áreas atribuible a cualquier circunstancia en desarrollo de las actividades objeto del presente CONTRATO*” -cláusula 1.80-.

En efecto, si se tienen en cuenta las cifras contenidas en la Tabla 13 antes relacionada y que fue elaborada por la firma experta Ernst & Young, es claro que, de un lado, el valor inicialmente estimado como suficiente y necesario

para cubrir el costo de los predios y/o mejoras (\$8.601.000.000 de 31 de diciembre de 2005) resultó significativamente superado por las condiciones reales del proyecto, al punto en que, para noviembre de 2009, alcanzó un valor equivalente al 130% con referencia al valor inicialmente previsto y, de otra parte, no siendo suficiente lo anterior, los requerimientos prediales para la ejecución del alcance básico del proyecto significaron la realización de aportes o fondeos en exceso por parte de la sociedad concesionaria, por encima del mencionado 130% y hasta llegar al 379% en septiembre de 2014.

Sobre este aspecto resulta ilustrativo el testimonio rendido en el proceso por el señor Willmer Yezid Latorre Moya⁶¹, quien laboró en el área predial de la ANI y en razón a ello conoció el sustento y la operación de la gestión predial, puntualmente, de las condiciones técnicas previstas y relacionadas con la adquisición de los predios y/o las mejoras, así como la concreción del riesgo o contingencia referida a esta actividad contractual. En palabras del testigo se tiene lo siguiente:

“SR. LATORRE: Perfecto. En los contratos de concesión, la gran mayoría, los que yo conozco, digamos que en cada una de las disciplinas se generan unas serie de riesgos por la tipología del contrato, en la especialidad de nosotros que es la parte predial también lleva un riesgo, es decir, que los dineros que se hayan tasado para la adquisición de los predios requeridos por ese proyecto tienen una cifra estimada cuando se hace la estructuración y cuando se firma el contrato, pero pueden pasar dos situaciones, que esa plata me alcance para comprar los predios del proyecto y no habría ningún tipo de problema, pero si no me alcanza la plata toca distribuir esos riesgos; entonces primeramente cuando los concesionarios firman los contratos de concesión ese riesgo de fondear esos dineros para que, es decir, de aportar esos dineros para comprar esa adquisición de predios que se determinó en estructuración está en cabeza de ellos.

“Posteriormente, se les asigna un porcentaje para el caso de Autopistas de la Sabana en el tema predial, en las cuatro subcuentas prediales se les estimó el 30% adicional, es decir, tenían una obligación contractual del 100% que era lo que se había estimado más el 30% adicional y ahí, a partir de ahí ya cesa el riesgo de ellos, cuando superen ese monto ya cesa el riesgo de ellos y entra a riesgo del Estado que es la ANI a suplir esos dineros en caso de que no alcance para comprarse los predios. Por lo general y por lo que hemos visto y la experiencia nos ha mostrado que casi siempre por la dinámica inmobiliaria que existe, por los factores sociales que hay aquí en Colombia, porque la tenencia de la tierra acá no es que sea muy clara o digamos no está muy definida en todos los aspectos, además los catastros a veces están muy desactualizados, encontramos que los montos que se estiman en estructuración por lo general no alcanzan y tiene que activarse el riesgo de la contingencia predial y comienza a pasar el riesgo a cabeza del Estado; ahí es donde hay que activar los fondos de contingencia de las entidades del Estado, lo hablo en materia predial, más o menos esa es la mecánica de cuando un riesgo predial está en cabeza del Ccesionario y en qué momento pasa a ser riesgo del Estado, en nuestro caso pues la ANI.

“DR. GÓMEZ: En este caso concreto... ¿qué le consta a usted?, teniendo en cuenta la exposición que usted acaba de hacer.

“SR. LATORRE: A ver, Autopistas de la Sabana contractualmente y en materia predial tiene cuatro subcuentas, es decir, por medio de unos modificatorios contractuales que se vinieron haciendo a lo largo del tiempo

⁶¹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 42.

se generaron cuatro subcuentas prediales, es decir cuatro obligaciones prediales con sus riesgos que él debía fondear para construir ciertos tramos del proyecto vial, es decir, cada subcuenta iba relacionada con un tramo del proyecto vial y en consecuencia con unos predios determinados para ese proyecto. Hay cuatro subcuentas que son el alcance básico, el otrosí No.3, el adicional No.2, y el adicional No.3, son las cuentas prediales. Tienen diferentes fechas determinadas y tienen unos montos del 100% determinados cada uno, un 30% adicional y a partir de ese 130 ya comienza el riesgo de la ANI, es decir si la adquisición de esos predios supera ese 130 y no se han comprado todos los predios o no se han adquirido todos los predios que requeríamos tiene que el Estado entrar a pagar esos predios que faltarían por adquirir; siempre el Concesionario digamos él fondea, es coloquialmente es una especie de préstamo que le hace al Estado, o sea, él para no interrumpir la actividad él continua comprando los predios pero después le pasa cuenta de cobro al Estado diciéndole, mira, el riesgo a partir de aquí pasó a ser tuyo entonces por favor devuélveme los montos que he prestado, esa es la mecánica que se utiliza. En Autopistas de la Sabana sucedió hay cuatro subcuentas prediales de las cuales dos de ellas han superado el monto del 130% razón por la cual se hace necesario activar los fondos de contingencia para comenzar a pagar al Concesionario el fondeo... (interpelado).

“DR. GÓMEZ: ¿Tiene claro cuáles son esas dos subcuentas?”

“SR. LATORRE: Por su puesto, es el alcance básico y el otrosí No.3, son las dos subcuentas que han logrado superar este 130% de verdad. En virtud a ello, la ANI ha reconocido siempre que, por el valor de los predios, por el monto de los predios, cuando uno revisa las sábanas prediales no hay lugar a dudas que el valor de los predios supera el valor que era obligatorio que fondeara pues dentro de su riesgo el Concesionario.

“DR. GÓMEZ: Cuando usted dice la ANI ha reconocido es, ¿le ha reintegrado o le ha pagado?, es eso o simplemente es un reconocimiento formal.

“SR. LATORRE: No, el reconocimiento de esos fondeos lo hemos hecho de manera expresa, se han pagado ya dos contingencias prediales hasta donde lo recuerdo, ya en este momento no tengo yo el proyecto a mi cargo, se habían pagado dos contingencias prediales reconociendo esos montos de predios en exceso.

“DR. GÓMEZ: Y pagándole al contratista.

“SR. LATORRE: Sí claro, se pagó al Concesionario, se le paga esos dineros excedentes al 130%, se le pagaron a capital esos montos, se le reconoce; y, así se hace con todas las concesiones porque esto es una obligación contractual, así está reglado en los contratos de concesión, es una obligación hacerlo.” -Subraya ajena al texto-

De buena manera se explica en el aparte transcrito lo correspondiente al contenido y alcance de la contingencia predial objeto de estudio, destacando al respecto que, desde la fijación de las condiciones contractuales y durante la ejecución del proyecto existía claridad en cuanto a la posibilidad de requerir valores en exceso frente a los inicialmente estimados para la adquisición de predios y/o mejoras y, además, de los porcentajes en que dichos requerimientos adicionales serían asumidos conjuntamente por los contratantes al evidenciarse la concreción del riesgo. Ahora bien, en cuanto a las circunstancias fácticas que daban lugar a la realización de aportes adicionales, el mismo testimonio del señor Latorre⁶² expuso que:

⁶² Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 49.

“DR. GARCÍA M: Yo quisiera preguntarle al testigo, si le consta o si sabe algo del por qué y del cómo el Concesionario decide fondear una subcuenta predial, una de las subcuentas prediales del contrato, ¿qué es lo que motiva o qué es lo que lo conduce a fondear?”

“SR. LATORRE: Los concesionados o el concesionario para no detener el ejercicio de la gestión predial tiene que seguir, fondear y continuar con el ejercicio, si no lo hace obviamente no vamos a tener la disponibilidad de los predios y obviamente el cronograma de obras se va a ver retrasado; entonces continúan, el concesionario o los concesionarios continúan fondeando las subcuentas y, posteriormente la ANI si ya estamos pasado en el riesgo entra a reconocerles, el Estado a reconocerles esos fondeos que se realizaron en exceso digámoslo de esta manera.” -Subraya ajena al texto-

Conforme a lo expuesto es claro que, para el caso concreto, las partes tipificaron, estimaron y asignaron el denominado riesgo de adquisición de predios, tratándose, entonces, de una contingencia previsible o de posible ocurrencia contemplada como tal desde la estructuración misma del proyecto concesional⁶³. Ahora, considerando que el riesgo o la contingencia contractual refiere a la ocurrencia futura o incierta de una especial situación, es claro que, la posibilidad contemplada *ab initio* por las partes, consistente en el cálculo de un mayor costo total de los predios a adquirirse para la ejecución del proyecto se concretó y, por ende, hubo lugar a efectuar aportes en exceso frente a los valores inicialmente estimados, aspecto que dio lugar a la ocurrencia del denominado riesgo de adquisición de predios en lo atinente al alcance básico previsto en el marco del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, dando ello lugar a que, tanto la sociedad concesionaria -en el porcentaje asumido (30%)-, como la entidad pública contratante -en los valores superiores al 130%- entraran a responder por las consecuencias negativas generadas por la concreción de esta especial contingencia⁶⁴.

Con claridad en cuanto a la ocurrencia del riesgo de adquisición de predios según lo expuesto, es menester volver sobre la denominada Tabla 13⁶⁵ antes referenciada y que da cuenta de los valores o sumas que en total y de manera discriminada relaciona los fondeos depositados y la oportunidad en que los mismos fueron realizados. La mencionada gráfica elaborada por la firma Ernst & Young muestra que:

⁶³ Al respecto véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Exp. 17.660. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶⁴ “Según el análisis económico del derecho tradicional, las consideraciones distributivas y de eficiencia están escindidas. Los tribunales están capacitados para resolver cuestiones de eficiencia pero no de distribución. En el caso de los contratos, además, cualquier cuestión distributiva que surja puede ser solucionada con pagos adicionales. Según el enfoque de la elección racional, la distribución y la eficiencia son elementos integrados de la contratación racional. Los agentes racionales se preocupan tanto por distribuir el excedente cooperativo como por encontrarlo y protegerlo. En contextos competitivos en los que tienen lugar muchos contratos, no obstante, el problema de la distribución se resuelve con recursos de transacción internos al marco del intercambio. Por tanto, el enfoque de la elección racional minimiza, pero no degrada, el aspecto distributivo de la contratación.” -Subraya ajena al texto- (COLEMAN, Jules L.: Riesgos y daños. Marcial Pons. Madrid. 2010. 155 p.)

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas no. 2 – Folio 530.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Fecha Traslado	Valor Fondeos COP\$	IPC vigente	IPC Dic'05	Valor Fondeos a Dic'05	% Fondeo
1/11/2007	9.405.987.731	91,98	84,10	8.600.169.256	100%
18/11/2009	3.128.918.948	101,98	84,10	2.580.330.295	130%
26/02/2010	2.000.000.000	102,70	84,10	1.637.779.942	149%
12/07/2010	3.000.000.000	104,52	84,10	2.413.892.078	177%
14/09/2010	5.000.000.000	104,59	84,10	4.020.460.847	224%
26/11/2010	3.000.000.000	104,36	84,10	2.417.592.947	252%
18/03/2011	5.000.000.000	106,83	84,10	3.936.160.255	298%
21/06/2011	3.000.000.000	107,55	84,10	2.345.885.635	325%
27/09/2011	2.000.000.000	108,01	84,10	1.557.263.216	343%
29/12/2011	1.244.738.306	108,70	84,10	963.040.401	354%
29/12/2011	755.261.694	108,70	84,10	584.337.704	361%
2/02/2012	2.000.000.000	109,96	84,10	1.529.647.144	379%
29/09/2014	2.500.000.000	117,33	84,10		
	42.034.906.679			32.586.559.721	

De acuerdo con los resultados expuestos en este resumen, la firma experta encontró que, luego de los aportes efectuados por el particular contratista a título de fondeo inicial y del valor adicional asumido como riesgo parcial (30%), hubo lugar a la realización de aportes en exceso que ascendieron a la suma de \$29.500.000.000 a pesos corrientes que, tal como se ha expuesto, le correspondía asumir a la entidad pública contratante al tratarse de la concreción del riesgo que asumió en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Esta especial circunstancia fue explicada en el informe pericial, así:

“Con base en lo definido en el Alcance Básico, el valor de fondeos pactado por las partes para la adquisición de predios es de COP\$9.405.987.731 a pesos corrientes, el riesgo predial asumido por el Concesionario que corresponde hasta el 130% sobre el valor de los fondeos pactados, equivale al fondeo de fecha de 18 de noviembre de 2009 por COP\$3.128.918.948 y el riesgo predial asumido por la ANI al 30 de septiembre de 2018, que corresponde al exceso que supere el 130% del valor de los fondeos pactados, equivale a los fondeos del 26 de febrero de 2010 al 29 de septiembre de 2014 por COP\$29.500.000.000.

“El saldo de la deuda de capital por parte de la ANI al 30 de septiembre de 2018 por fondeos prediales del alcance básico es de COP\$5.255.261.964.” -Subraya ajena al texto-

Los resultados encontrados por la firma Ernst & Young se sustentaron en debida forma, no fueron rebatidos con pruebas pertinentes y contundentes en el presente trámite arbitral y, por ende, se tendrán como demostradas para el caso concreto las sumas indicadas en la conclusión transcrita. De esta forma, el Tribunal encuentra probado, además de la concreción del denominado riesgo de adquisición de predios, el monto de los aportes realizados con ocasión de tal circunstancia y cuya responsabilidad fue asignada contractualmente en cabeza de la entidad pública contratante, a quien le ha correspondido asumir los fondeos en exceso por valor de \$29.500.000.000 en pesos corrientes, suma que fue depositada por la sociedad concesionaria en la Subcuenta 2 del Fideicomiso y de la cual, únicamente, está pendiente por reembolsar o pagar un saldo y/o capital adeudado que -según el peritaje- asciende a \$5.255.261.964, con corte efectuado a 30 de septiembre de 2018.

Cabe señalar en este punto que, uno de los argumentos esbozados por la entidad pública convocada en su escrito de contestación de la demanda para oponerse a las pretensiones estaba dirigido a rebatir o discutir la relación de necesidad entre los pagos realizados por el concesionario por la adquisición de predios y/o mejoras y el requerimiento de los mismos para la ejecución de los trabajos inherentes al Alcance Básico del proyecto de concesión vial Córdoba-Sucre. Sin embargo, en el documento denominado “Primer Informe de Auditoría Predial a la Subcuenta No. 2223-2002357

correspondiente al Alcance Básico del Contrato”, elaborado y presentado por la firma interventora el 10 de julio de 2018, se concluyó sobre el aspecto discutido por la entidad convocada que, luego de verificarse la regularidad de las órdenes de pago relacionadas con los predios requeridos para la ejecución del Alcance Básico, “[l]a generalidad de los pagos verificados se encuentra conforme con la base de datos de la Interventoría, solo algunos requieren una verificación directa sobre la carpeta”⁶⁶.

Aunque fuere preliminar, la conclusión expuesta por la firma interventora en los términos citados deja en evidencia que, de manera general, sí existió relación de necesidad o conexidad entre los pagos efectuados por la sociedad concesionaria para adquirir los predios y/o mejoras y el requerimiento de los mismos para cumplir con el objeto contractual en lo atinente al Alcance Básico del proyecto. Quiere esto decir que, tratándose de los fondeos realizados por el particular contratista a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, tanto los que correspondían al valor inicial y al porcentaje del exceso atinente al riesgo asignado al concesionario (130%), como los aportes superiores que debieron efectuarse para cubrir la concreción del riesgo de adquisición de predios por encima del porcentaje en mención, asumido por la entidad pública contratante, fueron destinados a la adquisición de los inmuebles o de las mejoras identificadas en la tira predial del Alcance Básico.

En gracia de discusión, no sobra mencionar que la entidad pública contratante había aceptado en oportunidades anteriores la configuración del riesgo de adquisición de predios en la proporción asignada contractualmente a su cargo, reconociendo, incluso, los aportes que en exceso había realizado la sociedad concesionaria para el momento respectivo, sin que se opusiera a ello y discutiera la relación de necesidad de los pagos. Se trata del Acta de Entendimiento No. 1⁶⁷ del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, suscrita entre los contratantes el 27 de diciembre de 2011 y que fue objeto de aclaración mediante documento signado por las mismas partes el 10 de abril de 2012⁶⁸.

El Tribunal considera importante referir a los documentos contractuales antes identificados, toda vez que, la lectura de cada uno de ellos deja en evidencia que entre los contratantes ha existido claridad sobre el contenido y alcance del riesgo de adquisición de predios tipificado, estimado y asignado para el Alcance Básico en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Sirven, entonces, de sustento o medio probatorio estas actas, en las cuales se ha reconocido de manera expresa la obligación y responsabilidad consecuencial que le atañe, de un lado, al contratista en el aporte en exceso que le fue asignado (30%) y, de otro, a la entidad convocada por los fondeos superiores al 130%, cuyo reembolso ha efectuado parcialmente -según se expuso *supra*-.

Otro asunto debatido en este proceso y que tiene relación con el riesgo de adquisición de predios, corresponde al presunto uso de los recursos depositados en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, destinados a la compra de predios y/o mejoras requeridas para ejecutar las obras relacionadas con el Alcance Básico del proyecto, los cuales, en una porción de \$3.838.212.376, fueron dispuestos o utilizados por la sociedad concesionaria para adquirir predios necesarios para llevar a cabo las obras del Adicional No. 3. En este

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 446.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folios 175 a 179.

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folios 180 a 185.

sentido, la convocante aduce en las pretensiones de su demanda arbitral reformada que, si bien utilizó por un error involuntario la suma antes indicada, depositada en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, para adquirir unos predios y/o mejoras requeridos por el Adicional No. 3, el día 15 de febrero de 2012, tras advertir esta especial circunstancia, instruyó a la fiduciaria para que se efectuara la devolución de este valor a la mencionada Subcuenta 2 del Fideicomiso.

Igualmente, la convocante alega que, pese a que los recursos fueron devueltos a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, la entidad contratante no los consideró como aporte en exceso ni los computó como parte del fondeo realizado y que dio lugar a la concreción del riesgo por adquisición de predios para el Alcance Básico del proyecto. En este sentido, al revisar las pruebas que reposan en el expediente, se encuentra en primer término lo expuesto por la firma interventora en su “*Primer Informe de Auditoría Predial a la Subcuenta No. 2223-2002357 correspondiente al Alcance Básico del Contrato*”, rendido en julio de 2018⁶⁹, oportunidad en la cual se analizó lo atinente a la adquisición de predios y a su necesidad para el caso del Adicional No. 3, advirtiéndose entre los movimientos fiduciarios realizados por la sociedad concesionaria que, efectivamente, el 15 de febrero de 2012, se trasladó la suma de \$3.838.212.376, más los rendimientos respectivos (\$133.514.676,77), de la subcuenta de predios del Adicional No. 3 a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, así:

No de ORDEN	FECHA DE PAGO	VALOR PAGADO	OBSERVACIÓN
1331	15/02/2012	\$3,971,727,052.77	TRASLADO ENTRE CUENTAS, SEGÚN COMUNICACIÓN. CORRESPONDE A LA COMPRA DE 13 PREDIOS DE LA CICLORUTA, LOS CUALES FUERON PAGADOS DE LA SUBCUENTA PREDIOS DEL BÁSICO MÁS LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS. PREDIOS: GP-CCS-978, GP-CCS-981, GP-CCS-987, GP-CCS-995, GP-CCS-990, GP-CCS-821, GP-CCS-822, GP-CCS-1209, GP-CCS-1077, GP-CCS-1079, GP-CCS-1002, GP-CCS-0825, GP-CCS-0826- VALOR PREDIOS: \$3.838.212.376, VALOR RENDIMIENTOS: \$133.514.676,77
1457	08/052013	\$494,222,250.31	TRASLADO ENTRE CUENTAS FID P.A CONCESIÓN VIAL CORDOBA SUCRE SUBCUENTA PROMOCION Y GESTION SOCIAL

Por su parte, la pericia rendida por la firma Ernst & Young, al ser indagada específicamente sobre lo sucedido con estas operaciones realizadas por la sociedad concesionaria, hizo mención, también, al traslado de las sumas antes indicado, determinando, igualmente, que las mismas no fueron tenidas en cuenta como fondeo en exceso de la Subcuenta de Predios del Alcance Básico. Dice el informe pericial⁷⁰ sobre este asunto lo siguiente:

“La lectura de la Aclaración 1 al Acta de Entendimiento No. 1 del 10 de abril de 2012, no evidenció que se haya tenido en cuenta el reintegro por valor de COP\$3.838.212.376 que efectuó el Concesionario a la Subcuenta 2 del Fideicomiso.

“La Aclaración 1 al Acta de Entendimiento No. 1 del 10 de abril de 2012, cita textualmente:

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 545 Vto.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 538.

“Numeral 18. Que el Concesionario utilizó recursos de la subcuenta de predios del alcance básico, para la compra de predios del Adicional No. 3, por valor de tres mil ochocientos treinta y ocho millones doscientos doce mil trescientos setenta y seis pesos (COP\$3.838.212.376) por lo que fue necesario revertir la operación, incluyendo los intereses que se causaron sobre los recursos utilizados, según se desprende de la certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia mediante oficio No. C303700230-0202 del 16 de febrero de 2012.

“La mencionada certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia indica textualmente lo siguiente:

“En atención a la solicitud realizada el día 14 de febrero de 2012 a través de correo electrónico, de manera atenta, nos permitimos informar que se realizó un traslado de recursos de la Subcuenta de Predios Adicional No. 3 No. 2223-2003088 a la Subcuenta Predios Alcance Básico No. 2223-2002357 por valor de COP\$3.971.727.052.

“Según la certificación dicho valor se compone de COP\$3.838.212.376 por predios y COP\$133.514.076 por rendimientos.

“Adicionalmente, el numeral 20 de la Aclaración 1 del Acta de Entendimiento No. 1 incluye el siguiente cuadro, que permite concluir que el reintegro a la Subcuenta Predios Alcance Básico por COP\$3.838.212.376 utilizados para la compra de predios del Adicional No. 3 no fue tenido en cuenta como fondeo en exceso de la Subcuenta Predios Alcance Básico.” -Subraya ajena al texto-

Como se dijo antes, las pruebas referidas dan cuenta de lo acontecido en el caso concreto frente a las operaciones hechas por el contratista y que significaron el traslado de unas sumas entre las subcuentas dispuestas para el depósito de los dineros necesarios para la adquisición de predios del Alcance Básico del proyecto y del Adicional No. 3. Es cierto, según lo expuesto, que la sociedad concesionaria efectuó la devolución de los recursos que había utilizado de la Subcuenta 2 del Fideicomiso, reconociendo, igualmente, los intereses y/o rendimientos respectivos y, también lo es, que estos recursos no fueron considerados en su momento por la entidad pública contratante como aportes realizados en exceso por parte del particular contratista.

De esta forma, considerando que los pedimentos formulados por la convocante a este respecto tienen naturaleza declarativa, el Tribunal accederá a las pretensiones principales décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera y vigésima segunda de la demanda arbitral reformada.

Así mismo, con fundamento en la motivación expuesta a lo largo del presente capítulo, el Tribunal accederá a las pretensiones principales décima tercera y décima cuarta de la demanda arbitral reformada.

4.1.2. Sobre el riesgo de adquisición predial atinente al Otrosí No. 3

En la demanda arbitral reformada se plantearon sendas pretensiones relacionadas con el riesgo de adquisición predial -similares a las estudiadas en el acápite precedente-, pero referidas al denominado Otrosí No. 3 suscrito por los cocontratantes con el objeto de adicionar el alcance físico del proyecto inicialmente previsto para el Contrato de Concesión No. 002 de 2007. En particular, la cláusula primera del referido Otrosí No. 3 determinó el contenido y alcance del mismo, así:

“PRIMERO: ADICIONAR el alcance físico del objeto del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 – Proyecto de Concesión Vial Córdoba – Sucre, con la vía paralela a la circunvalar entre la Universidad de Córdoba y la Cárcel Nacional Las Mercedes; la intersección de la vía paralela a la circunvalar en el K0+0000 de la misma vía; la calle 41 en extensión de 1.60km y la intersección a nivel de la misma, y la continuación a la denominada paralela a la circunvalar entre PR 5+850 y la intersección con la vía que conduce de Montería a Cereté (Mocari), para incluir las siguientes actividades: (...)”⁷¹

La ejecución de las obras adicionales o de alcance progresivo pactadas mediante el Otrosí No. 3 suponían, naturalmente, la necesidad de disponer de los predios y/o mejoras requeridas para la normal ejecución de los trabajos constructivos a que hubiere lugar. Por esta razón, al prever las inversiones que deberían efectuarse y estimarse el valor de las mismas, se contempló a manera de “costos prediales” la suma de \$4.284.501.316,42 del año 2005, como lo muestra el ítem 2.0 de la siguiente tabla:

ITEM	DESCRIPCIÓN	VALOR (\$ 2005)
1.0	Costos de Obra	40.760.000.000,00
2.0	Costos Prediales	4.284.501.316,42
3.0	Costos de Estudios y Diseños	652.160.000,00
4.0	Costos de Plan de Manejo Ambiental y Otros	962.753.037,82
	TOTAL INVERSION (\$ 2005)	46.659.414.354,24

Ahora, en materia de proporción de los aportes por concepto de “costos prediales” y en cuanto a la tipificación, estimación y asignación del riesgo de adquisición de predios para el caso particular del Otrosí No. 3, los contratantes no previeron condiciones específicas en el clausulado de dicho documento modificatorio, de manera que, al tratarse de un acuerdo originado o derivado del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, es menester aplicar al respecto las reglas estipuladas en el texto contractual en mención -cláusulas 1.80 y 37, antes citadas-. En efecto, las cláusulas del contrato de concesión que no fueron objeto de modificación a través del adicional en mención se mantuvieron vigentes, como lo señala la cláusula tercera del Otrosí No. 3, según la cual:

“TERCERO: ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES. Las cláusulas y condiciones del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 no modificadas por el presente documento conservan su vigencia y validez.”

Así las cosas, igual que se explicó para el caso del Alcance Básico del proyecto, es preciso reiterar que, para el caso del riesgo de adquisición de predios concerniente al Otrosí No. 3, le correspondía a la sociedad concesionaria, primero, depositar a su costa la suma de \$4.284.501.316,2 en pesos de 2005, en la Subcuenta Predial abierta para estos efectos y con destino exclusivo de las obras adicionales pactadas en el Otrosí No. 3 y; segundo, fondear el exceso en la proporción del 30% con relación al monto antes indicado, en el caso en que se concretara la contingencia en cuestión, alcanzando así hasta el 130% como responsabilidad del contratista.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 138 Vto.

Recordando que se trata de un riesgo compartido, la entidad pública contratante asumiría, entonces, el valor del exceso que superara el mencionado 130%, en las mismas condiciones previstas en la mencionada cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, tal como lo explicó en términos diáfanos el señor Latorre Moya en su testimonio antes referenciado y del cual se reitera el siguiente aparte:

“SR. LATORRE: A ver, Autopistas de la Sabana contractualmente y en materia predial tiene cuatro subcuentas, es decir, por medio de unos modificatorios contractuales que se vinieron haciendo a lo largo del tiempo se generaron cuatro subcuentas prediales, es decir cuatro obligaciones prediales con sus riesgos que él debía fondear para construir ciertos tramos del proyecto vial, es decir, cada subcuenta iba relacionada con un tramo del proyecto vial y en consecuencia con unos predios determinados para ese proyecto. Hay cuatro subcuentas que son el alcance básico, el otrosí No.3, el adicional No.2, y el adicional No.3, son las cuentas prediales. Tienen diferentes fechas determinadas y tienen unos montos del 100% determinados cada uno, un 30% adicional y a partir de ese 130 ya comienza el riesgo de la ANI, es decir si la adquisición de esos predios supera ese 130 y no se han comprado todos los predios o no se han adquirido todos los predios que requeríamos tiene que el Estado entrar a pagar esos predios que faltarían por adquirir; siempre el Concesionario digamos él fondea, es coloquialmente es una especie de préstamo que le hace al Estado, o sea, él para no interrumpir la actividad él continua comprando los predios pero después le pasa cuenta de cobro al Estado diciéndole, mira, el riesgo a partir de aquí pasó a ser tuyo entonces por favor devuélveme los montos que he prestado, esa es la mecánica que se utiliza. En Autopistas de la Sabana sucedió hay cuatro subcuentas prediales de las cuales dos de ellas han superado el monto del 130% razón por la cual se hace necesario activar los fondos de contingencia para comenzar a pagar al Concesionario el fondeo... (interpelado).”⁷² -Subraya ajena al texto-

Distinguiendo lo sucedido en cuanto al riesgo de adquisición de predios para el caso del Alcance Básico del proyecto y frente a las obras adicionales convenidas en el Otrosí No. 3, se tiene respecto de este último el siguiente comportamiento financiero analizado y expuesto por la firma Ernst & Young⁷³, en donde se relacionan los distintos aportes o fondeos efectuados por la sociedad concesionaria para cumplir con su obligación tendiente a efectuar las inversiones en materia de adquisición de predios y/o mejoras y, también, los porcentajes que se depositaron en exceso frente al valor estimado en un principio:

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 42 Vto.

⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 531. Véase también el Anexo VII aportado por la firma experta en medio magnético.

Valor base de fondeo según Contrato (Otrosí 3) Diciembre 31 /2008	4.284.501.316
--	---------------

Fecha Traslado	Valor Fondeos COP\$	IPC vigente	IPC Dic'05	Valor Fondeos a Dic'05	% Fondeo
27/05/2011	5.463.885.448	107,25	84,10	4.284.501.316	100%
31/08/2012	187.447.376	111,32	84,10	141.612.687	103%
31/08/2012	412.552.624	111,32	84,10	311.675.132	111%
1/10/2012	100.000.000	111,69	84,10	75.297.699	112%
9/11/2012	100.000.000	111,87	84,10	75.176.544	114%
16/11/2012	349.958.950	111,87	84,10	263.087.045	120%
10/12/2012	82.141.870	111,72	84,10	61.834.329	122%
28/01/2013	37.492.408	111,82	84,10	28.198.100	122%
30/01/2013	18.245.940	111,82	84,10	13.722.801	123%
5/02/2013	32.120.850	112,15	84,10	24.087.057	123%
26/02/2013	91.780.955	112,15	84,10	68.825.487	125%
26/02/2013	257.139.368	112,15	84,10	192.825.866	129%
26/02/2013	185.510.630	112,15	84,10	139.112.296	133%
11/03/2013	20.841.760	112,65	84,10	15.559.627	133%
2/04/2013	10.488.004.860	112,88	84,10	7.813.972.437	315%
	17.827.123.039			13.509.488.423	

Varios aspectos se deducen del cuadro anterior. Está demostrado con estos resultados encontrados y expuestos en la prueba pericial que, primero, la sociedad contratista cumplió con su obligación de fondear la subcuenta de predios del Otrosí No. 3 aportando la suma de \$4.284.501.316 en pesos del año 2005, hecho que tuvo lugar el 27 de mayo de 2011; segundo, que el particular contratista también asumió en el porcentaje respectivo (30%) el riesgo de adquisición de predios que le fue asignado en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que, entre el 31 de agosto de 2012 y el 26 de febrero de 2013⁷⁴, realizó los aportes respectivos hasta llegar al 130% -según le correspondía- y, tercero, que el mismo 26 de febrero de 2013 y hasta el dos (2) de abril de 2013, el concesionario depositó sumas en exceso -para cubrir la contingencia en cuestión- superiores al 130% y hasta llegar al 315%, porción que, de acuerdo con los términos contractuales tantas veces mencionados, es responsabilidad de la entidad pública contratante quien asumió la obligación de reembolsar los fondeos efectuados por encima del 130%, dentro de los 18 meses siguientes al depósito respectivo, reconociendo y liquidando los intereses en la tasa convenida.

Se prueba con lo expuesto que, para el caso del Otrosí No. 3, también se concretó el riesgo de adquisición de predios, habida cuenta que, el valor estimado en la cláusula tercera de dicho documento modificatorio no resultó suficiente para cubrir los requerimientos económicos de las obras adicionales en materia de predios y/o mejoras, superando, incluso, el 30% que de los fondeos en exceso asumió el particular contratista y activándose con ello la obligación de la entidad pública contratista de responder por las sumas superiores que debió aportar la sociedad concesionaria entre el 130% y el 315%.

Lo anterior, representado en sumas o valores concretos y calculados a 30 de septiembre de 2018, fueron resumidos por la firma experta en los siguientes términos:

“Con base en lo definido en el Otrosí No. 3, el valor de fondeos pactado por las partes para la adquisición de predios es del COP\$5.463.885.448 a

⁷⁴ Sobre este particular, la firma Ernst & Young aclaró en su dictamen pericial que el porcentaje del 130% se alcanzó con el aporte realizado el 26 de febrero de 2013, aporte que, a su vez, superó dicho porcentaje y, por ende, significó la concreción del riesgo compartido que le atañe a la entidad pública contratante. Señala la experticia en este sentido que: “El fondeo del 26 de febrero de 2013 por COP\$185.510.630 se compone de COP\$38.394.100 como riesgo predial asumido por el Concesionario y COP\$147.116.530 como riesgo predial asumido por la ANI.” (Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 531)

pesos corrientes, el riesgo predial asumido por el Concesionario que corresponde hasta el 130% sobre el valor de fondeos pactados, equivale a los fondeos del 31 de agosto de 2012 al 26 de febrero de 2013 por COP\$1.707.274.441 y el riesgo predial asumido por la ANI al 30 de septiembre de 2018, que corresponde al exceso que supere el 130% del valor de los fondeos pactados, equivale a los fondeos del 26 de febrero de 2013 al 2 de abril de 2013 por COP\$10.655.963.150.

*“El saldo de la deuda de capital por parte de la ANI al 30 de septiembre de 2018 por fondeos prediales del Otrosí No. 3 es de COP\$10.655.963.150.”*⁷⁵ -Subraya ajena al texto-

Es cierto, entonces, lo alegado por la sociedad concesionaria en su demanda arbitral reformada, toda vez que, a raíz de la concreción u ocurrencia del riesgo de adquisición de predios, surgió para la entidad pública contratante la obligación de reembolsar al particular contratista los fondeos realizados en exceso entre el 130% y el 315%, representados en la suma de \$10.655.963.150 de 30 de septiembre de 2018, monto de capital que en su totalidad adeuda la convocada de acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente.

De acuerdo con esta motivación, el Tribunal accederá a las pretensiones principales décima quinta, décima sexta y décima séptima formuladas en la demanda arbitral reformada.

4.1.3.Sobre el pago de predios por orden judicial

Se expuso en los antecedentes que la parte convocante desistió expresamente de la pretensión vigésima cuarta de su demanda arbitral, petición que fue aceptada por el Tribunal mediante Auto de cinco (5) de agosto de 2019; sin embargo, en lo que respecta a la pretensión vigésima tercera -que tiene relación con el mismo asunto a que se refería el pedimento desistido-, es menester efectuar el estudio correspondiente y conforme al alcance del mismo. En esta pretensión vigésima tercera, la sociedad convocante pide al Tribunal que declare que, en aras de cumplir con la orden judicial decretada por un Juez de Sincelejo, “... el 30 de septiembre de 2014 consignó la suma de \$1.264.583.180 como depósito judicial, con recursos de la subcuenta principal y no de la subcuenta 2, como correspondía”.

Sobre este particular reposa en el expediente copia de la providencia judicial mediante la cual, el Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo decidió librar mandamiento ejecutivo de pago en contra de la ANI y ordenar el embargo de los peajes de que es titular la entidad. Se trata del Auto de 23 de septiembre de 2014⁷⁶, en cuya parte resolutive se determinó:

“Librar mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular a favor de AGROGAN LTDA. (...) y en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, (...) Ordénase a este último que en el término de 5 días pague al ejecutante las siguientes sumas de dinero: MIL TRESCIENTOS ONCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$1.311.152.094), por concepto de avalúo total del predio “San Francisco” y MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO MILLONES CATORCE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$1.218.014.267) por concepto de avalúo total del predio “El Rosario”, cifras que sumadas equivalen a \$2.529.166.361 más los intereses corrientes al máximo fijado por la Superintendencia Financiera, desde la

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 531.

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 214.

fecha de ejecutoria de esta providencia hasta que se efectúe el pago total de la misma.”

Como consecuencia de lo anterior, se libró el Oficio No. 1437 de 25 de septiembre de 2014⁷⁷, dirigido al Administrador del Peaje de la Doble Calzada Sincelejo-Corozal, comunicándose lo siguiente:

“Por medio del presente me permito comunicarle que por auto de fecha Veintitrés (23) de Septiembre de 2014, dictado dentro del proceso de la referencia, ordenó: DECRETAR EL EMBARGO Y RETENCIÓN de los recaudos que por concepto de PEAJES reciba la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (...)

“Limítese este Embargo hasta la suma de \$3.793.749.541.”

Ahora, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la orden judicial en comento, la firma Ernst & Young expuso en su informe pericial las distintas operaciones fiduciarias que se efectuaron en su momento con este propósito, identificando de manera puntual lo sucedido con el depósito judicial correspondiente a la suma de \$1.264.583.180, frente a la cual se precisa que no fue abonada desde la Subcuenta 2 del Fideicomiso o subcuenta predial del alcance básico, sino de otra Fiducuenta distinta. En este sentido, la firma experta indicó:

“Con base en la documentación soporte suministrada por el Concesionario, fueron identificados tres pagos por COP\$3.793.749.541 realizados por el Concesionario en cumplimiento con el Oficio 1437 del 25 de septiembre de 2014 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo – Sucre con referencia al Proceso Ejecutivo Singular Seguido de Expropiación Radicación No. 2011-00140 donde Agrogan Ltda. es demandante y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI es el demandado, el cual cita textualmente: ‘ordenó: decretar el embargo y retención de los recaudos que por concepto de peajes reciba la Agencia Nacional de Infraestructura “ANI”, identificada con NIT 830.125.996-9 en esa entidad. – Para tal efecto oficiase a los Administradores de dicha entidad, a fin de que retengan las sumas respectivas recaudadas diariamente y las depositen a nombre de este Juzgado en la cuenta de Depósitos Judiciales del Banco Agrario de esta ciudad ... limítese el embargo hasta la suma de COP\$3.793.749.541’. Los pagos fueron realizados como se detalla a continuación:

“- La orden de operación No. 5402 del 29 de septiembre de 2014 por COP\$1.218.014.267 evidencia un pago al Banco Agrario por concepto de pago final del proceso de expropiación correspondiente al predio CAS-VRT-017 afectando la Fiducuenta No. 2223-2002357 Subcuenta de Predios Básico.

“- La orden de operación No. 5403 del 29 de septiembre de 2014 por COP\$1.311.152.094 evidencia un pago al Banco Agrario por concepto de pago final del proceso de expropiación correspondiente al predio CAS-VRT-018, afectado la Fiducuenta No. 2223-2002357 Subcuenta de Predios Básico.

“- LA orden de operación No. 5404 del 29 de septiembre de 2014 por COP\$1.264.583.180 evidencia un pago al Banco Agrario por concepto de proceso ejecutivo por expropiación de los predios CAS-VRT-017 y CAS-VRT-018 afectando la Fiducuenta No. 2223-2002355.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 215.

“En resumen, el Concesionario utilizó recursos de la Fiducuenta No. 2223-2002357 Subcuenta Predios Básico por COP\$2.529.166.361 y de la Fiducuenta No. 2223-2002355 por COP\$1.264.583.180, para cumplir la orden del Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo dentro del proceso ejecutivo instaurado por Agrogan en contra de la ANI.”⁷⁸ -Subraya ajena al texto-

Las pruebas en mención evidencian que, a efectos de cumplir una orden judicial dictada en el marco de un proceso ejecutivo originado en el trámite de una expropiación, la sociedad concesionaria se vio avocada a realizar un depósito equivalente al valor expresamente calculado (capital e intereses) por el Despacho (\$3.793.749.541). Se prueba de esta manera que este depósito tenía como propósito reconocer y efectuar el pago de unos predios o inmuebles requeridos para la ejecución del Alcance Básico del proyecto, al punto que en la orden judicial se identifican de manera precisa los bienes objeto de la expropiación, frente a los cuales se había realizado el respectivo avalúo.

También se observa que, en efecto, se realizó un depósito por la suma de \$1.264.583.180 desde una Fiducuenta distinta a la Subcuenta 2 del Fideicomiso. Este depósito debió realizarse desde la referida Subcuenta 2 del Fideicomiso al tratarse del pago de los predios requeridos para cumplir con el alcance básico del proyecto, tal como se hizo con las otras dos operaciones realizadas por la fiduciaria el mismo 29 de septiembre de 2014. Siendo así las cosas, el Tribunal accederá a la pretensión principal vigésima tercera de la demanda arbitral reformada, destacando al respecto que se trata de un pedimento de orden declarativo y que no habrá pronunciamiento alguno sobre la pretensión vigésimo cuarta que tenía un contenido condenatorio, dado el desistimiento de la misma debidamente aceptado.

4.2. Contractualmente, ¿procede el reconocimiento y pago de intereses en razón de la concreción del riesgo de adquisición de predios a cargo de la entidad pública contratante?

Una de las discusiones jurídico-procesales que se ha dado en el presente trámite arbitral refiere o atañe a la causación de intereses a raíz de los aportes o fondeos en exceso realizados por la sociedad concesionaria, debido a la ocurrencia del riesgo de adquisición de predios al que se ha hecho mención a lo largo del presente capítulo. Sobre el particular, más allá de lo estipulado en el contrato en materia de intereses, el debate fuerte corresponde al momento u oportunidad en que se causan y procede la liquidación respectiva, toda vez que, a juicio de la entidad pública convocada, no basta con la verificación del fondeo respectivo por parte de la sociedad concesionaria, sino que -en su sentir-, es del todo necesaria la previa verificación por parte de la firma interventora que dé cuenta de la efectiva inversión en adquisición predial realizada por el particular contratista.

A este respecto, es menester revisar de nuevo el contenido de la cláusula 37⁷⁹ del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, pues allí se reguló, expresamente, lo referente a la causación de intereses con ocasión de la ocurrencia del riesgo de adquisición de predios. De manera específica, se estipuló en este sentido lo siguiente:

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 540.

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 57 y siguientes.

“CLÁUSULA 37. ADQUISICIÓN DE PREDIOS (...)

“EL CONCESIONARIO deberá depositar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, como requisito para la firma del Acta de Inicio de la Etapa de Pre – Construcción como mínimo, la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL\$8.601.000.000) pesos del 31 de diciembre de 2005), con destino a la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del Proyecto, incluido el valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, la constitución de servidumbres relativas a este mismo alcance, la aplicación de la resolución INCO 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial y demás asuntos contemplados en la definición de la Subcuenta correspondiente.

“En el evento en que el valor necesario para la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los Alcances del Proyecto supere dicha suma, la diferencia será asumida por las partes de la siguiente manera:

“a) EL CONCESIONARIO cubrirá hasta un exceso equivalente al veinte por ciento (20%) del valor antes señalado, para lo que deberá depositar en la Subcuenta 2 del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso.

*“b) Si el exceso requerido supera el treinta por ciento (30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL\$8.601.000.000) antes señalados, EL CONCESIONARIO depositará en la Subcuenta 2 del Fideicomiso el valor total correspondiente a dicho exceso y EL INCO reembolsará al CONCESIONARIO, **dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha del depósito, reconociendo una tasa de interés igual al DTF + 5 y con recursos propios de su propio presupuesto, la suma que resulte de restar del valor total del exceso, el valor que asumirá EL CONCESIONARIO (treinta por ciento – 30%) de los OCHO MIL SEISCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (COL\$8.601.000.000) mencionados según lo indicado en el literal (a) anterior. (...)**” -Subraya y negrita fuera del texto-*

La lectura del aparte contractual transcrito permite observar que, de manera expresa, se dejó estipulado el momento en que se genera para la entidad pública la obligación de reembolsar al concesionario las sumas que en exceso hubiere aportado para cubrir el riesgo de adquisición de predios, pero, además, se advierte de la cláusula en mención que, dentro de los 18 meses contados a partir de la fecha del depósito correspondiente, se causarían y reconocerían intereses remuneratorios a una tasa del DTF + 5 puntos.

Nótese que no se dejó a este respecto campo a un entendimiento distinto al que se ha expuesto, pues la sola literalidad de la cláusula contractual deja en evidencia y de manera diáfana lo acordado en materia de intereses remuneratorios por los mismos contratantes al celebrar la relación negocial. Se reitera, una vez acaecido o concretado el riesgo de adquisición predial, al superarse el valor estimado inicialmente y que debía aportar la sociedad concesionaria (\$8.601.000.000), ésta asumía el valor en exceso en un equivalente al 30% adicional respecto del depositado en un principio (130%) y, superado este porcentaje, sería la entidad pública contratante la responsable por los valores que por encima del 130% debieran disponerse para la adquisición de predios y/o mejoras. Ahora -como se dijo en los acápites precedentes-, los valores aportados por el contratista por encima del 130% le serían reembolsados por la entidad dentro de un plazo de 18

meses contados a partir del día siguiente a la fecha del depósito respectivo, reconociéndose, en todo caso, el pago de intereses remuneratorios en el entretanto, a una tasa equivalente al DTF + 5.

Para el Tribunal, es diamantino o traslúcido lo pactado en estos términos por las partes, sin que se observen vacíos ni lagunas que merezcan una interpretación diferente a la expuesta. Ni siquiera se advierte para el caso concreto un comportamiento contractual distinto que pudiera mostrar que las partes, conjuntamente, tenían un entendimiento contrario a lo pactado en la cláusula antes citada (art. 1618, Código Civil⁸⁰). Debe recordarse en este punto que, según CARBONNIER, “[l]a interpretación no se concibe sino respecto de las cláusulas oscuras y ambiguas; si la convención es clara y precisa, no hay lugar a interpretarla, sino solamente a ejecutarla”⁸¹.

Tratándose, entonces, de la causación de los intereses remuneratorios para el caso *sub examine*, es claro -conforme a lo señalado- que, efectuado el depósito de los aportes en exceso realizados por la sociedad concesionaria, esto es, de aquellos destinados a cubrir el requerimiento superior al 130% del riesgo de adquisición de predios, la entidad tiene un tiempo máximo de 18 meses para efectuar el reembolso de tales recursos, reconociendo durante este plazo los intereses remuneratorios pactados en una tasa del DTF + 5, so pena de incurrir en mora y causarse con ello el pago de intereses moratorios.

Se dice que son remuneratorios los intereses que se acordaron contractualmente y que se reconocerían durante el término de 18 meses contados luego del depósito respectivo, dado que los mismos no tenían propósito distinto a compensar al contratista por el “préstamo” hecho a la entidad pública contratante, hasta tanto se efectuara el reembolso de tales recursos aportados en exceso, siempre y cuando el cumplimiento de esta obligación dineraria se verificara dentro de los 18 meses antes mencionados. Sobre este particular, la doctrina especializada ha señalado con acierto que:

“De suyo la obligación civil pecuniaria no implica retribución, salvo que las partes la hayan estipulado o que la ley excepcionalmente la disponga para el caso.

“Los intereses como retribución de la posibilidad de contar con un dinero durante determinado tiempo (usurae) aparecieron como pacto adicional al contrato de mutuo, para, luego de interminables debates teológicos y morales y vicisitudes sin cuento, extenderse a cuanta obligación de pagar el precio de un bien o de su goce, o el de un servicio, pueda ser pagadera a plazo, operación esta fundamental en la economía desde comienzos del último siglo, con estipulación usual tanto del interés remuneratorio como del moratorio. (...)

“Interés remuneratorio o de plazo es la retribución o compensación debida por el mutuario en razón de poder disfrutar del dinero durante el término de duración del préstamo o del plazo concedido para el pago del precio del bien o el servicio provisto, o del saldo de aquel. Interés moratorio es el debido en razón del retardo en el pago de una cantidad de dinero, como quiera que el deudor moroso debe indemnizar los perjuicios que su impuntualidad cause al deudor, y que, como se suele decir, ‘el dinero fructifica de suyo’, por lo cual se presume el quebranto de aquel por no

⁸⁰ Art. 1618, Código Civil: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

⁸¹ CARBONNIER, Jean: Las obligaciones. 280 p.

tener en su poder oportunamente la suma debida y la condena al resarcimiento se remite a la tarifa legal. (...)

“La ley civil fija límite máximo a los intereses compensatorios o remuneratorios consistente en una mitad por encima del interés corriente, como también dispone las consecuencias del exceso y los trámites para su aplicación. El código, con gran tiento y precisión, previene (art. 1617) que, en caso de que solo se hubiere pactado interés remuneratorio, al sobrevenir la mora del deudor se seguirá devengando interés a dicha tasa (ahora a título de interés moratorio), siempre que sea superior a la legal (6% anual), pues de lo contrario se causará esta; y, obviamente que, de haberse prevenido interés moratorio, en dicha circunstancia se aplicará, sin más, lo acordado.”⁸² -Subraya ajena al texto-

De otra parte, tratándose de los intereses de mora, debe considerarse para el efecto lo convenido -también por las partes-, de manera expresa, en la cláusula 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, estipulación que en términos diáfanos prevé que, primero, en todos los eventos en que se configure o cause la mora por el incumplimiento de obligaciones de pago entre las partes del contrato y no existiere cláusula específica al respecto, se aplicará como interés moratorio una tasa equivalente al doble del interés remuneratorio, equivalente a dos veces el DFT + 5 ((DTF + 5) x 2) y, segundo, que tales intereses por mora se causarán al vencimiento del plazo conferido contractualmente para el cumplimiento de la obligación dineraria respectiva, específicamente, vencido el término de 18 meses contados a partir del correspondiente depósito, en lo que respecta a la ocurrencia del riesgo de adquisición de predios -según se ha explicado *supra*-.

La referida cláusula 56 estipula lo siguiente:

“CLÁUSULA 56. INTERESES DE MORA

“Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este CONTRATO, para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre EL INCO y EL CONCESIONARIO, se aplicará una tasa equivalente al doble del interés remuneratorio pactado en este CONTRATO ((DTF + 5) x 2), pero en ningún caso una tasa mayor que la máxima permitida por la ley Colombiana. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día de vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado.

“En cualquier caso en que en este CONTRATO se prevea el reconocimiento de intereses remuneratorios y/o moratorios a cargo de EL INCO y a favor de EL CONCESIONARIO, se entenderá que tales intereses no podrán exceder las tasas máximas permitidas por la Ley colombiana.

“Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este CONTRATO, el plazo de pago establecido para cualquier obligación dineraria que se genere entre las partes, como resultado de lo establecido en este CONTRATO, será de veinte (20) días hábiles. Vencido este plazo o el plazo -diferente a éste- que aparezca expresamente estipulado en otra cláusula del presente CONTRATO, se causarán los intereses de mora establecidos en esta cláusula.”⁸³ -Subraya ajena al texto-

Aunado a lo anterior, es importante destacar que, en materia de intereses o de la oportunidad de la causación de los mismos, nada se acordó directa o

⁸² HINESTROSA, Fernando: Tratado de las obligaciones II, Vol. I, Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. 1178 a 1180 p.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 76 Vto.

indirectamente, en el documento modificatorio suscrito por los contratantes el ocho (8) de mayo de 2008, mediante el cual se modificó y complementó el esquema de adquisición de predios correspondiente al Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Es importante referir a este aspecto en atención a que, uno de los argumentos esbozados por la entidad pública contratante para oponerse al reembolso de los aportes efectuados por exceso y al reconocimiento y pago de los intereses remuneratorios y moratorios en mención, ha consistido en señalar que, antes de configurarse o concretarse estas obligaciones dinerarias, era menester que la firma interventora revisara el contenido de cada una de las carpetas prediales conformadas por la sociedad concesionaria respecto de cada inmueble y verificara de esta forma la efectiva realización de la inversión de los recursos destinados a la adquisición de predios y/o mejoras.

Para entender esta discusión, basta leer un aparte contenido en la comunicación de 25 de agosto de 2014, emitida por la ANI y dirigida a la sociedad concesionaria⁸⁴ (Rad. 2014-500-015986-1), en donde se manifestó la postura de la entidad pública contratante, así:

“En virtud de lo anterior, y con el ánimo de ir definiendo los valores que por concepto de fondeos pueden constituirse en deuda, se considera imprescindible que el Concesionario allegue la información y los soportes que insistentemente la ANI ha requerido.

“Con respecto a los intereses que se causen, una vez determinado el valor de capital adeudado a partir de los conceptos de la interventoría y el área Predial de la Entidad, previa entrega de los documentos soporte, para la ANI el reconocimiento de los mismos debe realizarse teniendo en cuenta el uso efectivo de los recursos para pagos prediales y las fechas correspondientes a la entrega de los expedientes prediales, acudiendo a criterios de racionalidad de los recursos y al cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, evitando de esta manera desdibujar el objeto de las subcuentas prediales como fuente de liquidez para atender las respectivas necesidades. (...)

“Por los fundamentos expuestos, la ANI reitera nuevamente al Concesionario la necesidad de entregar los documentos que soporten la inversión en adquisición predial en los términos establecidos contractualmente, para establecer con precisión el valor adeudado por la Agencia.” -Subraya ajena al texto-

Muestra la comunicación citada el entendimiento que ha tenido la entidad contratante en lo que atañe al surgimiento de su obligación de reembolsar los aportes efectuados en exceso por la sociedad concesionaria para cubrir el riesgo de adquisición de predios e, igualmente, la condición que -según la ANI- debe cumplirse para la causación de los intereses a reconocerse por este preciso aspecto. A juicio de la entidad, habría que verificarse en cada caso la inversión efectiva en adquisición predial para determinar si hay o no lugar a reembolsar al concesionario los recursos depositados en exceso (por encima del 130%) en la Subcuenta de Predios correspondiente.

Se advierte que esta postura tiende a obtener certeza en cada caso del uso efectivo de los recursos destinados a pagos prediales, aspecto que, de suyo, es positivo al tratarse del control y seguimiento que le compete realizar a la entidad pública frente a las obligaciones contractuales, por conducto de la

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 356 - Documento en medio magnético contenido en CD.

interventoría y del personal encargado de las funciones prediales al interior de la ANI. Sin embargo, de manera alguna puede condicionarse de esta forma el surgimiento de la obligación de reembolso prevista en el literal b) de la cláusula 37 del contrato de concesión ni sujetar el cómputo de los plazos que de manera clara y expresa establece esta misma cláusula y la cláusula 56 subsiguiente, en materia de intereses remuneratorios y moratorios.

Este Tribunal de Justicia no tiene reparos frente a las solicitudes que en este sentido ha formulado la ANI con el propósito de efectuar el control y realizar el seguimiento de las inversiones que deben hacerse en materia predial⁸⁵, pero, ante la claridad de lo estipulado en las referidas cláusulas 37 y 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, para el caso específico de las obligaciones dinerarias allí previstas y de las condiciones fijadas expresamente sobre la causación de intereses -remuneratorios y moratorios-, hay que ser respetuosos de la regulación contractual pactada por las mismas partes sobre el particular, más cuando ningún documento contractual moduló el contenido y alcance de las mismas ni varió los plazos o términos previstos para el efecto.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Es por esto que, para el caso concreto, tanto la ANI como la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. deben atenerse a los términos contenidos en las cláusulas 37 y 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, específicamente, en lo que allí se regula en materia de obligaciones dinerarias relacionadas con el riesgo de adquisición de predios, de acuerdo con las cuales, es responsabilidad de la entidad pública contratante reembolsar al concesionario los aportes que este hubiere realizado en exceso (por encima del 130%), dentro de los 18 meses contados a partir de la fecha del depósito respectivo, término durante el cual reconocerá y pagará intereses remuneratorios a una tasa del DTF + 5 puntos y, además, en el evento en

⁸⁵ En este sentido, la modificación al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, suscrita el ocho (8) de mayo de 2008, estipuló en materia de vigilancia y control de las obligaciones prediales, lo siguiente:

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.- El CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato; en desarrollo de dicha responsabilidad y en adición y complementación a las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 37 del contrato de concesión, deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación: (...)”

“2.5. El CONCESIONARIO deberá informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información en los formatos que INCO establezca para el efecto; (a) Ficha predial, (b) nombre del enajenante, (c) localización e identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio, (g) número de escritura, y (h) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación se deberán adjuntar los expedientes que contienen cada negociación, debidamente foliados y organizados individualmente de acuerdo con las directrices establecidas por la Oficina de Archivo y Correspondencia del INCO, cada cual con un informe del título, en el que deje constancia de que el predio entregado al INCO se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente la disponibilidad del inmueble. (...)”

“2.9. Con periodicidad mensual, o cuando las circunstancias lo requieran, enviará un informe en el que consolide la información sobre predios requeridos, recibidos, en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente, mantendrá disponible para el INCO y/o la INTERVENTORÍA toda la información necesaria para el ejercicio de la función de vigilancia y control de la gestión predial. Para estos efectos recibirá y mantendrá actualizada la base de datos que sea adoptada por el INCO para hacer el seguimiento de gestión predial y en concordancia con ésta, mantendrá actualizado y disponible un plano de avance de la gestión predial, los cuales constituirán instrumentos adecuados de seguimiento a la gestión que efectuará el INCO directamente o por intermedio de la INTERVENTORÍA.(...)” (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 134 a 137)

que fenezca el plazo en mención sin realizarse el reembolso correspondiente, comenzarán a causarse intereses de mora según lo prevé la cláusula 56 del contrato de concesión, esto es, en la suma equivalente a dos veces el DTF + 5 ((DTF + 5) x 2).

El contrato legalmente celebrado, entendido como un acuerdo de voluntades logrado entre dos o más personas, tiene reconocimiento y amparo en el derecho, de ahí que se profese que, “... *todo acuerdo de voluntades dirigido a crear una obligación es protegido por la ley*”⁸⁶. De allí se desprende el principio de la fuerza obligatoria de los contratos que, “... *se expresa en el aforismo pacta sunt servanda: los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan*”⁸⁷. Por estas razones se ha concluido que, “[e]n virtud de la fuerza obligatoria del contrato, las partes deben cumplirlo, aunque les resulte perjudicial”⁸⁸.

Con todo lo dicho y destacando que el contrato es la fuente de las obligaciones asumidas por las partes en el caso concreto, erigiéndose de esta forma en el sustento jurídico válido para que este Tribunal decida sobre la controversia sometida a su conocimiento, es menester concluir que, tratándose de la obligación que tiene la entidad pública contratante de reembolsar al concesionario las sumas depositadas en exceso por la concreción del riesgo de adquisición de predios (en un porcentaje superior al 130%), el único condicionante estipulado contractualmente para el surgimiento de esta responsabilidad contractual corresponde a la verificación del depósito correspondiente, sin más -cláusula 37, literal b), Contrato de Concesión No. 002 de 2007-, de manera que, no puede someterse esta especial circunstancia al acaecimiento de revisiones adicionales y, menos aún, a la constatación efectiva de la inversión en los predios del proyecto -como equivocadamente lo aduce la entidad pública contratante-, ello, sin perjuicio de entender que dicha carga de control y vigilancia debe también ejercerse por la interventoría -modificación de ocho (8) de mayo de 2008-, pero sin constituir argumento válido para oponerse al cumplimiento de la mencionada obligación de reembolso.

Consecuente con lo anterior, la causación de intereses remuneratorios sobre los aportes en exceso realizados por la concesionaria y sobre los cuales debe responder la entidad pública contratante -DTF + 5-, se genera a partir del depósito correspondiente en la Subcuenta de Predios y por un plazo máximo de 18 meses, toda vez que, en el evento en que se cumpla este plazo sin que la entidad haya reembolsado las sumas equivalentes a los aportes en exceso o lo hubiere hecho apenas de manera parcial, comenzarán a causarse intereses moratorios hasta tanto se verifique el pago completo de tales valores ((DTF + 5) x 2) -cláusula 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007-.

En materia de intereses, resulta importante para el Tribunal señalar que, solo hasta la suscripción del Otrosí No. 7, modificatorio celebrado en razón del Acuerdo de Conciliación logrado por los contratantes el seis (6) de noviembre de 2015⁸⁹, variaron lo atinente a la causación de los mismos en los eventos en que se verificara la realización de fondeos en exceso a la

⁸⁶ PARRA LUCÁN, María Ángeles: Negociación y perfección de los contratos. Thomson Reuters. Navarra. 2014. 109 p.

⁸⁷ LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge: Los contratos. 5ª edición, Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014. 223 p.

⁸⁸ *Ibidem*. 248 p.

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 170 a 185.

subcuenta predial; sin embargo, es determinante advertir en este sentido que, expresamente, las partes indicaron que la nueva regla aplicaría para los “nuevos fondeos”, esto es, para los que se realizarán con posterioridad a la fecha antes mencionada.

En otras palabras, contractualmente, las partes convinieron que la ANI sí reconocería intereses al concesionario, desde la fecha efectiva del uso de los recursos y no desde la fecha de los fondeos en exceso depositados en la subcuenta predial, pero fueron específicos en precisar que dicha regla aplicaría, única y exclusivamente, para los “nuevos fondeos”, es decir, para los que se realizaran por el contratista con posterioridad al seis (6) de noviembre de 2015. En concreto, el acuerdo décimo primero del referido documento conciliatorio prevé lo siguiente:

*“DÉCIMO PRIMERO.- En el evento que EL CONCESIONARIO realice **nuevos fondeos** en exceso que le deban ser reembolsados por la ANI en cumplimiento de lo previsto en la Cláusula 37 del CONTRATO, y en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta del Adicional No. 3, la ANI reconocerá a EL CONCESIONARIO los intereses previstos en la Cláusula 37 del CONTRATO desde la fecha efectiva de uso de los recursos y no desde la fecha de fondeo de los mismos por parte de EL CONCESIONARIO. Si los recursos depositados por concepto de nuevos fondeos en exceso que se efectúen a partir de la aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio por parte del Tribunal 1, generan rendimientos financieros, los mismos serán propiedad de EL CONCESIONARIO y éste podrá solicitar a la Fiduciaria su traslado.” -Negrita y subraya ajenas al texto-*

Del todo importante es precisar en este punto el contenido y alcance del aparte transcrito, habida cuenta que, en materia de intereses, confirma el entendimiento dado por el Tribunal en los párrafos anteriores en los cuales indicó que, para el caso concreto, debe aplicarse a pie juntillas lo convenido en las cláusulas 37, literal b) y 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y, solo para los fondeos que se realizaran después del seis (6) de noviembre de 2015, los intereses en mención se causarían al verificarse la utilización de los recursos correspondientes y no desde la fecha de realización de los fondeos en exceso a la subcuenta predial.

Al revisar los fondeos en exceso que son objeto de la presente controversia, el Tribunal encuentra que los mismos fueron realizados antes del seis (6) de noviembre de 2015, de manera que el reconocimiento y liquidación de los intereses correspondientes debe efectuarse conforme a lo estipulado en las cláusulas 37 literal b) y 56 del contrato, tal como se expuso a lo largo del presente acápite.

Por último debe mencionarse que, si bien el principio de la fuerza obligatoria del contrato aplica para el caso concreto -según se ha dicho-, no opera en la manera en que lo entendió la entidad pública convocada al sustentar la única excepción de mérito formulada en contra de las pretensiones atinentes al riesgo de adquisición de predios, toda vez que, precisamente, los términos en que se definieron las obligaciones dinerarias contenidas en las cláusulas 37 y 56 del contrato de concesión obligan a la entidad contratante a efectuar los reembolsos en los plazos allí previstos y a reconocer y pagar los intereses de acuerdo con las condiciones claramente fijadas en el texto contractual.

De acuerdo con las consideraciones hasta aquí expuestas, el Tribunal de Arbitraje accederá a las pretensiones principales vigésima quinta, vigésima

sexta, trigésima segunda, trigésima tercera y trigésima cuarta. Igualmente, se tendrá por no demostrada la excepción de mérito formulada por la convocada y que se denominó, “del valor normativo del contrato. El contrato es ley para las partes. Buena fe contractual”.

4.3. El capital y los intereses adeudados por la ANI con ocasión del riesgo de adquisición de predios

En materia de riesgo de adquisición de predios, por los distintos asuntos que se han tratado en el presente capítulo, la parte convocante formula una serie de pretensiones de contenido económico tendientes a que el Tribunal reconozca en favor suyo y condene a la entidad convocada a pagar unas sumas de dinero por concepto de capital e intereses. En concreto, por concepto de las sumas aportadas en exceso por encima del 130% y que corresponden al riesgo de adquisición de predios asumido por la entidad pública contratante, la concesionaria reclama el pago de los saldos insolutos en lo que atañe al alcance básico del proyecto y al Otrosí No. 3.

Sobre el particular, el Tribunal encontró probado que, con corte a 30 de septiembre de 2018 -fecha última de validación de acuerdo con el dictamen pericial de Ernst & Young-, la entidad pública sí le adeuda al contratista unos valores por concepto del reembolso que le correspondía efectuar de estos fondeos en exceso. Los valores adeudados por concepto de capital se extraen del informe pericial mencionado y se resumen así:

Concepto	Valor
Saldo del reembolso por fondeos en exceso por riesgo predial de adquisición de predios para el Alcance Básico del proyecto (Subcuenta 2 del Fideicomiso)	COP\$5.255.261.964
Reembolso de los fondeos en exceso por riesgo predial de adquisición de predios para las obras de Otrosí No. 3	COP\$10.655.963.150
Total Capital Adeudado	COP\$15.911.225.114

Ahora, en lo referente al cálculo y pago de intereses, debe recordarse que, las cláusulas 37 -en su literal b)- y 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006 fijaron expresamente el momento inicial de su liquidación y la tasa que habrá de considerarse a título de intereses remuneratorios y moratorios, respectivamente. Sobre el particular debe precisarse que la ANI ha realizado unos pagos en cumplimiento de sus obligaciones de reembolsar los aportes en exceso realizados por el concesionario y cubrir los intereses causados en razón de ello; sin embargo, existen controversias sobre la imputación de tales pagos, esto es, si se abonan a capital o a intereses, de ahí que se hubiere formulado una pretensión en la demanda arbitral reformada tendiente a que se declare si, en el evento de efectuarse pagos o abonos parciales a la deuda que tiene la entidad pública, los mismos deben imputarse al pago de intereses, primero, y luego, abonarse a capital, en los términos del artículo 1653 del Código Civil⁹⁰.

El Consejo de Estado ya se ha pronunciado a este respecto, concluyendo que, en aplicación del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es imperioso considerar lo dispuesto por el referido artículo 1653 del Código Civil cuando

⁹⁰ Art. 1653, Código Civil: “Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.
“Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados.”

se trata de imputar un pago efectuado por el deudor a intereses o a capital. En palabras del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se tiene lo siguiente:

“El estatuto de contratación de la administración pública no disciplinó de manera específica, como si lo hizo con el valor de los intereses y su forma de liquidación, el tema de la imputación de los pagos que la administración contratante hace al contratista. Ese vacío debe ser llenado con la preceptiva del artículo 1653 del C. Civil, que la regular el tema de la imputación del pago, establece: (...)”

“La aplicación de esta disposición a las obligaciones surgidas de los contratos estatales, esto es aquellos celebrados por una entidad estatal y regidos por el estatuto de contratación de la administración pública, no se llama a duda, como quiera que expresamente el artículo 13 de ese estatuto dispone la aplicación a esos contratos, de la normatividad civil y comercial, en los temas no regulados por esa normativa, en cuanto prescribe: (...)”

“El estatuto de contratación de la administración pública no se ocupa del tema de la imputación de los pagos aunque es permanente la preocupación de la Ley 80 por establecer disposiciones que garanticen el pago oportuno de las obligaciones que surgen del contrato estatal, a través de normas a las que ya se hizo referencia. Así, en aplicación del artículo 13 referido y dado que el tema no está expresamente regulado en la norma, debe acudir al artículo 1653 del C. Civil, que se refiere a la forma como debe hacerse la imputación al pago, esto es, en primer lugar a intereses y luego a capital, dado que en este evento el acreedor no ha consentido en que la imputación sea directamente a capital.”⁹¹

En este entendimiento, se accederá a la pretensión vigésima séptima de la demanda arbitral reformada y, además, se tendrá en cuenta esta regla en lo que atañe al reconocimiento y cálculo de intereses en el caso concreto, lo cual se sustentará en el informe pericial rendido por Ernst & Young.

4.3.1. Intereses por aportes en exceso para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Alcance Básico

Respecto de los intereses causados sobre los fondeos en exceso realizados por la sociedad concesionaria para la adquisición de predios del Alcance Básico del proyecto, el dictamen⁹² encontró lo siguiente:

“Según lo indicado en la Aclaración 1 del Acta de Entendimiento No. 1 del 10 de abril de 2012, la deuda de capital al 27 de diciembre de 2011 era por COP\$19.161.787.624 y la deuda de intereses a la misma fecha ascendía a COP\$1.875.942.800, generando una deuda total de COP\$21.137.730.424. En dicho documento, las partes acordaron una condonación de intereses por COP\$388.421.448 quedando un saldo a pagar por parte de la ANI por COP\$20.649.308.976.”

“A la fecha de la aclaración 1 del Acta de Entendimiento No. 1, la ANI abonó la suma de COP\$21.894.047.282 a la deuda pendiente por concepto de predios, quedando un saldo a favor de la ANI por COP\$1.244.738.306. Posteriormente, por mutuo acuerdo entre las partes, dicho saldo a favor fue abonado al fondeo del 29 de diciembre de 2011, quedando una deuda a capital al 12 de abril de 2012 por COP\$2.755.261.694 e intereses a la

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de cinco (5) de julio de 2006. Exp. 24.812. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 535 y 536.

misma fecha por COP\$59.881.680 para una deuda total por COP\$2.815.143.374.

“Adicionalmente, de acuerdo con la certificación de la Fiduciaria Bancolombia No. C303700071-1125-18 del 4 de octubre de 2018 (ver Documento 10), la ANI realizó un abono el 5 de septiembre de 2018 por concepto de contingencia predial un total de COP\$3.181.092.158, de los cuales se abonan a la deuda del Alcance Básico, según la Resolución 1515 del 14 de agosto de 2018 de la ANI (ver Documento 11) un valor de COP\$1.747.505.436. Dicho abono fue aplicado a los intereses moratorios causados a la fecha como se detalla a continuación:

Cuadro 17. Cálculo del saldo a pagar por intereses del Alcance Básico

Fecha Fondo	Saldo a capital por Fondos Prediales	Intereses Remuneratorios (*)	Intereses Moratorios al 04/09/2018	Pago realizado por ANI el 05/09/2018	Intereses Moratorios		Saldo Total Intereses Remuneratorios + Moratorios al 30/09/2018
					Liquidación Intereses del 05/09/2018 al 30/09/2018	Saldo Intereses Moratorios al 30/09/2018	
29/12/2011	755,261,694	113,614,604	802,648,982	(802,648,982)	10,376,963	10,376,963	123,991,567
02/02/2012	2,000,000,000	299,137,918	2,090,698,534	(944,856,454)	27,479,120	1,173,321,200	1,427,459,118
29/09/2014	2,500,000,000	364,898,718	1,348,650,743	-	34,348,900	1,382,999,643	1,747,898,361
	5,255,261,694	777,651,240	4,241,998,259	(1,747,505,436)	72,204,983	2,566,697,806	3,344,349,046

Fuente: EY, con base en información suministrada por el Concesionario.

(*)De acuerdo con lo definido en la cláusula 37 del Alcance básico, los intereses remuneratorios se causan desde la fecha de depósito y hasta 18 meses después.

Los resultados expuestos en el informe pericial dan cuenta del valor que adeuda la ANI por concepto de intereses remuneratorios y moratorios, sobre los aportes realizados en exceso por el concesionario para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Alcance Básico del proyecto. Estos intereses, a 30 de septiembre de 2018, ascienden a la suma de **COP\$3.344.349.046**. En estos términos y conforme a la prueba pericial, se accederá a la pretensión declarativa vigésima octava de la demanda arbitral reformada, aclarando al respecto que la suma anteriormente indicada es la correcta.

Ahora bien, como la liquidación efectuada por la firma experta tiene como fecha última el 30 de septiembre de 2018, es menester realizar el cálculo de los intereses moratorios respectivos desde ese momento hasta la fecha del presente Laudo Arbitral, recordando que, conforme al contrato, las partes fueron explícitas en convenir que los intereses moratorios se reconocerían y pagarían a una tasa equivalente al ((DTF + 5) x 2) -cláusula 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007-. De acuerdo con lo anterior, el resultado concreto es el siguiente en lo que respecta a los fondeos en exceso adeudados frente al Alcance Básico del proyecto:

fecha fondeo	Saldo a capital por fondeos prediales	Intereses remunerados	Saldo intereses moratorios al 30/SEP/2018	Interes moratorio 1/OCT/2018 al 31-ENE-2020	TOTAL
29/12/2011	755.261.694	113.614.604	10.376.963	175.441.473	1.054.694.734
02/02/2012	2.000.000.000	299.137.918	1.173.321.200	464.584.591	3.937.043.709
29/09/2014	2.500.000.000	364.898.718	1.382.999.643	580.730.739	4.828.629.100
TOTAL	5.255.261.694	777.651.240	2.566.697.806	1.220.756.803	9.820.367.543

Incluyendo, entonces, capital, intereses remuneratorios e intereses moratorios a la fecha del presente Laudo Arbitral, se tiene como resultado la suma de Nueve Mil Ochocientos Veinte Millones Trescientos Sesenta y Siete Mil Quinientos Cuarenta y Tres Pesos M/Cte. (\$9.820.367.543), a cuyo pago será condenada la entidad pública en favor de la sociedad concesionaria.

Por su parte, en cuanto a la pretensión trigésima principal, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y pago de los intereses remuneratorios y moratorios calculados sobre la suma de COP\$3.838.212.376 que fue devuelta por el concesionario a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, luego de haber utilizado dichos recursos para la adquisición de predios del Adicional No. 3, es menester considerar que, si bien este valor fue tenido y aplicado como aporte en exceso para cubrir el riesgo predial del alcance básico luego de su devolución a la subcuenta de origen el 15 de febrero de 2012 -de lo cual dio cuenta la firma Ernst & Young⁹³- (pretensiones vigésima primera y vigésima segunda), no se tiene certeza del momento o los momentos en que este preciso valor fue reembolsado al concesionario, lo cual significa que no existen parámetros claros y debidamente sustentados que permitan efectuar los cálculos atinentes a los intereses deprecados.

En efecto, está demostrado en el proceso que el particular contratista realizó la devolución de estos recursos a la subcuenta de predios original -luego de su equivocada utilización en la compra de predios requeridos para la ejecución del Adicional No. 3- y, también, está probado que dicho valor está contenido en el total de los COP\$29.500.000.000 correspondientes a los aportes en exceso realizados por la concesionaria en nombre de la ANI para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Alcance Básico. Sin embargo, no hay precisión ni parámetros ciertos para determinar el momento en que la suma de COP\$3.838.212.376 fue objeto de reembolso por parte de la entidad pública contratante.

Lo que podría colegirse sobre este particular, efectuando una revisión detallada y minuciosa de las pruebas del proceso es que, el referido valor de COP\$3.838.212.376 fue reembolsado al contratista con anterioridad al corte realizado por la firma Ernst & Young (30 de septiembre de 2018), de acuerdo con lo cual concluyó que, para esa fecha, sólo se adeudaba por parte de la ANI un saldo de COP\$5.255.261.964 (saldo a capital por fondeos prediales), en el cual no está contenido el valor de COP\$3.838.212.376 antes mencionado. Basta revisar el Cuadro 17⁹⁴ que fue relacionado páginas atrás, para advertir los valores que componen el saldo que sigue insoluto o que está pendiente de reembolsar por la concreción del riesgo de adquisición de predios para el Alcance Básico del proyecto, el cual fue segregado así:

Cuadro 17. Cálculo del saldo a pagar por intereses del Alcance Básico

Fecha Fondeo	Saldo a capital por Fondeos Prediales	Intereses Remuneratorios (*)	Intereses Moratorios al 04/09/2018	Pago realizado por ANI el 05/09/2018	Intereses Moratorios		Saldo Total Intereses Remuneratorios + Moratorios al 30/09/2018
					Liquidación Intereses del 05/09/2018 al 30/09/2018	Saldo Intereses Moratorios al 30/09/2018	
29/12/2011	755,261,694	113,614,604	802,648,982	(802,648,982)	10,376,963	10,376,963	123,991,567
02/02/2012	2,000,000,000	299,137,918	2,090,698,534	(944,856,454)	27,479,120	1,173,321,200	1,427,459,118
29/09/2014	2,500,000,000	364,898,718	1,348,650,743	-	34,348,900	1,382,999,643	1,747,898,361
	5,255,261,694	777,651,240	4,241,998,259	(1,747,505,436)	72,204,983	2,566,697,806	3,344,349,046

Fuente: EY, con base en información suministrada por el Concesionario.

(*)De acuerdo con lo definido en la cláusula 37 del Alcance básico, los intereses remuneratorios se causan desde la fecha de depósito y hasta 18 meses después.

En este orden de ideas, pese a quedar en evidencia que el 15 de febrero de 2012, la sociedad concesionaria devolvió a la Subcuenta 2 del Fideicomiso la suma de COP\$3.838.212.376, constituyendo esta fecha un posible parámetro inicial para computar los intereses a que hubiere lugar, no se tiene certeza de la fecha última correspondiente para el caso concreto al

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 538.

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 536.

momento en que la ANI efectuó el reembolso de estos recursos al particular contratista. Estas consideraciones son suficientes para advertir que no le asiste razón a la convocante al pedir el reconocimiento y pago de intereses remuneratorios y moratorios a la fecha del Laudo, toda vez que, lo que sí está claro, es que la ANI efectuó el reembolso de la suma en cuestión antes del 30 de septiembre de 2018.

Así las cosas, ante la falta de información y probanza atinente a este preciso aspecto y por la imposibilidad que ello supone para realizar un cálculo independiente o separado sobre el eventual reconocimiento de intereses remuneratorios o moratorios respecto del fondeo en exceso por la suma de COP\$3.838.212.376, la pretensión trigésima de la demanda arbitral reformada será negada.

4.3.2. Intereses por aportes en exceso para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Otrósí No. 3

En relación con los intereses, remuneratorios y moratorios, causados a raíz de los aportes en exceso realizados para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Otrósí No. 3, la firma Ernst & Young expuso en su informe pericial que:

“De acuerdo con la Resolución No. 603 de 2017 de la ANI (ver Documento 12), en el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1082 del 18 de julio de 2016 de la ANI, fue reconocido un abono por COP\$4.465.925.994 con cargo al fondo de contingencias, por fondeos a la subcuenta predial del Otrósí No. 3 y los cuales fueron aplicados en su totalidad a los intereses causados al 11 de agosto de 2017. La liquidación de intereses a cargo de la ANI por los fondeos prediales del Otrósí No. 3 se detalla a continuación:

Cuadro 18. Cálculo del saldo a pagar por intereses del Otrósí No. 3¹³

Fecha Fondeo	Saldo a capital por Fondeos Prediales	Intereses Remuneratorios	Intereses Moratorios				Saldo Total Intereses Remuneratorios + Moratorios al 04/09/2018
			Intereses Moratorios al 11/08/2017	Pago realizado por la ANI el 12/08/2017	Liquidación Intereses del 12/08/2017 al 04/09/2018	Saldo Intereses Moratorios al 04/09/2018	
26/02/2013	147,116,530	19,860,924	93,503,925	(93,503,021)	31,861,683	31,862,587	51,723,511
11/03/2013	20,841,760	2,824,061	13,078,757	(13,078,629)	5,182,033	5,182,161	8,006,222

Fecha Fondeo	Saldo a capital por Fondeos Prediales	Intereses Remuneratorios	Intereses Moratorios				Saldo Total Intereses Remuneratorios + Moratorios al 04/09/2018
			Intereses Moratorios al 11/08/2017	Pago realizado por la ANI el 12/08/2017	Liquidación Intereses del 12/08/2017 al 04/09/2018	Saldo Intereses Moratorios al 04/09/2018	
02/04/2013	10,488,004,860	1,416,212,483	6,469,126,204	(4,359,344,344)	2,271,434,036	4,381,215,896	5,797,428,379
	10,655,963,150	1,438,897,468	6,575,708,886	(4,465,925,994)	2,308,477,752	4,418,260,644	5,857,158,112

Fuente: EY, con base en información suministrada por el Concesionario.

“Adicionalmente, de acuerdo con la certificación de la Fiduciaria Bancolombia No. C303700071-1125-18 del 4 de octubre de 2018, la ANI realizó un abono a la deuda el 5 de septiembre de 2018 por concepto de contingencia predial un total de COP\$3.181.092.158, de los cuales se abonan a la deuda del Otrósí No. 3, según la Resolución 1515 del 14 de agosto de 2018 de la ANI (ver Documento 11) un valor de COP\$1.433.586.722. Dicho abono fue aplicado a los intereses moratorios causados a la fecha como se detalla a continuación:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Cuadro 19. Cálculo del saldo a pagar por intereses del Otrosí No. 3¹⁴

Fecha Fondeo	Saldo a capital por Fondeos Prediales	Intereses Remuneratorios (*)	Intereses Moratorios al 04/09/2018	Pago realizado por ANI el 05/09/2018	Intereses Moratorios		Saldo Total Intereses Remuneratorios + Moratorios al 30/09/2018
					Liquidación Intereses Moratorios del 05/09/2018 al 30/09/2018	Saldo Intereses Moratorios al 30/09/2018	
26/02/2013	147,116,530	19,860,924	31,862,587	(31,862,587)	2,021,316	2,021,316	21,882,240
11/03/2013	20,841,760	2,824,061	5,182,161	(5,182,161)	286,357	286,357	3,110,418
02/04/2013	10,488,004,860	1,416,212,483	4,381,215,896	(1,396,541,974)	144,100,572	3,128,774,494	4,544,986,977
	10,655,963,150	1,438,897,468	4,418,260,644	(1,433,586,722)	146,408,245	3,131,082,167	4,569,979,635

Fuente: EY, con base en información suministrada por el Concesionario.

(*)De acuerdo con lo definido en la cláusula 37 del Alcance básico, los intereses remuneratorios se causan desde la fecha de depósito y hasta 18 meses después.

Los resultados expuestos en el informe pericial dan cuenta del valor que adeuda la ANI por concepto de intereses remuneratorios y moratorios, sobre los aportes realizados en exceso por el concesionario para cubrir el riesgo de adquisición de predios del Otrosí No. 3. Estos intereses, a 30 de septiembre de 2018, ascienden a la suma de **COP\$4.569.979.635**. En estos términos y conforme a la prueba pericial, se accederá a la pretensión vigésima novena de la demanda arbitral reformada.

Al igual de lo efectuado párrafos atrás para el Alcance Básico del proyecto, como la liquidación efectuada por la firma experta tiene como fecha última el 30 de septiembre de 2018, es menester realizar el cálculo de los intereses moratorios respectivos desde ese momento hasta la fecha del presente Laudo Arbitral, recordando que, conforme al contrato, las partes fueron explícitas en convenir que los intereses moratorios se reconocerían y pagarían a una tasa equivalente al $((DTF + 5) \times 2)$ -cláusula 56 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007-. De acuerdo con lo anterior, el resultado concreto es el siguiente en lo que respecta a los fondeos en exceso adeudados frente al Otrosí No. 3 del proyecto:

fecha fondeo	Saldo a capital por fondeos prediales	Intereses remunerados	Saldo intereses moratorios al 30/SEP/2018	Interes moratorio 1/OCT/2018 al 31-ENE-2020	TOTAL
26/02/2013	147.116.530	19.860.924	31.862.587	34.174.036	233.014.077
11/03/2013	20.841.760	2.824.061	5.182.161	4.841.380	33.689.362
02/04/2013	10.488.004.860	1.416.212.483	4.381.215.896	2.436.282.725	18.721.715.964
TOTAL	10.655.963.150	1.438.897.468	4.418.260.644	2.475.298.142	18.988.419.404

Incluyendo, entonces, capital, intereses remuneratorios e intereses moratorios a la fecha del presente Laudo Arbitral, se tiene como resultado la suma de Dieciocho Mil Novecientos Ochenta y Ocho Millones Cuatrocientos Diecinueve Mil Cuatrocientos Cuatro Pesos M/Cte. (\$18.988.419.404), a cuyo pago será condenada la entidad pública en favor de la sociedad concesionaria.

4.3.3. En la pretensión trigésima primera principal que propone la sociedad convocante, se pide al Tribunal que declare la causación de intereses remuneratorios y moratorios, así como la condena al pago de los mismos, con ocasión del depósito judicial que efectuó la concesionaria a órdenes del Juzgado Primero Civil del Circuito. Sobre este particular, el Tribunal analizó lo referente a la pretensión vigésima tercera y encontró probado que, en efecto, el giro o la operación fiduciaria por la suma de COP\$1.264.583.180 se efectuó desde una subcuenta distinta a la Subcuenta Predial del Alcance Básico del Proyecto.

No obstante lo anterior, se advierte que la referida pretensión trigésima primera es consecencial o se deriva, necesariamente, de lo que pedía la convocante en la pretensión vigésima cuarta principal que fue objeto de desistimiento expreso, el cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto

de cinco (5) de agosto de 2019. En efecto, si se tiene en cuenta que los intereses pedidos en la pretensión trigésima primera de la demanda se fundamentan, precisamente, en el supuesto aporte en exceso a que se refería la pretensión vigésima cuarta desistida, es claro que, al no tenerse certeza de lo acontecido sobre el pedimento declarativo en mención, no pueden reconocerse los intereses que tienen origen en la misma. Por estas razones, la referida pretensión trigésima primera será negada y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

C. Cuestión arbitrable sobre la concreción del riesgo atinente a los costos y gastos de orden ambiental y sobre el manejo de las subcuentas dispuestas para el efecto

Una de las controversias suscitadas en el marco del presente trámite arbitral refiere al asunto ambiental, concretamente, a la presunta concreción del riesgo que atañe a la necesidad de recursos para atender los distintos requerimientos que en este sentido se han advertido durante la ejecución del proyecto y, puntualmente, en lo que tiene que ver con el Adicional No. 3. Sobre este preciso aspecto gira el debate propuesto por la sociedad convocante, quien pide la declaratoria de la mencionada contingencia y el reconocimiento de los recursos que en exceso depositó para cubrir el riesgo en temas ambientales que -a juicio suyo- le corresponde asumir a la entidad contratante.

Además de lo anterior, en la demanda de reconvención propuesta por la ANI, su apoderado judicial también formuló una serie de pretensiones en materia ambiental, alegando al respecto que la sociedad concesionaria, supuestamente, no realizó un debido manejo de los recursos depositados en las subcuentas dispuestas en el contrato para cubrir las obligaciones de orden ambiental, solicitando por ello una declaratoria de incumplimiento contractual y el respectivo reconocimiento de perjuicios en su favor.

De manera concreta, los pedimentos planteados por ambas partes del proceso son los siguientes:

1. La controversia propuesta en la demanda arbitral reformada

El apoderado judicial de la sociedad concesionaria planteó en su demanda arbitral reformada varias pretensiones referidas a la presunta ocurrencia del riesgo ambiental, aduciendo en este sentido que, luego de realizar los aportes que por tal concepto le correspondían conforme a lo estipulado en el Adicional No. 3, debió efectuar depósitos adicionales o en exceso que la ANI no ha reembolsado y, por ende, depreca ante este Tribunal la declaratoria correspondiente. En las mencionadas pretensiones se pide:

“CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Solicito que se DECLARE que el CONCESIONARIO cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.721.975.506, a precios corrientes, en la “Subcuenta Ambiental del Adicional No. 3” del Fideicomiso, para financiar los gastos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas de licencias ambientales, plan de manejo ambiental y gestión social en lo relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos de la autoridad ambiental; como estaba pactado en el mencionado adicional, así como que depositó la suma adicional de \$961.530.268, a pesos corrientes, que correspondió al 20% adicional del valor del depósito pactado y que fuera el “Riesgo por Obligaciones Ambientales” asignado y asumido por el CONCESIONARIO en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 (Cláusulas 5ª y 25).

“CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Que se DECLARE que, con corte a 31 de octubre de 2018, el CONCESIONARIO efectuó fondeos en exceso a la subcuenta ambiental del adicional 3 del Fideicomiso, en un porcentaje superior al 120% del valor del fondeo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, para el cumplimiento de las obligaciones ambientales, que corresponden al “Riesgo por Obligaciones Ambientales” del mencionado adicional, asumido contractualmente por la ANI, por la suma de \$2.682.759.162, valor que la ANI no ha reembolsado al CONCESIONARIO.

“CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Solicito que se DECLARE la ocurrencia del “Riesgo por Obligaciones Ambientales” a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, pactado en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Primera del contrato Adicional 3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que el CONCESIONARIO depositó, a pesos corrientes, \$2.682.759.162 como suma adicional en exceso a las que asumió como su riesgo (20%).

“CUADRAGÉSIMA QUINTA.- Solicito que, como consecuencia de las anteriores pretensiones (42, 43 y 44), se CONDENE a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al CONCESIONARIO la suma de \$2.682.759.162, que corresponde al “Riesgo por Obligaciones Ambientales” del Adicional 3 a ella asignado, más los intereses remuneratorios y moratorios pactados, liquidados desde la fecha del último depósito y hasta la fecha de pago.”

Son concretos los pedimentos antes relacionados, los cuales exigen del Tribunal un estudio específico de las condiciones contractuales fijadas en el Adicional No. 3, en conjunto con el clausulado general contenido en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, a efectos de establecer si, en efecto, el riesgo ambiental se concretó en los términos en que se aduce en la demanda y si hay lugar por ello a efectuar reconocimientos económicos en favor de la sociedad concesionaria.

La convocante da cuenta en su demanda del adelanto de distintas gestiones administrativas ante la entidad, con el propósito de exponer lo acontecido con la contingencia en cuestión y solicitar directamente el pago de las sumas que en exceso fondeó para cubrir las actividades de orden ambiental, sin obtener respuesta positiva a sus pedimentos. También indica que, antes de proceder a realizar los depósitos correspondientes, solicitó expresamente ante la interventoría y la ANI la autorización para proceder de conformidad, pero que no obtuvo respuesta oportuna al respecto y se vio obligada a formalizar la configuración de un silencio administrativo positivo que le sirviera de sustento para efectuar los fondeos respectivos.

De otra parte, luego de realizados los fondeos, reprocha la convocante la postura asumida por la entidad contratante al oponerse al reembolso de los valores depositados en exceso, argumentando que los mismos no eran necesarios para cubrir costos o gastos adicionales de orden ambiental. En particular, se indica en la demanda arbitral reformada que, no se entiende como la ANI, *“... afirmara que los pagos referidos a los estudios de impacto ambiental, licencias ambientales, monitoreo, estudio arqueológico, adecuación de terrenos y construcción de viviendas ordenadas en la licencia ambiental, etc., se tuvieran como no relacionados con el componente ambiental y social”*⁹⁵.

⁹⁵ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 351.

En el escrito de contestación de la demanda presentado por el apoderado judicial de la ANI no se propuso excepción de mérito alguna relacionada con este asunto en particular. Simplemente, al hacer mención a las pretensiones antes citadas, la convocada manifiesta que se opone a todos y cada uno de tales pedimentos, argumentando al respecto que las sumas supuestamente aportadas por el concesionario para cubrir el riesgo ambiental no están soportadas en debida forma, toda vez que no existe claridad frente a las actividades que presuntamente fueron pagadas con estas sumas y a la necesidad de las mismas. Para soportar estas afirmaciones, la convocada refiere al Informe rendido por la Firma Interventora el 18 de abril de 2018, donde -dice la demandada- se expone con precisión lo sucedido respecto de los costos y gastos de orden ambiental en el marco del proyecto.

Las alegaciones expuestas por la entidad pública contratante fueron apoyadas de alguna manera por el Señor Agente del Ministerio Público en su concepto, toda vez que, de manera expresa, señaló que las pretensiones formuladas por la concesionaria en relación con el riesgo ambiental y los supuestos valores depositados en exceso para cubrir esta contingencia deben ser despachadas desfavorablemente. Específicamente, el señor Procurador indicó:

“Ahora bien, de conformidad con la comunicación del 12 de marzo de 2018 remitida por la interventoría del contrato a la ANI, resulta claro que en algunos casos la concesionaria se apartó de las cláusulas contractuales y realizó imputaciones a la subcuenta extrañas a su finalidad, por lo que los recursos deberán ser reembolsados a las cuentas que correspondan. Sobre este particular, resulta importante señalar que la concesionaria no controvertió puntualmente cada una de las operaciones observadas por la interventoría, por manera que las afirmaciones de esta comportarían plena prueba, dentro de este proceso arbitral de lo por ella afirmado.”

“Adicionalmente, ante la ausencia de claridad sobre el monto de los recursos efectivamente destinados a las actividades ambientales propiamente dichas, no resulta evidente la concreción del riesgo ambiental a cargo de la ANI, por lo cual las pretensiones que en ese sentido se formularon deberán ser despachadas desfavorablemente.”

2. La controversia propuesta en la demanda de reconvención reformada

En la oportunidad correspondiente, la entidad convocada presentó reforma de su demanda de reconvención, formulando en dicho documento procesal las siguientes pretensiones:

“Primera.- Que se declare que las Cláusulas 22 y 23 del Contrato de Concesión 002 de 2007 prevén la forma en la que se deben administrar y manejar las subcuentas ambientales.”

“Segunda.- Que se declare que la Sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. realizó pagos haciendo uso de los recursos de las subcuentas ambientales, sin que dichos pagos correspondieran con la destinación dada en el Contrato a dicha subcuenta.”

“Tercera.- Que se declare que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., incumplió el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 al hacer uso indebido de los recursos de la subcuenta ambiental.”

“Cuarta.- Que se declare que, como consecuencia de la pretensión anterior, el Concesionario debe reembolsar a las subcuentas ambientales correspondientes, el dinero pagado de dicha subcuenta por conceptos diferentes a los indicados en la Cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

“Quinta.- Que se declare que, como consecuencia de la utilización indebida de las subcuentas ambientales, el pago de las obligaciones de esta subcuenta no excedió la suma asignada al Concesionario en la Cláusula 22.7 del Contrato para los costos ambientales, razón por la cual la ANI no tiene obligación de cubrir dichos valores.

“Sexta.- Que se declare que, al no haberse excedido el valor de los fondeos asignados por el Contrato al Concesionario, no se activó el riesgo ambiental en cabeza de la ANI.

“Séptima.- Que se declare que, al capital que debe ser reembolsado por el Concesionario se deben aplicar los intereses previstos en la Cláusula 56 del Contrato de Concesión 002 de 2007.

“Octava.- Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se CONDENE a Autopistas de la Sabana S.A.S. a reembolsar en las subcuentas ambientales las sumas de \$32.033.619.743,58 por los siguientes conceptos:

LIQUIDACIÓN DE DEUDA A FAVOR DE LA ANI	
Capital Inicialmente Autorizado	\$ 18.794.984.440,00
Intereses remuneratorios	\$ 2.801.051.308,30
Intereses moratorios	\$ 10.437.583.995,28
Total	\$ 32.033.619.743,58

Fuente: Cálculos de la Interventoría con base en información de Interventoría y ANI de Órdenes de Pago Revisadas

“Novena.- Que se declare que, el Concesionario realizó fondeos en la Subcuenta 1 de interventoría que no estaban certificados por la fiduciaria administradora del patrimonio autónomo.

“Décima.- Que se condene en Costas y Agencias en Derecho a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S.”

Lo deprecado en estos términos por la convocada y demandante en reconvencción tiene una estrecha relación con las pretensiones planteadas por la sociedad concesionaria en materia de riesgo ambiental. En efecto, lo pedido en la reconvencción tiene el claro propósito de sentar oposición respecto de los planteamientos del contratista y a poner de presente un supuesto incumplimiento atribuible a éste por no destinar, adecuadamente, los fondeos realizados a las subcuentas ambientales.

La demandante en reconvencción aduce como fundamento de sus pretensiones que, luego de una auditoría realizada por la firma interventora en relación con las distintas subcuentas ambientales del proyecto, se evidenció que, *“... gran parte de los pagos realizados mediante las subcuentas ambientales corresponden a gastos que el Concesionario debía cubrir desde los recursos de la subcuenta principal, concluyendo que el monto de los pagos que no cumplen con el uso contractual de la subcuenta ambiental asciende a \$18.794.984.440”*.

La sociedad concesionaria, demandada en reconvencción, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda de la ANI y, en el escrito de contestación respectivo, propuso las siguientes excepciones de mérito:

- **“3.1. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO DE RECURSOS A LAS SUBCUENTAS AMBIENTALES DEL FIDEICOMISO”**

A juicio de la sociedad demandada en reconvención, no existe estipulación contractual alguna que establezca a su cargo la obligación de reembolsar a las subcuentas ambientales unas sumas con las que se pagaron, seis (6) años antes, una serie de actividades, bienes y servicios ejecutados con el propósito de cumplir los requerimientos dispuestos por la licencia ambiental, el plan de manejo ambiental y el plan de gestión ambiental.

- **“3.2. EXCEPCIÓN DE “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”**

Se indica en este sentido que, luego de efectuados los gastos con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto, ya acaecieron más de dos (2) años que corresponde al término de caducidad dispuesto para el ejercicio del medio de control de controversia contractuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Resalta el apoderado judicial en este sentido que, solo hasta el 7 de julio de 2016, la ANI encomendó a la firma interventora que efectuara la auditoría de las subcuentas ambientales, fecha para la cual habían transcurrido ya muchos años de la ejecución de las actividades de orden ambiental y de los pagos respectivos.

- **“3.3. EXCEPCIÓN DE “SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO”**

Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la convocante aduce que, el efecto de silencio administrativo positivo que prevé dicha disposición, se concretó o se configuró para la petición formalmente presentada ante la ANI el ocho (8) de junio de 2016, a través de la cual se había solicitado autorización a la entidad para fondear la Subcuenta Ambiental del Adicional No. 3, por la suma de \$1.151.679.831.

Para la concesionaria, luego de vencido el término de tres (3) meses contemplado en la norma antes mencionada, se configuró en favor suyo el denominado silencio administrativo positivo y, por ende, al entenderse conferida la autorización para realizar el fondeo en cuestión, procedió a efectuar el depósito en la Subcuenta Ambiental del Adicional No. 3.

- **“3.4. EXCEPCIÓN “DE EFECTO DE COSA JUZGADA POR CONCILIACIÓN JUDICIAL”**

El apoderado judicial de la convocante hace mención en este punto al Acuerdo de Conciliación celebrado entre los contratantes el seis (6) de noviembre de 2015, cuyo contenido fue formalizado en el Otrosí No. 7 de 11 de diciembre de 2015. Con fundamento en lo convenido en este acuerdo, se aduce que toda diferencia de orden contractual relacionada con la concesión vial Córdoba – Sucre quedó zanjada en esa oportunidad, salvo unas precisas materias que no tienen relación con el manejo de los recursos en las Subcuentas Ambientales del contrato ni con la configuración del riesgo ambiental.

Así las cosas, la convocante considera que la controversia suscitada por la convocada en relación con asuntos de orden ambiental y, puntualmente, sobre la destinación de los recursos depositados para cubrir la contingencia

ambiental, ya fue objeto de acuerdo entre los contratantes con efecto de cosa juzgada.

- **“3.5. EXCEPCIÓN DE “INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS AMBIGUAS Y CONTRADICTORIAS DEL CONTRATO”**

De manera genérica, la sociedad controvierte la actuación de la firma interventora y de la entidad contratante al interpretar el contrato señalando que el concesionario no podía efectuar unos pagos relacionados con actividades de naturaleza ambiental, fundamentándose para ello en criterios que denomina extemporáneos y contrarios a las cláusulas del contrato.

- **“3.6. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE DAÑOS O PERJUICIOS CAUSADOS A LA ANI POR EL CONCESIONARIO AUTOPISTAS DE LA SABANA”**

La convocante hace consistir esta excepción en que, en su sentir, la sociedad contratista ha sido quien ha sufrido perjuicios tras abonar sumas en exceso para cubrir el riesgo ambiental que le correspondía asumir a la ANI. De esta forma, colige que ningún daño ha padecido la entidad contratante, pues los fondeos los ha realizado la concesionaria sin que le fueran reembolsadas las sumas respectivas.

- **“3.7. EXCEPCIÓN DE “LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y DE LA BUENA FE”**

En el marco del contrato, la entidad convocada asumió unos riesgos, entre los cuales está el riesgo ambiental, de acuerdo con lo cual debía asumir los aportes realizados en exceso por encima de un valor equivalente al (120%). No obstante ello, tras demostrarse que la concesionaria realizó dichos aportes en exceso cumpliendo el contrato, la entidad se ha negado a reconocerlos y a efectuar los reembolsos respectivos, incurriendo así en un enriquecimiento sin justa causa.

- **“3.8. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE REQUERIMIENTO POR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DE CONSTITUCIÓN EN MORA”**

La convocante alega como sustento de esta excepción que, entre el momento en que se suscribió el contrato de concesión y el 18 de abril de 2018, la ANI ni la Interventoría la requirieron ni le manifestaron diferencia alguna tendiente a controvertir “... que uno o algunos de los pagos que se habían realizado con cargo a las subcuentas ambientales no habría debido hacerse por no corresponder el gasto con la finalidad de la subcuenta y, por lo mismo, nunca solicitó que se reversara la operación o se hicieran los ajustes contables pertinentes o se hiciera reembolso alguno”.

- **“3.9. EXCEPCIÓN GENÉRICA”**

Se pide al Tribunal que declare cualquier circunstancia que pueda enervar las pretensiones de la demanda de reconvención.

3. Consideraciones del Tribunal de Arbitraje

3.1. Las obligaciones contractuales en materia ambiental y el riesgo tipificado, estimado y asignado en tal sentido

El Tribunal observa que las distintas pretensiones relacionadas en este acápite, tanto las planteadas por la sociedad convocante como las formuladas por la entidad pública convocada, deben ser tratadas conjuntamente al referirse todas ellas a una materia en particular referida a las obligaciones estipuladas contractualmente en materia ambiental y a la contingencia relacionada con dicho asunto. De comienzo debe resaltarse la importancia que denota el tema medioambiental en el marco de todo contrato de infraestructura vial, toda vez que, precisamente, uno de los ámbitos que siempre resultará impactado con la intervención del constructor corresponde al medio ambiente y a las condiciones que le son inherentes, las cuales, de una u otra forma, se ven alteradas con la ejecución de los distintos trabajos constructivos.

Tan cierto es lo anterior que, tratándose de las contingencias estudiadas o tenidas en cuenta en la estructuración de un proyecto de infraestructura, se ha concluido que el denominado riesgo medioambiental es intrínseco a este tipo de actividades, de manera que es imperioso considerar lo atinente a su tipificación, estimación y asignación durante la etapa previa de la contratación respectiva. En este sentido, la doctrina técnico-jurídica se ha referido a esta especial contingencia, así:

“La mayoría de los proyectos PPP implican un daño y por tanto, un riesgo medioambiental.

“Se entiende por riesgo medioambiental cualquier efecto sobre el medio ambiente que sea causado por el proyecto, y por tanto, se está en la obligación de cubrirlo.

“Este riesgo tiene una importancia creciente, siendo fundamental su correcta gestión de cara a la obtención de la estructura financiera que se desea para el proyecto.

*“La mayor parte de las instituciones financieras que otorgan financiación y que invierten en este tipo de proyectos, exigen una serie de estándares y compromisos, sin los cuales no otorgan ningún tipo de financiación.”⁹⁶ -
Subraya ajena al texto-*

Es claro, entonces, que existe una relación inescindible entre el desarrollo de proyectos de infraestructura y el medio ambiente, entendiendo al respecto que este último “... involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural”⁹⁷. En razón de lo anterior y, puntualmente, con el ánimo de salvaguardar en cada caso el ambiente y su conservación sostenible, todo proyecto de infraestructura prevé necesariamente la realización previa de los trámites ante las autoridades ambientales competentes, con el propósito de obtener la autorización que habilite al particular contratista y/o a la entidad dueña del proyecto a que efectúe las intervenciones en la zona de influencia del mismo.

⁹⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Olivia: Ob. Cit. 103 p.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 29 de abril de 2015. Rad. 2010-00217-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Se trata, generalmente, de la denominada licencia ambiental y de los planes de manejo ambiental y social, instrumentos definitivos que demarcan los requerimientos que habrá de atender el ejecutor de las obras para evitar la afectación del ambiente o compensar las alteraciones que produzcan sus intervenciones en el área de influencia del proyecto. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, estas autorizaciones previas en materia ambiental han sido previstas para precaver la realización de daños posibles, inminentes e irreparables sobre los recursos hídricos o demás componentes del medio ambiente⁹⁸.

Para el caso del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, lo atinente a las obligaciones de orden ambiental fue precisado por los contratantes en la cláusula 23 del texto contractual, estipulación en la cual se reguló todo lo concerniente a las responsabilidades de cada contratante frente a los asuntos de naturaleza ambiental y, además, el contenido y alcance del riesgo ambiental, el cual se pactó como compartido en un esquema muy parecido al contemplado para la contingencia de adquisición de predios antes analizada.

Para efectos de entender correcta y completamente este aspecto en particular, es preciso citar *in extensum* la referida cláusula 22, de la cual se resaltan los apartes que tienen marcada relevancia para analizar y resolver los distintos pedimentos formulados por las partes en materia ambiental. Esta cláusula 22⁹⁹ estipula lo siguiente:

“CLÁUSULA 22. MANEJO AMBIENTAL DEL PROYECTO

“22.1. De acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación y demás información disponible y la que EL CONCESIONARIO investiguen en materia ambiental referente al proyecto Córdoba – Sucre, este será el responsable de realizar las gestiones a que haya lugar para actualizar y/o obtener las Licencias y permisos ambientales que se requieran de acuerdo con la normatividad vigente.

“En el evento que la Licencia Ambiental sea expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial después del cierre de la licitación, y en la misma se requieran obras o medidas ambientales o sociales, no incluidas en el Estudio de Impacto Ambiental, el costo de las mismas será asumido en su totalidad por EL CONCESIONARIO de la siguiente manera:

“EL CONCESIONARIO deberá contemplar dentro de su estructura financiera el valor correspondiente a estas obras y cubrir el ciento por ciento (100%) del valor real de las medidas ambientales y sociales necesarias y exigidas para el proyecto, para lo que deberá depositar en la Subcuenta 5 del Fideicomiso el valor correspondiente.

“22.2. Durante la Etapa de Pre-Construcción, EL INCO tramitará ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la cesión de la Licencia Ambiental al CONCESIONARIO o la cesión de su trámite en caso que no se haya expedido la licencia, una vez realizada la gestión correspondiente por EL CONCESIONARIO, EL CONCESIONARIO acepta dicha cesión con la suscripción del presente CONTRATO. De obtenerse en este término la aprobación de la cesión de la Licencia Ambiental al CONCESIONARIO, este tramitará, por su cuenta y riesgo y en su propio nombre, las modificaciones que resulten necesarias a la misma de acuerdo

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 26 y siguientes.

con lo dispuesto en el Decreto 1220 de 2005 del MAVDT, la norma que lo modifique, sustituya o complemente, de conformidad, con los diseños definitivos elaborados por EL CONCESIONARIO, modificaciones que deberá obtener antes del inicio de las obras de los tramos a modificar. En caso de no haberse obtenido la aprobación de la Cesión de la Licencia Ambiental, EL CONCESIONARIO, tramitará, en todo caso, a su cosa y riesgo en nombre de EL INCO, las modificaciones a la Licencia Ambiental que resulten necesarias según los diseños definitivos elaborados por EL CONCESIONARIO y/o de acuerdo al aprovechamiento, uso o concesión de recursos naturales que para la ejecución del proyecto defina EL CONCESIONARIO. Modificación que deberá obtener previo a la iniciación de las obras de los tramos sobre los cuales haya realizado modificaciones o previo a la utilización, uso o aprovechamiento de los recursos naturales diferentes a los contemplados en la Licencia Ambiental.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso EL CONCESIONARIO deberá cumplir con todas las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulen la protección al Medio Ambiente y los recursos naturales.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: En todo caso EL CONCESIONARIO iniciará las obras de rehabilitación con independencia del trámite de Modificación de la Licencia Ambiental si hubiere lugar a ello, previo la obtención de los permisos para uso y aprovechamiento de recursos naturales necesarios para la Rehabilitación.

“22.3. Las tarifas que cobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Autoridad ambiental Regional Competente por los servicios de evaluación y seguimiento, así como las tasas por el uso y aprovechamiento de recursos naturales serán pagadas por EL CONCESIONARIO a su costa y riesgo y deberán ser consignadas por EL CONCESIONARIO en la Subcuenta 5, adicionalmente a los recursos previstos.

“22.4. EL CONCESIONARIO, bien sea que se haya efectuado la cesión de la Licencia Ambiental o que el titular de la misma continúe siendo EL INCO, en virtud de la celebración de este CONTRATO asume todos los derechos y obligaciones derivados de dicha licencia, del Estudio de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo Ambiental con sus respectivas modificaciones. En el evento que la Licencia Ambiental continúe en cabeza de EL INCO, este tramitará el otorgamiento de un poder a favor de EL CONCESIONARIO, con el fin de que EL CONCESIONARIO pueda adelantar en nombre de EL INCO, las modificaciones a la Licencia Ambiental necesarias. Para llevar a cabo la cesión se requerirá de la autorización previa del Ministerio del Medio Ambiente, según los términos del artículo 25 del Decreto 1728 de 2002 y esta cesión se entenderá aceptada por EL CONCESIONARIO desde la suscripción de EL CONTRATO de Concesión.

“22.5. El cumplimiento de las normas ambientales aplicables a los procesos constructivos de EL CONCESIONARIO, serán del exclusivo costo y riesgo de EL CONCESIONARIO.

“Por lo tanto, EL CONCESIONARIO deberá realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de las normas ambientales vigentes, incluyendo el trámite y obtención de los permisos, licencias, concesiones y demás trámites y autorizaciones necesarios para la ejecución de las actividades señaladas en el párrafo anterior y para la ejecución del proyecto. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de EL CONCESIONARIO, no generará compensación ni indemnización alguna a cargo de EL INCO y su falta de cumplimiento será un incumplimiento al presente CONTRATO. Dentro de las actividades a que se refiere este numeral se incluyen, sin limitarse a ellas, las siguientes:

- “- Explotación de fuentes de materiales de peña o aluviales, propios o de terceros.
- “- Disposición de material sobrante de las excavaciones.
- “- Explotación de fuentes de agua bien sea superficial o subterránea.
- “- Ocupación temporal o definitiva de cauces.
- “- Vertimientos sólidos y líquidos.
- “- Emisiones gaseosas y emisión de ruido.
- “- Instalación y operación de campamentos, centros de control de operación.
- “- Operación de áreas de servicio.
- “- Ocupación de zonas para obras o almacenamientos provisionales.
- “- Aprovechamiento forestal.
- “- Transporte de materiales.
- “- Uso de infraestructura de cualquier tipo.

“22.6. EL CONCESIONARIO deberá mantener, a su costa, una Oficina Fija de Atención a la Comunidad y una Oficina Móvil de Atención a la Comunidad para sus relaciones con la comunidad en la zona del Proyecto, atendida como mínimo por un profesional del área social, profesional que debe cumplir como mínimo con el perfil establecido por EL INCO para los coordinadores sociales regionales. Esta oficina cumplirá con las funciones de gestión social previstas en la Licencia Ambiental, y en el Plan de Manejo Ambiental. Estas labores se adelantarán en permanente coordinación con el Grupo de Territorio de EL INCO o la dependencia encargada de dichas funciones.

“EL CONCESIONARIO, a partir del inicio de la Etapa de Pre-Construcción, con el fin de cumplir con la medida de compensación forestal y realizar el manejo paisajístico, establecerá un vivero forestal en el área de influencia directa del proyecto, para la producción suficiente de especies nativas a ser trasplantadas durante la Etapa de Construcción y deberá mantenerlo a lo largo de la Etapa de Operación, para las resiembras y redoblamiento de las zonas verdes y cuencas con influencia en el corredor vial.

“22.7. Los costos derivados el cumplimiento de las obligaciones ambientales de EL CONCESIONARIO que se desprenden de las obras y medidas ambientales definidas en el Estudio de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo Ambiental, con sus modificaciones, correspondientes a las obras de construcción, rehabilitación y operación, serán asumidos así:

“Para efecto de este contrato los mencionados costos por las obligaciones ambientales definidas en el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, incluidos se estiman en la suma de CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.831.000.000) del 31 de diciembre de 2005, los cuales serán asumidos por EL CONCESIONARIO, quien deberá depositar dicha suma en la Subcuenta 5 del Fideicomiso, dentro de los quince (15) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Acta de Inicio de la Ejecución de EL CONTRATO y de la Etapa de Pre-Construcción:

“a) EL CONCESIONARIO cubrirá, adicionalmente a la cifra señalada anteriormente, hasta un exceso equivalente al veinte por ciento (20% del valor antes señalado, para lo que deberá depositar en la Subcuenta 5 del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso.

“b) Si el exceso requerido supera el veinte por ciento (20%) de la cifra anteriormente señalada, EL CONCESIONARIO depositará en la Subcuenta 5 del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso y EL INCO reembolsará al CONCESIONARIO, dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha del depósito, con recursos de su propio presupuesto y reconociendo una tasa de interés igual al DTF + 5, la suma que resulte de restar del valor total del exceso,

el valor que asumirá EL CONCESIONARIO (veinte por ciento (20%) según lo indicado en el numeral (a) anterior).

“Los CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.831.000.000) antes señalados no cubren los costos incluidos dentro de los presupuestos ordinarios de obra como son: el acarreo de materiales bien sea hacia los frentes de obra o de estos hacia los sitios de disposición de sobrantes o botaderos; empradización de taludes, construcción de obras de contención, drenajes y subdrenajes y en general las medidas para garantizar la estabilidad y conformación de taludes y sitios de disposición de sobrantes. Estos costos deberán ser asumidos por EL CONCESIONARIO con cargo a los aportes de capital que el mismo realice a la Subcuenta Principal.

“En caso que la autoridad ambiental en la licencia ambiental requiera la implementación de medidas ambientales y sociales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental, con el fin de establecer el porcentaje de la diferencia que deberá asumir EL CONCESIONARIO, según lo establecido en este numeral, EL CONCESIONARIO deberá presentar al INCO el presupuesto de las medidas no contempladas en el estudio ambiental dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que obtenga la licencia ambiental. Si a la firma de EL CONTRATO ya existe la licencia ambiental, el costo de las medidas no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental deberá ser entregado al INCO con la entrega de los estudios y diseños.

“EL INCO dispondrá de treinta (30) días hábiles para manifestar su aprobación o para formular observaciones o solicitar aclaraciones y/o modificaciones al presupuesto. EL CONCESIONARIO dispondrá de un plazo de quince (15) días hábiles para resolver las observaciones o solicitudes de aclaración y/o modificaciones realizadas una vez se presenten. Si en este plazo EL CONCESIONARIO no da respuesta satisfactoria al INCO se considerará incumplimiento de EL CONTRATO.

“22.8. El manejo social del proyecto en lo relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos que haga la autoridad ambiental será responsabilidad de EL CONCESIONARIO y se adelantarán con cargo a la Subcuenta 5. En relación con las obligaciones definidas en el Anexo 9, El Plan Social Básico estará a cargo de EL CONCESIONARIO y se adelantará por su cuenta y riesgo. Para el manejo de la gestión social del proyecto EL CONCESIONARIO deberá presentar al INCO y al interventor, un Plan Social Básico, dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución de EL CONTRATO. Este plan deberá ser elaborado por EL CONCESIONARIO, de conformidad con los términos de referencia para la elaboración del Plan Social Básico incluidos como Anexo No. 9 de EL CONTRATO y deberá ser ajustado al inicio de cada una de las etapas del Proyecto, o por las modificaciones en las condiciones del Proyecto. EL INCO y el Interventor podrán formular observaciones al Plan Social Básico propuesto por EL CONCESIONARIO dentro de los diez (10) días hábiles siguientes su presentación. En caso de no existir observaciones dentro del plazo antes señalado, EL CONCESIONARIO deberá iniciar la ejecución del Plan Social Básico presentado, sin perjuicio de que con posterioridad a esta fecha EL INCO o el Interventor realicen observaciones al mismo. El Plan Social Básico, deberá cumplir como mínimo las condiciones relacionadas en el Anexo 9 del presente CONTRATO.

“EL CONCESIONARIO deberá presentar informes bimensuales de gestión social al Interventor y al INCO, de acuerdo a la estructura de informe definida en el Anexo 9 de este CONTRATO para las obligaciones definidas

en el Plan Social Básico y las obligaciones en materia social derivadas del Plan de Gestión Social, de la Licencia Ambiental. Con la presentación de cada informe bimensual se presentará el cronograma de actividades del siguiente bimestre, con el fin de que el Interventor y EL INCO evalúen la gestión realizada y el cumplimiento del Plan Social Básico y las obligaciones derivadas del Estudio Ambiental y la Licencia Ambiental. En este sentido, una vez EL CONCESIONARIO presente el respectivo informe, el Interventor y EL INCO tendrán diez (10) días para verificar las gestiones ejecutadas por EL CONCESIONARIO y realizar comentarios al informe.

“En el caso en que se hicieren observaciones o comentarios al informe, EL CONCESIONARIO tendrá quince (15) días para complementar sus gestiones de acuerdo con las observaciones realizadas por el Interventor y volver a presentar el informe a satisfacción del mismo. En caso de incumplimiento de las obligaciones relativas a la gestión social del Proyecto, EL CONCESIONARIO se hará acreedor a las disminuciones en su remuneración a que se refiere el Numeral 54.1.11 de la Cláusula 54, sin perjuicio de las sanciones que al respecto pueda imponer el Ministerio de Medio Ambiente por las obligaciones en materia social que define el Plan de Manejo Ambiental.

“Los costos y gastos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del Plan Social Básico que se establecen en la presente cláusula, deberán ser realizados por EL CONCESIONARIO con cargo a la Subcuenta Principal y en consecuencia, no podrán realizarse con cargo a la Subcuenta No. 1, Subcuenta No. 2, Subcuenta No. 3, Subcuenta No. 4 y Subcuenta No. 5 o a cualquier otra subcuenta que sea creada para un fin específico diferente de los estipulados en este numeral.

*“EL CONCESIONARIO deberá elaborar y presentar el Plan Social Básico del proyecto, en los términos y condiciones señalados en el Anexo 9. La mora injustificada en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONCESIONARIO relacionadas con la presentación del Plan Social Básico y las obligaciones derivadas del Estudio y la Licencia Ambiental, causará la disminución en la remuneración de EL CONCESIONARIO prevista en el numeral 54.1.11 de la CLÁUSULA 54. Igualmente, EL CONCESIONARIO deberá empezar a ejecutar el Plan Social Básico en el plazo señalado en la citada CLÁUSULA, so pena de la aplicación de la disminución en la remuneración prevista en el numeral 54.1.11 de la CLÁUSULA 54.” -
Negrita y subraya ajenas al texto-*

En esta extensa cláusula 22 se prevén las distintas circunstancias atinentes al manejo ambiental del proyecto, distribuyéndose de manera concreta la responsabilidad que le atañe a cada contratante frente a tal asunto y fijándose las reglas concernientes al mencionado riesgo ambiental. De manera general, se destaca que es el particular concesionario el obligado a ejecutar las distintas actividades de orden ambiental y a cumplir los requerimientos que al respecto se fijan en los documentos precontractuales, en el Plan de Manejo Ambiental y todos aquellos que sean dispuestos por las autoridades nacionales y regionales competentes en la licencia ambiental respectiva, en las modificaciones a la misma y en los planes previstos para la gestión social del proyecto.

Tratándose de la contingencia ambiental debe resaltarse que, manejándose un esquema similar al previsto para el riesgo predial que analizó el Tribunal capítulos atrás, las partes se encargaron de tipificar, estimar y asignar el riesgo ambiental a lo largo de la precitada cláusula 22. En efecto, si se tiene en cuenta que la concreción del riesgo ambiental corresponde a la necesidad de atender las distintas obligaciones que emanan de la licencia ambiental o de los planes de manejo ambiental o social, es menester considerar que, en

los eventos en que se origina la carga de ejecutar este tipo de actividades en cantidades o porcentajes superiores a los inicialmente previstos, puede entenderse que se configura el riesgo ambiental, para lo cual se fijó en la cláusula 22.7 lo relativo a la estimación en valor de estas precisas obligaciones y al proceder en el caso en que se desbordaran las necesidades inicialmente contempladas para el proyecto.

Vale la pena hacer mención en este punto a lo señalado en el Documento CONPES 3107 de 2001, donde se expuso lo atinente al contenido y alcance del riesgo ambiental para el caso de proyectos de concesión de tercera generación -como es el caso de la concesión vial Córdoba-Sucre-. En el referido Documento CONPES se indicó:

“I. Riesgo Ambiental

“Se refiere a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas. Es deseable que las entidades estatales cuenten con las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos. El inversionista privado asumirá este riesgo, cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, se cuente con las resoluciones respectivas.

“En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado. Se deberá establecer en los contratos que los pasivos ambientales que se generen en desarrollo de la construcción y operación del proyecto estarán a cargo del inversionista privado.

“Para el caso de las tasas de uso del agua y tasas retributivas, el riesgo por la incertidumbre de su evolución futura puede ser asumido por las entidades territoriales para los proyectos de agua potable y saneamiento básico, dado que no es posible para el agente privado prever la evolución en el cobro de estas tasas.”

Entendiendo en los anteriores términos el denominado riesgo ambiental y considerando que, con ocasión de la ejecución de un proyecto de infraestructura y de su respectiva licencia o autorización de orden ambiental, se genera una serie de obligaciones que deben ser cumplidas con el propósito de evitar la afectación de los recursos naturales presentes en la zona de influencia de las obras o para compensar las alteraciones que necesariamente se ocasionan con la intervención constructiva, es preciso que los contratantes tipifiquen, estimen y asignen lo atinente a esta especial contingencia.

En cumplimiento de ello, en la cláusula 22.7 antes citada, se tipificó el riesgo predial como una de las aleas que podían presentarse durante la ejecución del proyecto, disponiéndose al respecto que sería el particular contratista quien se encargaría de llevar a cabo las distintas actividades administrativas y técnico-ambientales que resultaran necesarias para atender los requerimientos contemplados en la Licencia Ambiental, en el Plan de Manejo Ambiental y en el Plan de Gestión Social.

Ahora bien, en cuanto a los costos y gastos que necesariamente debían sufragarse para atender el “pasivo ambiental” -como lo llama el CONPES en su anterior definición-, el contrato fue claro en estipular que, en principio, estos se cubrirían con la suma que fue estimada y cuantificada en **\$5.831.000.000** del 31 de diciembre de 2005, recursos que serían

consignados por la sociedad concesionaria en la Subcuenta 5 del Fideicomiso, cuyo objeto o propósito corresponde, precisamente, al manejo de los valores requeridos para el desarrollo de las actividades de naturaleza ambiental, concretamente, para el cumplimiento de las obligaciones ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Gestión Social -con sus respectivas modificaciones-, de acuerdo con lo señalado al respecto en la cláusula 23 del mismo Contrato de Concesión No. 002 de 2007¹⁰⁰.

Ahora bien, en el evento en que esta suma no resultara suficiente para cubrir los costos y gastos en mención, estaría a cargo del concesionario el depósito de los montos en exceso que se requirieran hasta alcanzar un 20% adicional frente a la suma inicialmente estimada, los cuales también serían depositados en la referida Subcuenta 5 del Fideicomiso. Y dado el caso en que los aportes efectuados por el contratista en la suma equivalente al 120% tampoco alcanzaran para atender las exigencias que en materia ambiental presentara el proyecto, se activaría el riesgo ambiental para la entidad pública contratante, quien asumió la obligación de cubrir esta contingencia mediante el reconocimiento y pago de los valores superiores al 120% que fueran aportados por la sociedad concesionaria en la misma Subcuenta 5 del Fideicomiso.

Para este último caso, el contrato fue preciso en señalar que, una vez depositados por el contratista los valores superiores al 120%, la entidad contratante asumía la obligación de efectuar el reembolso de los mismos durante los 18 meses siguientes a la fecha de depósito respectivo, término en el que reconocería y pagaría intereses remuneratorios en una tasa equivalente al DTF + 5. Como puede advertirse, lo hasta aquí expuesto es similar de alguna manera al riesgo de adquisición de predios estudiado por el Tribunal con anterioridad; sin embargo, se hace hincapié en la estipulación de unos condicionantes adicionales que fijó la cláusula 22.7 del contrato en materia de riesgo ambiental, así:

- Cuando se tratara de la implementación de medidas ambientales y sociales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental, el concesionario deberá presentar a la ANI el presupuesto de las medidas no contempladas en el estudio ambiental dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que obtenga la licencia ambiental.

¹⁰⁰ "23.4. Los recursos del Fideicomiso se manejarán en siete (7) subcuentas de la siguiente forma: (...) "Subcuenta 5: Es la subcuenta que deberá constituir EL CONCESIONARIO en el FIDEICOMISO, en la cual EL CONCESIONARIO depositará los recursos que el mismo debe aportar para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Gestión Social con sus respectivas modificaciones, correspondientes a las actividades de construcción, rehabilitación, mejoramiento, mantenimiento y operación, de conformidad con el Pliego de Condiciones y el numeral 22.3 de la CLÁUSULA 22 de este CONTRATO. Los rendimientos producidos por el monto depositado en la Subcuenta 5 acrecerán la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión fiduciaria o cualquier otro concepto. A esta subcuenta no podrán ser cargados los costos del Plan Social Básico, el cual está a cargo de EL CONCESIONARIO.

"Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del fideicomiso y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior, sin perjuicio de que sus excedentes tendrán la destinación que a continuación se prevé.

"El INCO será el beneficiario de los excedentes de la Subcuenta 5, la cual se liquidará al finalizar los pagos para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Gestión Social con sus respectivas modificaciones, se refiere, correspondientes a las actividades de construcción, rehabilitación, mejoramiento, mantenimiento y operación. Si quedaren excedentes tras la liquidación definitiva, estos serán transferidos a la Subcuenta 3." - Subraya ajena al texto- (Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 35)

La ANI dispondrá de treinta (30) días hábiles para manifestar su aprobación o para formular observaciones o solicitar aclaraciones y/o modificaciones al presupuesto. El concesionario dispondrá de un plazo de quince (15) días hábiles para resolver las observaciones o solicitudes de aclaración y/o modificaciones realizadas una vez se presenten.

- Con cargo a la Subcuenta 5 y, por tanto, de los recursos dispuestos para el riesgo ambiental en la forma antes indicada, no podrían cubrirse los costos y gastos atinentes al acarreo de materiales bien sea hacia los frentes de obra o de estos hacia los sitios de disposición de sobrantes o botaderos; empradización de taludes, construcción de obras de contención, drenajes y subdrenajes y en general las medidas para garantizar la estabilidad y conformación de taludes y sitios de disposición de sobrantes. Estos costos deberán ser asumidos por el concesionario con cargo a los aportes de capital que el mismo realice a la Subcuenta Principal.
- Con cargo a la Subcuenta 5 tampoco podrían sufragarse actividades propias del denominado Plan Básico Social, los cuales debían cubrirse por parte de la sociedad concesionaria, de acuerdo con lo estipulado en la citada cláusula 23.4 del contrato de concesión.

Fue así como se reguló contractualmente lo relacionado con la ejecución de las obligaciones ambientales del proyecto y se estimó, en términos económicos, lo referente a los recursos requeridos para cubrir los costos y gastos que habrían de sufragarse para llevar a cabo las actividades previstas en la Licencia Ambiental, en el Plan de Manejo Ambiental y en el Plan de Gestión Social -con sus respectivas modificaciones-, todo ello concerniente al Alcance Básico del proyecto de concesión vial Córdoba – Sucre.

Si se tienen en cuenta las consideraciones expuestas se advierte que, en efecto, la cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y la subsiguiente cláusula 23 -en lo pertinente- establecen las reglas para efectuar el manejo de la Subcuenta 5 del Fideicomiso destinada al depósito y administración de los recursos tendientes a cumplir con las obligaciones ambientales del proyecto, de ahí que haya lugar a acceder a la pretensión primera principal declarativa formulada por la ANI en su demanda de reconvencción reformada.

3.2. Las obligaciones ambientales del Adicional No. 3

Sin perder de vista lo expuesto en relación con las obligaciones que en materia ambiental fueron previstas desde el contrato de concesión para el Alcance Básico del proyecto, es menester advertir que, para el caso del Adicional No. 3 y la ejecución de las obras adicionales o de alcance progresivo activadas mediante dicho documento modificadorio, los contratantes también regularon lo atinente a los requerimientos que en materia ambiental debían atenderse en el marco de este acuerdo adicional.

En primer lugar se recuerda que, de conformidad con lo previsto en la cláusula primera del mencionado Adicional No. 3, las partes acordaron activar parcialmente el alcance progresivo del proyecto y adicionar el alcance físico de la concesión con la ejecución, por cuenta y riesgo del concesionario, de una serie de obras y actividades de orden constructivo identificadas con precisión en la referida cláusula.

En el párrafo tercero de dicha cláusula primera del Adicional No. 3 se pactó en materia ambiental que, “... el concesionario realizará la gestión social y ambiental requerida para la ejecución de las obras del presente adicional, de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión”¹⁰¹. Por su parte, en cuanto a los costos de la inversión que habría de realizarse con el propósito de cubrir los requerimientos que en materia ambiental y social presentara el desarrollo de las obras adicionales del Adicional No. 3, en su cláusula tercera se previó expresamente lo siguiente:

“CLÁUSULA TERCERA.- VALOR DE LAS INVERSIONES: El presupuesto estimado de los estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social y construcción de las obras objeto del presente adicional, corresponde a la suma de CUATROCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (\$407.399.904.906) de diciembre 31 de 2005, discriminados así:

“Inversión Estimada:

Item	Descripción	Valor (\$ 2005)
1	Costos de Obra	342.939.837.752
2	Costos de estudios y diseños.	7.336.651.854
3	Costos de Gestión Socio - Ambiental	3.548.040.731
4	Costo de interventoría.	9.675.254.569
5	Predios y Gestión Predial	43.900.120.000
7	Total Inversión (\$ 2005)	407.399.904.906

“Dentro del Ítem 3, “Costos de Gestión Socio – Ambiental” se contempla el 0.10% para la promoción y gestión social del proyecto, el cual equivale a trescientos cuarenta y dos millones novecientos treinta y nueve mil setecientos cincuenta y dos pesos (\$342.939.752) constantes del 31 de diciembre de 2005. Estos recursos se depositarán por el CONCESIONARIO en el mes de Junio de 2010 en el fideicomiso del proyecto, en la subcuenta denominada “Promoción y Gestión Social” y serán ejecutados a discreción del INCO.”

Si se tiene en cuenta el presupuesto estimado para la ejecución de las obras adicionales del Adicional No. 3, se observa que, para efectos de cubrir los costos atinentes a la gestión socio-ambiental, se previó expresamente la suma de \$3.548.050.731 de 31 de diciembre de 2005, de la cual, el valor de \$342.939.752 tenían como destino específico el desarrollo de las acciones propias o relacionadas con la promoción y gestión social del proyecto, quedando, entonces, un valor de \$3.205.110.979 de 31 de diciembre de 2005 para el cumplimiento de las obligaciones ambientales del Adicional No. 3.

En consideración a la estimación de los costos destinados a cubrir las obligaciones ambientales de las obras adicionales en mención, es preciso señalar que, tratándose del riesgo o de la contingencia que por este aspecto pudiera acaecer, fue claro el párrafo tercero de la cláusula primera del Adicional No. 3 -antes citado- en estipular que, la gestión ambiental de las obras de alcance progresivo activadas mediante este adicional se llevaría a cabo en los términos generales previstos para el efecto en el Contrato de Concesión No. 002 de 2003, a lo cual cabe agregar que, de acuerdo con la cláusula séptima del Adicional No. 3, “... las cláusulas y condiciones del

¹⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 152.

Contrato de Concesión No. 002 de 2007 no modificadas por el presente documento conservan su vigencia y validez”.

Así las cosas, en los términos de la cláusula 22.7 del contrato de concesión, es claro para el Tribunal que, tratándose de la tipificación, estimación y asignación del riesgo ambiental para el caso del Adicional No. 3, se seguiría la misma regla contemplada en dicha cláusula para el caso del riesgo ambiental determinado para el Alcance Básico del Proyecto. En concreto, estaría a cargo del concesionario el aporte de la suma estimada en la citada cláusula tercera para cubrir los costos ambientales de las obras de alcance progresivo activadas mediante el Adicional No. 3, quien, además, debería efectuar los aportes que en exceso debieran realizarse por este mismo concepto hasta por el 20% adicional frente al valor inicialmente estimado y, si los requerimientos ambientales del Adicional No. 3 resultaran superiores a este 120% aportado por el particular contratista, se activaría el riesgo a cargo de la entidad pública contratante quien se obligaba a reembolsar los fondeos en exceso que efectuara en nombre suyo el concesionario, en las mismas condiciones antes señaladas para el caso del Alcance Básico del proyecto -cláusula 22.7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007-.

3.3. Sobre el cumplimiento de las obligaciones ambientales del Adicional No. 3 y la concreción del riesgo ambiental del proyecto

De acuerdo con las pretensiones formuladas por ambas partes y considerando lo expuesto *supra*, es menester analizar en este punto lo atinente al cumplimiento de las obligaciones de orden ambiental estipuladas en el Adicional No. 3, tal como se pidió en la demanda arbitral reformada, toda vez que, luego de tener claro este asunto en particular, podrá abordarse en general o de manera conjunta lo referido a la destinación dada por el concesionario a los recursos depositados en las subcuentas ambientales para el proyecto entendido como un todo.

Según se convino en la cláusula tercera del Adicional No. 3 -antes citada-, era obligación del particular contratista efectuar un aporte con destino al cumplimiento de obligaciones socio-ambientales por la suma de \$3.548.050.731 de 31 de diciembre de 2005, de la cual, el valor de \$342.939.752 tenía como destino específico el desarrollo de las acciones propias o relacionadas con la promoción y gestión social del proyecto, quedando, entonces, un valor de \$3.205.110.979 de 31 de diciembre de 2005 para el cumplimiento de las obligaciones ambientales del Adicional No. 3.

De acuerdo con la tarea de control efectuada por la firma interventora del proyecto, se encuentra demostrado que la sociedad concesionaria sí cumplió con esta precisa obligación económica, toda vez que, oportunamente, efectuó el depósito de los dineros destinados al cumplimiento de las obligaciones de naturaleza ambiental atinentes al Adicional No. 3. En este sentido, el informe rendido por el Consorcio El Pino, con fecha de 19 de septiembre de 2016¹⁰² da cuenta de lo siguiente:

“No obstante estas diferencias, frente al cumplimiento de las obligaciones ambientales del concesionario, se puede afirmar que el concesionario ha cumplido con un fondeo del 100% de la obligación para las subcuentas ambientales de los alcances: Básico, Otrosí No. 3 y Adicional No. 2, en

¹⁰² Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 404 y siguientes.

tanto que en el Adicional No. 3 había llegado a un 119,49% a corte de 31 de Mayo de 2016.

“En este sentido, es necesario tener en cuenta que en el mes de junio el concesionario realizó fondeos en la subcuenta del Adicional 3 del proyecto por valor de \$128.440.000, según el informe de rendición de cuentas del mismo mes, emitido por la fiduciaria Bancolombia, esta circunstancia hace que el límite contractual del 120% ya haya sido superado y que está incurriendo en una deuda con el concesionario desde este punto de vista.

Subcuenta Ambiental	Valor	Valor Pesos Dic. 2005	Sumatoria Total Pesos Dic. 2005	Obligación Contractual Pesos de 2005	Cumplimiento Porcentual
Alcance Contractual					
Básico	\$6.438.995.402,00	\$5.684.050.732,74	\$5.830.798.278,53	\$5.831.000.000,00	100,00%
Básico	\$196.564.935,00	\$146.747.545,79			
Otros/ No 3	\$1.227.767.697,00	\$982.753.037,93	\$982.753.037,93	\$982.753.037,82	100,00%
Adicional 2	\$797.270.360,00	\$625.178.902,34	\$625.178.902,34	\$625.178.902,00	100,00%
Adicional 3	\$1.947.727.872,00	\$1.527.309.221,77	\$4.239.472.108,86	\$3.548.040.731,00	119,49%
Adicional 3	\$2.774.247.635,00	\$2.071.142.708,42			
Adicional 3	\$961.530.268,00	\$641.020.178,67			

Fuente: Cálculos Interventoría Consorcio El Pino, con base en Certificación C303700071-1892-16 de la Fiduciaria Bancolombia e Índices, series de empalme del DANE y documentos contractuales del proyecto.

Es diáfana la conclusión expuesta en los términos citados por parte de la firma interventora, de la cual se colige sin dubitación alguna que, tratándose de las obligaciones de orden económico asumidas por el concesionario en el Adicional No. 3, las mismas sí fueron cumplidas al realizarse el depósito de las sumas acordadas en la cláusula tercera de dicho documento modificatorio, con destino a la atención de los requerimientos de orden ambiental de las obras adicionales o de alcance progresivo activadas mediante este Adicional No. 3.

Así las cosas -como lo indica el apoderado judicial de la parte convocante-, es cierto que, dando cumplimiento a los compromisos contractuales pactados en la mencionada cláusula tercera, su poderdante efectuó el depósito de la suma equivalente al 100% del aporte inicialmente convenido con el objeto de cumplir las obligaciones ambientales del Adicional No. 3, pero, además, depositó también recursos en exceso que alcanzaron, incluso, el 120% correspondiente al riesgo asumido por el particular contratista en materia de riesgo ambiental respecto del ya mencionado Adicional No. 3. Lo dicho da pie para determinar que debe accederse a la pretensión cuadragésima segunda de la demanda arbitral reformada, al encontrar probado que, tratándose del Adicional No. 3, el particular contratista realizó los aportes a que se comprometió y que tenían como destino atender los requerimientos en materia ambiental de las obras adicionales convenidas en este documento contractual modificatorio, hasta alcanzar un fondeo del 120% que incluía porcentualmente el riesgo ambiental asignado al concesionario.

Definido lo anterior, el Tribunal advierte que, más allá de lo relacionado con la concreción del riesgo ambiental en los términos antes expuestos, esto es, por el depósito de sumas en la subcuenta ambiental del Adicional No. 3 equivalentes al 120% frente al valor inicialmente convenido, la gran discusión gira en torno a determinar si por encima de este valor se realizaron fondeos en exceso por el concesionario y se configuró de tal forma el riesgo ambiental asumido contractualmente por la entidad pública contratante.

Esta especial circunstancia surge a raíz de la solicitud formal presentada por la sociedad concesionaria ante la ANI, el siete (7) de junio de 2016, a través de la cual pidió autorización a la contratante para efectuar un fondeo en exceso a la subcuenta ambiental por la suma de \$1.151.679.831 que, según el contratista, se requería para cubrir el pago de obligaciones ambientales superiores al valor que ya se había consignado por un monto equivalente al 120% antes mencionado. En concreto, la contratista solicitó en su comunicación con Rad. No. 2016-409-047057-2¹⁰³, lo siguiente:

“Considerando que a la fecha los recursos existentes en la subcuenta ambiental del adicional No. 3 en el fideicomiso, ascienden a la suma de \$20.975.159,11 y se requieren recursos para el pago de obligaciones ambientales de facturas que en algunos casos ya están causadas y en otros, en proceso de causación, requerimos de manera urgente autorización de la ANI para proceder al fondeo de la subcuenta mencionada por la suma de \$1.151.679.831, recursos que se irán depositando a medida que el concesionario dé la orden de pago a la fiducia.

“Cabe anotar que el concesionario cumplió a cabalidad con el fondeo de la subcuenta ambiental en los términos del adicional No. 3 y depositó el 20% en exceso de la suma inicialmente consignada, de conformidad con lo establecido en el literal a) del numeral 27.7 de la cláusula 27 del contrato de la referencia.”

Sobre este particular, el Consorcio El Pino también indicó en su informe de 19 de septiembre de 2016 que:

“- Posteriormente, el día 7 de junio de 2016 el Concesionario radicó ante la ANI el oficio distinguido con el número de radicado ANI No. 2016-409-047057-2, mediante el cual le solicitó a la ANI autorización para proceder al fondeo de la subcuenta ambiental por la suma de \$1.151.679.831, por cuanto, a juicio del Concesionario, los recursos existentes eran insuficientes para cubrir el pago de obligaciones ambientales. No sin antes advertir que el Concesionario ya había realizado el fondeo de la subcuenta ambiental en los términos del Adicional No. 3, habiendo depositado el 20% en exceso de la suma inicialmente consignada.”¹⁰⁴

Para comprender el sentido de la solicitud elevada por la concesionaria en los mencionados términos, debe señalarse que, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 22.7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en los eventos en que el concesionario requiriera la implementación de medidas ambientales y sociales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental o derivadas de la modificación o variación de la licencia correspondiente, tendría la carga de presentar a la ANI el presupuesto correspondiente para cubrir las actividades en mención, procediéndose con fundamento en ello a establecerse el porcentaje de la diferencia que asumiría la sociedad contratista de estos requerimientos superiores en comparación a los estimados en un principio.

Esta es una variación importante si se compara con lo estipulado contractualmente frente al riesgo de adquisición de predios, habida cuenta que, para los eventos específicos dictados en la referida cláusula 22.7 del contrato de concesión, fueron previstos unos condicionantes adicionales en lo que atañe a la concreción del riesgo ambiental, de manera que no bastaba con la sola verificación de fondeos en exceso por parte de la sociedad concesionaria, sino que, dependiendo del caso particular, era preciso que se

¹⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 357 CD. Documento aportado en medio magnético.

¹⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 403 Vto.

acudiera ante la ANI con el objeto de exponer y sustentar los requerimientos adicionales para atender obligaciones ambientales no previstas o estimadas en un inicio.

Con esta aclaración, encuentra probado el Tribunal que, expresamente, no hubo una respuesta concreta a la solicitud formulada en los anteriores términos por la sociedad concesionaria. Si se revisa a este respecto lo conceptualizado por la firma interventora en su informe de 19 de septiembre de 2016, se observa que allí no existió pronunciamiento particular frente a la petición del contratista tendiente a obtener autorización para efectuar fondeos en exceso. Lo que se analizó por el Consorcio El Pino en esa ocasión consistió en determinar si había o no lugar a unificar las distintas subcuentas ambientales abiertas para la ejecución del proyecto, es decir, la estipulada para el Alcance Básico y las dispuestas para el desarrollo de las obras adicionales pactadas en los demás documentos modificatorios y, con los recursos disponibles tras esta unificación, atender los requerimientos adicionales.

Sobre este particular, el Consorcio El Pino encontró factible la unificación en mención, al considerar que se trataba de una bolsa común tendiente a la atención de las distintas obligaciones ambientales del proyecto. Además, señaló que -según su entendimiento-, el riesgo en materia ambiental no podía evaluarse frente a cada una de las subcuentas u obligaciones referidas a cada adicional del contrato, sino que, en su sentir, debía realizarse un análisis conjunto y de esta forma determinar si existían o no aportes efectuados en exceso por parte de la sociedad concesionaria. De otro lado, la firma interventora destacó la importancia de revisar la pertinencia de los gastos y costos sufragados con cargo a las subcuentas ambientales, advirtiendo de esta manera la importancia de establecer que los pagos efectuados por el contratista si se ajustaran a las condiciones del contrato en materia ambiental. En palabras de la firma interventora se lee:

“Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas a lo largo de este documento esta interventoría se permite concluir lo siguiente:

“- Desde el punto de vista financiero, no habría mayor inconveniente en realizar el traslado y la unificación correspondiente de los recursos, siempre y cuando se tenga en cuenta, que existen una serie de dineros adicionales a invertir por la concesión en los alcances: Básico, Otrosí número 3 y Adicional 2, las cuales se encuentran actualmente apenas en el 100% de la obligación.

“- Se debe realizar una minuciosa revisión de cada una de las subcuentas, con el fin de determinar que los pagos realizados corresponden a la gestión ambiental del Proyecto y que estos pagos se ajustan a las condiciones establecidas en el Contrato o en cada uno de sus Otrosíes o Adicionales, es decir que requiere por parte del Concesionario la entrega de todos los documentos que acrediten el pago de las obligaciones ambientales.

“- En caso de encontrar que existen pagos que no correspondan al cubrimiento de obligaciones ambientales, el Concesionario debe realizar los reembolsos correspondientes, con el objeto de sanear las subcuentas afectadas.

“A juicio de esta Interventoría es viable interpretar que la regla general contenida en la cláusula 22.7 literales a) y b) del Contrato de Concesión, debe ser aplicada para todos y cada uno de los documentos modificatorios de manera uniforme. De conformidad con lo anterior, se podría afirmar que el riesgo ambiental es uno solo.

*“- Ahora bien, esta interventoría considera que los fondos con que se cuenta actualmente en las subcuentas, deben ser destinados primordialmente al pago de toda la gestión ambiental faltante en el proyecto y de los posibles imprevistos que pudieren surgir en el transcurso de su realización.”¹⁰⁵ -
Subraya ajena al texto-*

Como puede observarse, no hubo como tal una respuesta concreta a la solicitud de la concesionaria tendiente a obtener autorización con el propósito de efectuar fondeos adicionales a la subcuenta ambiental. Sin embargo, es importante considerar que, según lo indicado por la firma interventora, para el momento contractual en que se formuló la petición en comento, existía una intención de acumular las subcuentas ambientales o integrar los recursos depositados en las mismas, señalándose con fundamento en ello que, los recursos disponibles en las subcuentas ambientales luego de la integración de las mismas servirían para cubrir las necesidades advertidas por la contratista sin que hubieren de realizarse depósitos adicionales para el efecto.

La sociedad concesionaria entendió que, al no existir una respuesta concreta a su solicitud, se configuraba en favor de su petición el denominado silencio administrativo positivo, esto es que, ante el paso del tiempo regulado legalmente, habría de entenderse o presumirse como acogida o favorable la autorización reclamada en su oficio de siete (7) de abril de 2016. Tanto es así que, mediante Escritura Pública No. 2454 de 21 de abril de 2017¹⁰⁶, la sociedad concesionaria protocolizó el silencio administrativo en cuestión, al considerar que se había guardado silencio por parte de la entidad pública frente a su petición y que, de acuerdo¹⁰⁷ con lo dispuesto en el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, debía entenderse como favorable o positiva la respuesta presunta de la entidad pública frente a su petición.

No obstante lo anterior, la sociedad concesionaria reiteró su solicitud ante la ANI mediante comunicación de 26 de abril de 2007, Rad. No. 2017-409-044567-2¹⁰⁸, oportunidad en la cual se refirió nuevamente a la concreción del riesgo ambiental en lo referido al Adicional No. 3 y a la necesidad de contar con recursos adicionales a los ya depositados para cubrir otras obligaciones relacionadas con temas ambientales. Pidió la contratista en esta misiva lo siguiente:

“Con base en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicitamos se dé respuesta a las siguientes peticiones:

“1. Sírvase informar si la entidad ya cuenta con los recursos para el pago de los fondeos en exceso que el concesionario ha efectuado en la subcuenta ambiental del adicional No. 3 del proyecto de concesión de la referencia, en caso afirmativo, informe el mecanismo de pago.

“2. Sírvase informar si la ANI tiene provisionados los recursos para cubrir los costos que se derivan de las licencias ambientales del Adicional No. 3,

¹⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 411 Vto.

¹⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 420 a 427.

¹⁰⁷ Art. 25, Ley 80 de 1993: “Del principio de economía. En virtud de este principio: (...)”

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”

¹⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 428 a 430.

diferentes a los fondeos en exceso ya efectuados por el concesionario, en caso afirmativo informe el mecanismo de provisión.

“3. Sírvase informar las fechas aproximadas de desembolso de recursos para el cubrimiento de los pagos de que tratan los numerales 1 y 2 anteriores.”

Teniendo en cuenta lo sucedido con las solicitudes presentadas por la sociedad concesionaria tendientes a obtener autorización para fondear en exceso la subcuenta ambiental, es menester considerar el momento contractual en el que se suscitaron estas diferencias, toda vez que, en razón de lo señalado por el Consorcio El Pino, en el sentido de advertir sobre la importancia de realizar una auditoría a los gastos efectuados por la sociedad concesionaria con cargo a los recursos depositados en las subcuentas ambientales, la entidad pública contratante, además de negarse a la autorización solicitada por la concesionaria y a exponer las razones por las cuales consideraba que para el caso concreto no había lugar a realizar aportes en exceso, requirió al particular contratista para que entregara la información de soporte sobre todos y cada uno de los pagos y gastos sufragados con cargo a las subcuentas ambientales.

Para el Tribunal es del todo trascendente prestar atención a lo antes expuesto, entendiendo el contexto en el cual se presentó el debate contractual entre las partes, relacionado con el uso de los recursos dispuestos en las subcuentas del contrato para atender las obligaciones en materia ambiental. En efecto, considerando que los pedimentos formulados por la entidad pública convocada en su demanda de reconvención tienen relación, precisamente, con el supuesto uso inadecuado de estos recursos por parte del particular contratista, es preciso advertir que dicho reclamo se planteó inicialmente en el marco de la relación contractual, antes de ser sometido al conocimiento y decisión de los árbitros.

La comunicación de la ANI, dirigida a la Firma Interventora del contrato el 11 de agosto de 2017, con Rad. 2017-605-025755-1¹⁰⁹, da cuenta de la postura asumida por la entidad pública contratante frente a la destinación de los recursos de la subcuenta ambiental por parte del contratista. Esta misiva indicó sobre el asunto en cuestión que:

“Dentro de la revisión realizada por la interventoría consorcio el Pino, se determinó que tan solo el 6.18% del valor total de las operaciones, se encuentra ajustado a los requisitos del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y que el 93.82% restante, corresponde a operaciones ajenas a las Subcuentas ambientales del proyecto.

“No obstante, realizada la revisión de las órdenes de operación por parte de la Agencia, se evidencia que algunas de las no aprobadas por la interventoría Consorcio El Pino, tienen relación directa con el componente ambiental y social, razón por la cual es necesario contar con un pronunciamiento social, ambiental, financiero y jurídico respecto al manejo de las subcuentas ambientales (que además determine en dónde se incluye los pagos sociales), con el fin de dirimir las controversias con el concesionario respecto al pago de sobre costos de la subcuenta ambiental del adicional No. 3, para efectuar las obras correspondientes al tramo Sincelejo – Toluwiejo, especialmente las relacionadas con los acuerdos sin ejecutar de las consultas previas adelantadas para este tramo.”

¹⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folios 435 a 446.

Igualmente, en comunicación de siete (7) de marzo de 2018¹¹⁰, la ANI se dirigió de nuevo a la Firma Interventora indicando lo siguiente:

“Revisada la información con las áreas ambientales y sociales sobre su comunicación, mediante la cual se informa que los fondeos en exceso a las subcuentas ambientales manifestados por el Concesionario a través de las comunicaciones anexas al oficio con radicado ANI No. 2018-306-001556-1 de 18 de enero de 2018, no tienen fundamento técnico para ser cobrados y que por lo mismo se debe solicitar el reintegro de estos recursos; comedidamente, se encontró que no se realizó un análisis pormenorizado del total de las comunicaciones remitidas por el Concesionario.”

Con fundamento en los análisis realizados por la ANI en los mencionados términos, la entidad expuso ante la sociedad concesionaria las diferencias atinentes al uso de las subcuentas ambientales y le solicitó, expresamente, la devolución de los recursos correspondientes a los costos y gastos sufragados con cargo a dichas cuentas que en el entender de la entidad no tenían relación con aspectos de orden ambiental. En este sentido, en la comunicación No. 2018-306-011681-1 del 18 de abril de 2018¹¹¹ se lee:

“Como es de su conocimiento, la Agencia, ante las solicitudes de pago del Concesionario por presunto fondeo en exceso de las subcuentas ambientales, requirió a la Interventoría El Pino y luego a la Interventoría Consorcio Interventores Viales AIG para que realizara una revisión de las subcuentas ambientales del Fideicomiso, con el fin de verificar que el uso de estas, (sic) se llevaron a cabo y cumplen lo estipulado en el Contrato de Concesión, y así determinar si efectivamente existe un exceso que deba asumir la Agencia.

“A raíz de este requerimiento, la Interventoría del proyecto entregó a la Agencia mediante radicados ANI 2017-409-123981-2 y 2018-409-026224-2, informes en los que se evidencia que la destinación establecida en las cláusulas del Contrato de Concesión (sic) y por ende deberán ser reintegrados al Patrimonio Autónomo.

“Es de aclarar que esta revisión se hizo a corte 31 de marzo de 2017, por lo que de encontrarse pagos con fechas posteriores que no cumplan con lo anteriormente expuesto, la Agencia se reserva el derecho a solicitar al Concesionario el reintegro de los mismos.

“Por lo anterior, y considerando lo establecido en las Cláusulas 22, 23 y 55 del Contrato de Concesión, el monto a reintegrar por parte del Concesionario corresponde a la suma de \$30.448.779.227,61, cuyos intereses se calculan con corte a 28 de febrero de 2018 de la siguiente manera:

Capital Inicial	\$18.794.984.440,00
Intereses Remuneratorios	\$2.788.416.753,34
Intereses Moratorios	8.905.378.034,26
Total	30.488.779.227,61

“Finalmente, solicitamos que en un término de cinco (5) días se proceda a reintegrar este monto a las subcuentas ambientales correspondientes, que se detallan a fondo en los anexos de esta comunicación, so pena de las sanciones que se puedan generar por el no reintegro.” -Subraya ajena al texto-

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 447 y siguientes.

¹¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 450.

Las citadas comunicaciones muestran el desacuerdo de la entidad pública frente a las solicitudes hechas por la concesionaria en relación con los fondeos en exceso de las subcuentas ambientales del proyecto. Para la entidad, además de no existir necesidad que exigiera la realización de aportes adicionales con el propósito de atender obligaciones ambientales - como lo aducía el contratista-, había lugar a que éste efectuara el reembolso de una cuantiosa suma sufragada con cargo a los recursos de las subcuentas ambientales, como quiera que no tenían relación con requerimientos de orden ambiental, lo cual -en sentir de la ANI-, daba lugar al presunto incumplimiento de las cláusulas contractuales relacionadas con el objetivo y alcance de las referidas subcuentas ambientales.

Ante esta situación, la sociedad concesionaria manifestó su oposición a lo señalado por la ANI y expuso su desacuerdo frente a las conclusiones de la interventoría sobre el particular, señalando al respecto que las mismas carecían de sustento contractual y, por ende, consideró improcedente el reintegro de las sumas según lo dicho por la entidad contratante - comunicación de dos (2) de mayo de 2018, Rad. No. 2018-409-044065-2¹¹²-

Para entender la postura del particular contratista, basta leer su comunicación de tres (3) de octubre de 2018, con Rad. No. 2018-409-102679-2¹¹³, en la cual indicó:

“Atendiendo el contenido de su comunicación del Asunto, en la cual afirma que los fondeos que efectúa el concesionario a las subcuentas ambientales no se consideran fondeos en exceso, en razón a la auditoría efectuada por el concesionario (sic), me permito hacer las siguientes observaciones:

“Tal como lo hemos manifestado en reiteradas oportunidades, el concesionario disiente totalmente de los resultados de la auditoría efectuada por el consorcio interventor, más aún, cuando se evidencia en los mismos un claro desconocimiento de los acuerdos contenidos en el contrato de concesión de la referencia y demás documentos que hacen parte integral de éste.

“Se observa con preocupación, que la negativa de la entidad de reconocer al concesionario los fondeos en exceso por éste efectuados, está sustentada en los resultados de la mencionada auditoría, pero en ningún caso, se deriva de un análisis propio del tema, situación que consideramos no se ajusta al deber ser dentro de una relación contractual.

“Así las cosas, no hay opción diferente a concluir, que se presentan (sic) entre la ANI y el Concesionario una controversia contractual, generada por la entidad contratante, que en principio y siguiendo los términos del contrato de concesión, debe en lo posible, resolverse por mutuo acuerdo, para lo cual sugerimos hacer una reunión y analizar conjuntamente el tema propuesto.

“En caso de no llegarse a un acuerdo, lo procedente es que se utilicen los mecanismos acordados por las partes para la solución de conflictos, es decir, someter las discrepancias al tribunal de arbitramento.

*“Siendo clara la diferencia contractual existente, **así como la negativa de la ANI de autorizar los fondeos en exceso** y de la interventoría de hacer lo propio por considerar que no es competente para ello, según se lee*

¹¹² Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 455.

¹¹³ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 464 a 466.

*en su comunicación No. 01-025-0281-18 del 21 de septiembre de 2018, el **concesionario se encuentra en imposibilidad de efectuar fondeos adicionales a las subcuentas ambientales del fideicomiso, no solo por la falta de autorización a que hicimos referencia**, sino porque adicionalmente, la ANI ha desconocido los perjuicios ocasionados en éste con ocasión de la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario, ha extendido en el tiempo el pago de los intereses moratorios y corrientes y por ende el pago del capital que el concesionario ha depositado, a título de financiación a la entidad en las subcuentas prediales del fideicomiso y, para agravar la situación, ahora ha decidido desconocer los fondeos en exceso que el concesionario ha efectuado a las subcuentas ambientales del alcance básico y adicional 3 del contrato.” - Subraya y negrita ajenas al texto-*

Del todo importantes resultan para el proceso las manifestaciones hechas por la sociedad concesionaria en la citada comunicación. De un lado, puede advertirse respecto de las solicitudes efectuadas por la contratista para realizar fondeos en exceso a las subcuentas ambientales que -según lo dicho por la misma sociedad-, tales peticiones fueron negadas por la entidad pública contratante, circunstancia del todo importante si se tiene en cuenta que dicha aprobación previa era necesaria para entender configurado u ocurrido el riesgo ambiental en la proporción que debía asumir la entidad por encima del 120% depositado por el contratista, a la luz de lo estipulado en la cláusula 22.7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

En efecto -como se expuso párrafos atrás-, a diferencia de lo acordado frente al riesgo de adquisición de predios, en el evento en que se requirieran recursos adicionales a los estimados en la cláusula 22.7 del contrato para atender medidas ambientales y sociales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental o por nuevos requerimientos de la licencia ambiental, era necesario que el concesionario realizara el respectivo presupuesto y lo sometiera a la revisión y aprobación de la entidad pública contratante, a efectos de resolverse sobre la diferencia que habrían de asumir las partes para cubrir estos montos que resultaban superiores frente a lo inicialmente estimado.

Reposa en el expediente la comunicación emitida por el Consorcio Interventores Viales AIG, el 12 de abril de 2018, Rad. No. 2018-409-036808-2¹¹⁴, firma que sobre las distintas peticiones formuladas por el concesionario solicitando autorización para realizar fondeos en exceso a las subcuentas ambientales determinó:

“Según lo observado anteriormente se puede indicar:

“1. De las cuarenta (40) comunicaciones, las primeras 21 no tienen ningún soporte, ni aclaran para que serán destinados los recursos.

“2. En ocho (8) comunicaciones, donde describen para que serán utilizados los recursos, no corresponden a actividades que deben ser avaladas por estas subcuentas ambientales, por ejemplo: honorarios de biólogo, seguimientos ANLA, materiales para estabilización de taludes.

“3. Los pagos por seguimiento y tasas no son imputables a la subcuenta No. 5, de acuerdo a lo definido en el numeral 5.4 y 22.3.

“4. Los costos asociados a la consulta previa como requisito previo (sic) a la consecución de la Licencia Ambiental, deben ser asumidos a cuenta y

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folios 352 Vto a 355.

riesgo del Concesionario de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 27.15 del Contrato de Concesión.

“5. La elaboración de estudios ambientales se considera a cuenta y riesgo del Concesionario de acuerdo al numeral 27.15 y 28.”

En este entendimiento, si bien está probado en el proceso que la sociedad concesionaria formuló a la entidad distintas peticiones en las cuales ponía de presente la necesidad de disponer de recursos adicionales para atender necesidades de orden ambiental, entre ellas, las relacionadas con la implementación de los requerimientos decretados en razón de las consultas previas efectuadas a las comunidades indígenas con influencia en la zona¹¹⁵, también está demostrado que la entidad pública no autorizó la realización de estos fondeos en exceso -como lo indicó el mismo contratista-, decisión que se fundamentó en el supuesto incumplimiento contractual por parte del contratista respecto del manejo y la disposición de los recursos contenidos en las subcuentas ambientales.

A juicio de la entidad, no había lugar a autorizar la realización de fondeos adicionales con destino a las subcuentas ambientales, toda vez que, en un porcentaje considerable, los recursos dispuestos en tales subcuentas no habían sido destinados al pago de costos y gastos relacionados con aspectos de orden ambiental, de ahí el requerimiento formal realizado por la ANI al contratista para que reembolsara las sumas sufragadas, presuntamente, de manera contraria a lo previsto en las cláusulas 22.7 y 23 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

Un grueso debate se originó en este sentido entre las partes contratantes. De una parte, la concesionaria, pretendiendo que la entidad le autorizara el fondeo en exceso de la subcuenta ambiental, al considerar que había realizado los aportes que contractualmente le correspondían (equivalentes al 120%) y que se requería del depósito de sumas adicionales para atender requerimientos de orden ambiental. De otra, la entidad contratante, con apoyo en la interventoría, que negó la referida autorización al considerar que, tras la revisión de los distintos costos y gastos sufragados con cargo a las subcuentas ambientales, encontró que la sociedad contratista realizó varios pagos referidos a prestaciones que no eran acordes con el clausulado contractual que dictaminaba la destinación de los recursos depositados en estas subcuentas, solicitando, incluso, el reembolso de dichos montos.

Para el Tribunal existen varias inquietudes que no pueden despejarse con fundamento en las pruebas del proceso. En primer lugar, no hay claridad del objeto específico de los costos y gastos que a juicio de la sociedad concesionaria eran de contenido ambiental y que pretendían cubrirse con los recursos que debían aportarse en exceso -por encima del 120%- , aspecto del todo determinante en atención a que, a efectos de resolver sobre la

¹¹⁵ Comunicación de la sociedad concesionaria fechada de 12 de diciembre de 2017, con Rad. No. 2017-409-132062-2: *“Nuestro compromiso contractual en dicho sentido, es decir, cubrir los costos socio-ambientales hasta un 120% de la suma estimada por las partes para el efecto, lo cubrimos en su totalidad en enero de 2016, y, en adelante, igualmente en cumplimiento de los acuerdos contractuales, hemos venido depositando recursos adicionales en la subcuenta ambiental del adicional No. 3, para cumplir con las obligaciones que se derivan de las licencias ambientales y los acuerdos de las consultas efectuadas a las comunidades indígenas de la zona, fondeos que se efectúan en la medida en que se genera la respectiva obligación de pago. No sobra aclarar que, a partir del momento en que el concesionario deposita los recursos de fondeos en exceso que corresponden al riesgo asumido por la entidad, corren intereses a cargo de la ANI al DTF+5 por el término de 18 meses y, transcurrido este lapso de tiempo, corren intereses de mora al DTF+5X2.”* (Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 5 CD. Prueba aportada en medio magnético)

concreción del riesgo ambiental, debe establecerse antes si se trataba o no de aspectos relacionados con la implementación de medidas ambientales y sociales contempladas o no en el Estudio de Impacto Ambiental -cláusula 22.7, literal b)- y, en segundo lugar -atado a lo anterior-, colegir si era o no necesaria la autorización previa por parte de la entidad pública contratante respecto de estos requerimientos adicionales, como condicionante fijado expresamente por la referida cláusula 22.7 para entender configurado u ocurrido el riesgo ambiental a cargo de la ANI.

En principio, el Tribunal encuentra distintas solicitudes de la sociedad concesionaria tendientes todas a obtener autorización previa de la entidad contratante para realizar aportes adicionales a las subcuentas ambientales, lo cual indicaría o permitiría entender que, los recursos que en exceso pretendían depositarse en tales cuentas, tenían como propósito atender requerimientos no contemplados inicialmente en el Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, más allá de esta interpretación deducida del comportamiento contractual de la sociedad contratista, no existe prueba en el proceso que permita efectuar la calificación respectiva, de manera que se carece de elementos de juicio que permitan al Tribunal determinar si en el caso concreto se concretó o no el riesgo ambiental asumido por la entidad pública contratante.

Relacionado con lo anterior, debe mencionarse la manifestación posterior de la sociedad concesionaria, contenida en su comunicación de 26 de julio de 2018, con Rad. 2018-409-074847-2¹¹⁶, mediante la cual, el particular contratista, contrariando su comportamiento previo, señaló que no había lugar a obtener autorizaciones previas por parte de la entidad pública para realizar aportes en exceso a las subcuentas ambientales, tratando con ello de restar efectos jurídicos a sus peticiones previas en las que, expresamente, pedía a la ANI aprobación para efectuar depósitos en exceso en estas subcuentas. Expresamente, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. indicó en este sentido:

“Si se observa, en ninguna parte del texto inmediatamente transcrito, ni en el que corresponde a los otrosís (sic) y adicionales, se acordó que el concesionario tenga que informar a la ANI sobre los fondeos en exceso; a pesar de lo anterior, y en aras de evitar que corrieran a cargo de la entidad los intereses pactados en el contrato por este concepto, el concesionario solicitó en reiteradas oportunidades la unificación de todas las subcuentas ambientales del proyecto, incluyendo la subcuenta 4 cuyos recursos no se han utilizado, a fin de hacer más eficiente la ejecución de dichos recursos disponibles en las otras subcuentas ambientales del fideicomiso, para el pago de las obras y actividades de esta índole correspondientes al alcance básico y adicional 3, evitando así los fondeos en exceso.”

“A pesar de lo anterior, no se obtuvo respuesta a la solicitud, situación que obligó al concesionario desde el 2016 y sin existir obligación contractual para ello, a informar a la ANI sobre la necesidad de fondear en exceso y la fecha a partir de la cual se causan intereses sobre las sumas depositadas en las subcuentas ambientales del fideicomiso. Estas conductas del concesionario se llevan a cabo en razón a (sic) la transparencia de sus actuaciones y con miras a que la entidad adoptara las medidas presupuestales pertinentes y evitando que sigan corriendo intereses a su cargo.”

¹¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 357 CD. Documento aportado en medio magnético.

Se observa de lo anterior el comportamiento contradictorio de la sociedad concesionaria respecto de las varias autorizaciones solicitadas a la contratante para efectuar aportes en exceso a la subcuenta ambiental. Pero más allá de esto, se destaca de las comunicaciones citadas que, la sociedad contratista pierde de vista que sí existía la obligación de presentar ante la ANI el presupuesto correspondiente a las actividades de orden ambiental que habrían de ejecutarse para la implementación de medidas ambientales y sociales no contempladas inicialmente en el Estudio de Impacto Ambiental.

Es por lo anterior que se genera una confusión que no logran despejar las pruebas del proceso, habida cuenta que, no es claro para el Tribunal si los recursos que pretendía aportar en exceso la sociedad concesionaria y para lo cual solicitó la autorización previa de la contratante, tenían como destino cubrir obligaciones de orden ambiental de aquellas previstas al inicio del proyecto o al momento de suscribirse el Adicional No. 3 y que tenían relación con el objeto estipulado expresamente en las cláusulas 22.3, 22.5 y 22.7 del contrato de concesión -entre otras- o si, por el contrario, se trataba de atender los requerimientos de orden ambiental y social no contemplados inicialmente en el Estudio de Impacto Ambiental y que, según lo establecido en la referida cláusula 22.7 -literal b)-, sí requerían de un estudio previo del presupuesto respectivo por parte de la entidad que avalara su ejecución, así como la distribución entre los contratantes de los valores adicionales aportados con tal objeto.

De esta manera, las sumas que según la concesionaria fueron aportadas en exceso a la subcuenta ambiental del Adicional No. 3 (por encima del 120%), no pueden, *per se*, imputarse o atribuirse al riesgo ambiental asumido por la entidad pública contratante, pues, más allá de conocer y valorar distintas comunicaciones en las cuales se pedía la autorización previa de la ANI para proceder a efectuar depósitos en exceso con destino a la subcuenta en mención -documentos aportados al proceso por ambas partes-, no reposa prueba alguna en el sumario que permita determinar con certeza si los fondeos que pretendía realizar la sociedad concesionaria tenían como propósito atender obligaciones ambientales de aquellas inicialmente contempladas para el proyecto -cláusulas 22.3, 22.5 o 22.7- o si, contrario a ello, se trataba de asuntos tendientes a la implementación de medidas no previstas originalmente en el Estudio de Impacto Ambiental, respecto de las cuales era del todo necesario contar con la previa autorización de la entidad pública contratante para que surgiera la obligación de realizar los aportes correspondientes y la consecuencial distribución entre las partes de estos valores.

Entonces, contractualmente, no puede considerarse que en el *sub judice* se hubieren efectuado aportes en exceso o superiores al 120% que den lugar a la concreción del riesgo ambiental a cargo de la entidad pública contratante, comoquiera que, independiente a que el concesionario hubiere depositado sumas que superaran el porcentaje antes indicado -aspecto que bien pudo presentarse-, no hay claridad de la destinación u objeto de dichos fondeos adicionales, al punto en que ni siquiera existe claridad de la necesidad de contar o no con autorización previa por parte de la contratante para realizar estos aportes, especial condicionamiento contractual que debe despejarse previamente para colegir si en el caso concreto ocurrió o no el mencionado riesgo ambiental en el porcentaje asumido por la ANI.

3.4. Sobre la destinación de los recursos depositados en las subcuentas ambientales

Ligado a lo expuesto en el acápite precedente, el Tribunal observa que entre las partes se suscitó una controversia de orden contractual con posterioridad al mes de septiembre de 2016, momento para el cual, a raíz de las recomendaciones efectuadas por la firma interventora Consorcio El Pino, la entidad pública contratante efectuó una revisión de los costos y gastos sufragados por el concesionario con cargo a las distintas subcuentas ambientales del proyecto.

En sentir de la entidad, con fundamento en las conclusiones expuestas por las firmas interventoras -tanto por el Consorcio El Pino como por el Consorcio Interventores Viales AIG-, varios de los pagos realizados por la contratista con cargo a las referidas subcuentas ambientales no tenían relación con el objeto dispuesto contractualmente para los recursos depositados en dichas subcuentas, de manera que, al no estar acordes con lo previsto en las cláusulas 22.3, 22.5, 22.7 y 52.7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 -entre otras-, se trataba de gastos que debían realizarse por cuenta y riesgo del particular contratista y no con cargo a las subcuentas ambientales aperturadas para la ejecución del objeto contractual.

Sobre el particular, aunado a las comunicaciones referenciadas anteriormente, la entidad pública contratante manifestó expresamente a la sociedad concesionaria su posición respecto de algunos pagos realizados con cargo a las subcuentas ambientales y que -en sentir de la ANI- no cumplían o atendían los requerimientos contractualmente previstos para el efecto de manera que no podían cubrirse con los recursos depositados en dichas subcuentas. Así lo indicó la contratante en su comunicación de 26 de abril de 2018, con Rad. No. 2018-306-012746-1¹¹⁷, en la cual señaló:

“Como se indicó en la comunicación 20183060116811 del 18 de abril del presente año, la Agencia solicitó a la Interventoría del proyecto realizar una revisión de las subcuentas Ambientales del mismo, con el fin de establecer la existencia o no de los excesos requeridos que trata la cláusula 22.7 del Contrato de Concesión. Esta revisión arrojó como resultado de la existencia de varias órdenes de operación que no cumplen con lo establecido en las cláusulas referentes al manejo de las subcuentas ambientales y por lo tanto, no se materializa un exceso requerido que deba asumir la Agencia.”
-Subraya ajena al texto-

Con fundamento en esta revisión realizada por la entidad, se solicitó directamente a la sociedad concesionaria el reembolso a las subcuentas ambientales de los recursos que estaban originalmente depositados en las mismas y que fueron utilizados para cubrir aspectos que -según la entidad contratante- no cumplían con los requerimientos contractuales dispuestos para atender obligaciones de orden ambiental. Se trata de la comunicación No. 2018-306-011681-1 del 18 de abril de 2018¹¹⁸ -antes referenciada por el Tribunal- en la cual se indicó por parte de la ANI lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, la Agencia, ante las solicitudes de pago del Concesionario por presunto fondeo en exceso de las subcuentas ambientales, requirió a la Interventoría El Pino y luego a la Interventoría Consorcio Interventores Viales AIG para que realizara una revisión de las

¹¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3 - folio 362 y siguientes:

¹¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 450.

subcuentas ambientales del Fideicomiso, con el fin de verificar que el uso de estas, (sic) se llevaron a cabo y cumplen lo estipulado en el Contrato de Concesión, y así determinar si efectivamente existe un exceso que deba asumir la Agencia.

“A raíz de este requerimiento, la Interventoría del proyecto entregó a la Agencia mediante radicados ANI 2017-409-123981-2 y 2018-409-026224-2, informes en los que se evidencia que la destinación establecida en las cláusulas del Contrato de Concesión (sic) y por ende deberán ser reintegrados al Patrimonio Autónomo.

“Es de aclarar que esta revisión se hizo a corte 31 de marzo de 2017, por lo que de encontrarse pagos con fechas posteriores que no cumplan con lo anteriormente expuesto, la Agencia se reserva el derecho a solicitar al Concesionario el reintegro de los mismos.

“Por lo anterior, y considerando lo establecido en las Cláusulas 22, 23 y 55 del Contrato de Concesión, el monto a reintegrar por parte del Concesionario corresponde a la suma de \$30.448.779.227,61, cuyos intereses se calculan con corte a 28 de febrero de 2018 de la siguiente manera:

Capital Inicial	\$18.794.984.440,00
Intereses Remuneratorios	\$2.788.416.753,34
Intereses Moratorios	8.905.378.034,26
Total	30.488.779.227,61

“Finalmente, solicitamos que en un término de cinco (5) días se proceda a reintegrar este monto a las subcuentas ambientales correspondientes, que se detallan a fondo en los anexos de esta comunicación, so pena de las sanciones que se puedan generar por el no reintegro.” -Subraya ajena al texto-

Sobre el particular, el testigo Freddy Flórez Pava¹¹⁹, quien laboró para la firma interventora Consorcio El Pino, explicó en su deposición el propósito de la auditoría realizada frente a los pagos efectuados por el concesionario con cargo a las subcuentas ambientales, manifestando en relación con ello que:

“DR. GÓMEZ: Sobre lo que usted acaba de decir anteriormente, ¿qué conoce usted sobre las controversias que rinden a las partes en este punto específico?”

“SR. FLÓREZ: A ver fundamentalmente el asunto es el siguiente, la interventoría El Pino consideró necesario realizar una auditoría completa de las subcuentas ambientales debido que en el año 2016 más o menos, se presentó una orden de operación la cual la verdad fue de un volumen alto, era como de \$ 1.100 millones de pesos, solicitamos soporte a la fiduciaria y se encontró que alrededor de los \$ 1.100 millones de pesos de esa operación alrededor de \$ 900, según los estados medioambiental no coincidían, no correspondían con los pagos que digámoslo así debería ser enrutados por esa subcuenta de tipo ambiental, considerando esa situación se solicitó a la agencia... (Interpelado)

“DR. GÓMEZ: Yo quisiera más claridad en lo que usted acaba de decir, ¿qué entiendo de lo que uno ve, de lo que plantea la ANI, de la controversia que están y es que con esos recursos de las cuentas ambiental se pagaron cuestiones que no tenían nada que ver con la gestión ambiental o a qué se refiere?”

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 25 y siguientes.

“SR. FLÓREZ: Algo parecido doctor, básicamente lo siguiente, la subcuenta ambiental del proyecto se rige por unas reglas al igual que todas las demás subcuentas especiales.

“DR. GÓMEZ: Sí.

“SR. FLÓREZ: La subcuenta ambiental hasta donde tengo entendido debe obedecer a circunstancias del licenciamiento ambiental, circunstancias de tipo social, aspectos de índole socio-ambiental, sí, nuestra área jurídica inclusive tuvo una serie de aspectos repasando la documentación del licenciamiento ambiental y demás, dio las directrices para que nuestra ara ambiental determinará si un aspecto de un pago entraba o era permitido enrutarlo por eso o no.

“DR. GÓMEZ: Sí, pero en el caso específico que usted nos acabó de mencionar, nos podría precisar sobre eso.

“SR. FLÓREZ: Voy a ser un poquito extenso, muy explícito si es lo siguiente, había aspectos en esa orden de operaciones en particular como por ejemplo la compra de baños portátiles, al revisar eso a la luz de la normativa que rige esta subcuenta en particular se encontró que los baños portátiles no eran en opinión de nuestra ara jurídica y ambiental admitidos para ser pagados por esta subcuenta, por ejemplo aspectos como también honorarios de algunos profesiones y alguna otra serie de aspectos.

“DR. GÓMEZ: Y en la práctica cómo funcionaba, ustedes hacían la advertencia de que con la consideración de ese pago no debía hacerse con esa subcuenta, ¿qué venía después, qué pasaba?

“SR. FLÓREZ: Entonces lo que sucedió después básicamente fue, nosotros solicitábamos toda la información, así como lo he mencionado, obtuvimos la información de la fiduciaria Bancolombia a corte junio del 2018 de todas las subcuentas ambientales del proyecto y se procedería a hacer una revisión bajos los tratos que acabado de decir hace 1 minuto.

“Luego de eso lo que se encontró es que básicamente hay muchísimos pagos, que en opinión nosotros y de nuestra área jurídica y ambiental, la cual coincide con la Agencia Nacional de Infraestructura no debería haber sido enlutado por las subcuentas ambientales, si usted me permite le voy a dar algunos números de referencia... (Interpelado)

“DR. GÓMEZ: ¿Eso quedaba debidamente documentado por parte de la interventoría?

“SR. FLÓREZ: Es correcto, hicimos los informes correspondientes de auditoria y se realizaron pues todas las comunicaciones del caso, en este momento el valor de esos pagos que en nuestra opinión no coinciden valen alrededor de \$ 19.850 millones de pesos, de un total de \$ 23 mil millones de pesos.”

Se entiende conforme a lo anterior el alcance de la controversia suscitada por la entidad pública contratante en relación con los pagos realizados por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto y, en consecuencia, su pedimento tendiente a que se ordene el reembolso de los recursos que fueron utilizados por el contratista para cubrir o atender aspectos que -a juicio de la ANI- no debían sufragarse con los dineros depositados en las mencionadas subcuentas. Para efectos de resolver estas reclamaciones, es preciso volver sobre las cláusulas que previeron contractualmente el propósito u objeto de las subcuentas ambientales del proyecto de concesión vial Córdoba – Sucre.

Al revisar lo pactado en la cláusula 23.4 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, estipulación que, precisamente, se encargó de definir la denominada Subcuenta 5 del Fideicomiso, también conocida como Subcuenta Ambiental, se determinó *ab initio* lo referente a los costos y gastos que serían cubiertos con los recursos allí depositados. En concreto, la referida cláusula previó que los aportes efectuados por el concesionario en la mencionada Subcuenta 5 se utilizarían “... para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Gestión Social con sus respectivas modificaciones, correspondientes a las actividades de construcción, rehabilitación, mejoramiento, mantenimiento y operación, de conformidad con el Pliego de Condiciones y el numeral 22.3 de la CLÁUSULA 22 de este CONTRATO. (...) A esta subcuenta no podrán ser cargados los costos del Plan Social Básico, el cual está a cargo de EL CONCESIONARIO”¹²⁰.

A su vez, la cláusula 22.7 del contrato de concesión, dispuso de manera general que, con cargo a los recursos de la referida Subcuenta 5 del Fideicomiso, se pagarían “[l]os costos derivados el cumplimiento de las obligaciones ambientales de EL CONCESIONARIO que se desprenden de las obras y medidas ambientales definidas en el Estudio de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo Ambiental, con sus modificaciones, correspondientes a las obras de construcción, rehabilitación y operación”¹²¹.

En cuanto a la atención de las obligaciones en materia social o de gestión social del proyecto, la cláusula 22.8 del contrato de concesión dejó claro que, “[e]l manejo social del proyecto en lo relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos que haga la autoridad ambiental será responsabilidad de EL CONCESIONARIO y se adelantarán con cargo a la Subcuenta 5. En relación con las obligaciones definidas en el Anexo 9, El Plan Social Básico estará a cargo de EL CONCESIONARIO y se adelantará por su cuenta y riesgo”¹²².

La lectura de las cláusulas en mención permite advertir las actividades o requerimientos que sí serían cubiertos con los recursos depositados en la Subcuenta Ambiental. De manera general, estos aportes que debía realizar el contratista se destinarían a cubrir los costos, obras y medidas necesarias para la implementación del Estudio de Impacto Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Gestión Social, con sus modificaciones respectivas, así como lo previsto en la respectiva Licencia Ambiental. Pero, además, el contrato también determinó los aspectos que no podrían asumirse con cargo a la Subcuenta 5 del Fideicomiso, como es el caso de la lo previsto en la cláusula 22.3 en la cual se indicó con claridad lo siguiente:

- “Las tarifas que cobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Autoridad ambiental Regional Competente por los servicios de evaluación y seguimiento, así como las tasas por el uso y aprovechamiento de recursos naturales serán pagadas por EL CONCESIONARIO a su costa y riesgo y deberán ser consignadas por EL CONCESIONARIO en la Subcuenta 5, adicionalmente a los recursos previstos”¹²³.

¹²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 35.

¹²¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 27 Vto.

¹²² Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 28 Vto.

¹²³ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 27.

En igual sentido, la cláusula 22.5 del contrato de concesión¹²⁴ señaló:

- *“El cumplimiento de las normas ambientales aplicables a los procesos constructivos de EL CONCESIONARIO, serán del exclusivo costo y riesgo de EL CONCESIONARIO. (...) EL CONCESIONARIO deberá realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de las normas ambientales vigentes, incluyendo el trámite y obtención de los permisos, licencias, concesiones y demás trámites y autorizaciones necesarios para la ejecución de las actividades señaladas en el párrafo anterior y para la ejecución del proyecto. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de EL CONCESIONARIO, no generará compensación ni indemnización alguna a cargo de EL INCO y su falta de cumplimiento será un incumplimiento al presente CONTRATO. Dentro de las actividades a que se refiere este numeral se incluyen, sin limitarse a ellas, las siguientes:*

- “- Explotación de fuentes de materiales de peña o aluviales, propios o de terceros.*
- “- Disposición de material sobrante de las excavaciones.*
- “- Explotación de fuentes de agua bien sea superficial o subterránea.*
- “- Ocupación temporal o definitiva de cauces.*
- “- Vertimientos sólidos y líquidos.*
- “- Emisiones gaseosas y emisión de ruido.*
- “- Instalación y operación de campamentos, centros de control de operación.*
- “- Operación de áreas de servicio.*
- “- Ocupación de zonas para obras o almacenamientos provisionales.*
- “- Aprovechamiento forestal.*
- “- Transporte de materiales.*
- “- Uso de infraestructura de cualquier tipo.*

En los términos de la cláusula 22.6 del contrato de concesión, *“EL CONCESIONARIO deberá mantener, a su costa, una Oficina Fija de Atención a la Comunidad y una Oficina Móvil de Atención a la Comunidad para sus relaciones con la comunidad en la zona del Proyecto (...) Esta oficina cumplirá con las funciones de gestión social previstas en la Licencia Ambiental, y en el Plan de Manejo Ambiental”*¹²⁵. Además, según se explicó antes, los costos tendientes a cubrir la implementación de medidas ambientales y sociales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental, si bien se cubrirían con cargo a la Subcuenta 5 del Fideicomiso de acuerdo con lo estipulado al respecto en la cláusula 22.7 del contrato, era menester la elaboración previa del presupuesto referido a tales requerimientos con el propósito de establecer el porcentaje de tales sumas que debía asumir la sociedad concesionaria.

Cada una de las estipulaciones contractuales mencionadas dan cuenta de la especial atención que tuvieron las partes contratantes al definir las condiciones de manejo de la Subcuenta 5 del Fideicomiso o subcuenta ambiental. Al respecto, puede advertirse que no todo costo o gasto relacionado con asuntos de orden ambiental podía cubrirse o pagarse con cargo a la referida subcuenta, toda vez que existían varias exclusiones o aspectos que -se repite-, por más que pudieran tener relación o derivarse de la implementación de medidas de naturaleza ambiental o social, debían

¹²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 27.

¹²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 27 Vto.

ejecutarse por cuenta y riesgo del concesionario sin utilizar para el efecto los recursos depositados en las subcuentas ambientales.

Para el Tribunal es importante enfatizar en lo anterior al evidenciar que se trata de un asunto riguroso que denota un alto contenido técnico, de ahí que, si lo que se pretende es establecer frente a casos o situaciones puntuales cuáles pagos proceden con cargo a las subcuentas ambientales y cuales, según el contrato, no bastará con la realización de un análisis superfluo ni meramente formal. En efecto, determinar qué obras, costos o medidas corresponden a la implementación del Estudio de Impacto Ambiental, al Plan de Manejo Ambiental, al Plan de Gestión Social o, en definitiva, al cumplimiento de lo ordenado en la respectiva Licencia Ambiental, requiere de un juicio técnico-ambiental que a profundidad permita colegir con certeza que los pagos respectivos sí pueden imputarse con cargo a las respectivas subcuentas ambientales.

Tan cierto es lo anterior que -valga la reiteración-, por más que pueda inferirse que un costo o gasto tiene relación con un aspecto o actividad de orden ambiental, tal discernimiento no resulta suficiente para concluir que es con cargo a los recursos depositados en la subcuenta ambiental que puedan cubrirse estos requerimientos económicos. Se trata, entonces, de un asunto ajeno al conocimiento de los Árbitros y para el cual es necesario disponer de medios probatorios pertinentes y especializados que le auxilien en el entendimiento de este preciso aspecto y le sirvan, como soporte técnico, para adoptar las decisiones que en derecho correspondan.

En este entendimiento, tras revisar las distintas pruebas del proceso, el Tribunal encuentra que, en apoyo de las pretensiones formuladas por la convocada en su demanda de reconvención reformada, reposan en el plenario los informes de interventoría rendidos, primero, por el Consorcio El Pino y, después, por el Consorcio Interventores Viales AIG. En medio magnético, fueron aportados por la ANI los documentos en mención, los cuales se refieren, específicamente, a los resultados encontrados luego de revisar los pagos efectuados por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto, encontrando en cada caso que varios de ellos no cumplían -según los informes- con los condicionamientos contractuales antes identificados y, por ende, había lugar a que se efectuara el reembolso de los recursos respectivos por parte de la sociedad concesionaria.

Estas consideraciones dan lugar, procesal y probatoriamente, a que sean negadas las pretensiones principales cuadragésima tercera, cuadragésima cuarta y cuadragésima quinta formuladas en la demanda arbitral reformada. Ahora, en consecuencia, habrá de accederse a las pretensiones principales declarativas quinta y sexta contenidas en la demanda de reconvención reformada.

- Del informe rendido por el Consorcio El Pino

A folio 357 del Cuaderno de Pruebas No. 3, en medio magnético, se aportó el Informe rendido por el Consorcio El Pino, con fecha de 20 de junio de 2017, en el cual se indica que, luego de efectuarse la revisión de 287 operaciones ordenadas por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto, se encontró que varias de ellas no podían pagarse desde dichas subcuentas y, por ende, no atendían los

condicionamientos dispuestos en tal sentido por el clausulado contractual. En palabras de la firma interventora se tiene al respecto lo siguiente:

“Como complemento de lo indicado en nuestra comunicación EL PINO-0145-17 del pasado 02 de junio de 2017, como respuesta a su comunicación 2017-605-015579-1 y en cumplimiento con los compromisos adquiridos en la reunión realizada en las oficinas de la ANI el pasado 19 de mayo del presente año, nos permitimos indicarles que hemos llevado a cabo la revisión de otras 113 Órdenes de Pago con cargo a las Subcuentas Ambientales del proyecto Córdoba - Sucre, para completar 287 revisadas de las 293 operaciones que se han realizado. (...)

“A continuación, nos permitimos presentaros (sic) un resumen con los principales conceptos de las actividades que se encuentran incluidas en las Órdenes de Operación que fueron pagadas por la Fiduciaria Bancolombia y, que de acuerdo con lo indicado en los apartes extraídos del Contrato de Concesión mostrados en el oficio EL PINO-0145-17, no debieron ser objeto de pago desde las Subcuentas Ambientales del proyecto:

TABLA N° 1 – CONCEPTOS ORDENES DE OPERACIÓN

ARTICULO Y/O CLAUSULA CONTRATO No. 002 de 2007	ACTIVIDADES REGISTRADAS EN LOS SOPORTES
22.1 y 22.5	- Estudios de Impacto Ambiental para obtener Licencia Ambiental y/o para modificación de la misma. - Solicitud de Levantamiento de Veda. - Estudios de Arqueología.
23.4 y 40	- Seguimiento y evaluaciones realizadas por la ANLA. - Pagos a la CVS y ANM por aprovechamiento de recursos naturales.
22.5, 22.7, 27.22 y 39	- Compra y transporte de materiales. - Alquiler y compra de baños portátiles. - Disposición de residuos sólidos. - Monitoreos de calidad de aire y ruido ambiental. - Tala de árboles.
27.28 y 41	- Elaboración y ejecución de programas de señalización y desvíos.
49	- Mantenimiento de maquinaria y equipos.
27.22 y 51	- Pago de nóminas. - Compra de dotación y EPP.
27.26 y 50	- Implementación Programa de Higiene y Seguridad (Compra de botiquín, recarga de extintores, EPP)
41- Manejo Derecho de Vía.	- Ampliación de Accesos
22.7	- Compra agrotexil para paisajismo. - Compra de semillas para empradización de taludes.

“(...)

“De lo anterior, se concluye que sólo el 6.18% del valor total de las operaciones que hasta el momento se han revisado, se encuentra ajustado a los requisitos del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y que el 93.82% restante, corresponde a operaciones ajenas a las Subcuentas ambientales del proyecto, por lo cual se requerirá al Concesionario la aclaración correspondiente conjuntamente con la devolución inmediata de estos dineros. (...)

“En total el valor de las operaciones realizadas desde las subcuentas ambientales del proyecto NO AVALADO asciende a la suma total de \$21.124.530.842,41, valor que el Concesionario deberá reintegrar, junto con las deducciones de Ley aplicadas, más los rendimientos financieros.”

-Subraya ajena al texto-

En el referido informe se hace mención, una a una, de las operaciones realizadas por el concesionario con cargo a las subcuentas ambientales del contrato. Frente a cada una de ellas se expone la consideración técnica respectiva que, a juicio de la firma interventora, permite calificar si el pago

correspondiente es o no de aquellos que podían sufragarse con los recursos depositados en estas subcuentas. Sin perder de vista que se trata de un asunto de alto contenido técnico, el Tribunal advierte que, de manera general, se trata de un análisis serio y con sustento en distintos documentos soporte que le permitieron al Consorcio El Pino colegir que, en su gran mayoría, las operaciones realizadas por la sociedad contratista con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto no se acompañan con los asuntos que contractualmente podían cubrirse con estos recursos.

No obstante lo anterior, debe señalarse respecto de algunas operaciones enlistadas en el informe en cuestión que las mismas generan inquietudes para el Tribunal en cuanto a las conclusiones expuestas por la firma interventora. En efecto, frente a varias operaciones, la firma experta concluye que no pueden ser avaladas al tratarse del pago de obligaciones que debían atenderse con cargo a la subcuenta predial del proyecto; sin embargo, frente a otros eventos que pudieran asimilarse, al tratarse también de pagos de naturaleza predial, los mismos sí son aceptados o avalados por la firma interventora, sin que se advierta una consistencia técnica a este respecto.

Se trata de operaciones expuestas en el informe de la siguiente manera:

51	10-dic-14	2003086	OSORIO RAMIREZ MARTHA DE JESUS	OP. 5636. Pago FINAL DEL 30% DE LAS compensaciones SOCIALES PREDIO CAS-T2A-099	7.801.974	7.801.974	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial tramo La Yé-Sahagún
76	10-jun-15	2003087	BASILIO FLOREZ ANTOLIANO JOSE	op 6179 Pago RECONOCIMIENTO PARA LA RESTITUCION DE VIVIENDA Y DE LAS CONDICIONES MINIMAS.	37.896.378	37.896.378	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial
77	10-jun-15	2003087	DE ARCOS JUAN MANUEL	OP. 6168 RECONOCIMIENTO RESTITUCION DE VIVIENDA	35.536.408	35.536.408	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial
78	10-jun-15	2003087	ARRIETA MONTIEL LUCELYS MARGOTH	OP. 6182 RECONOCIMIENTO RESTITUCION DE VIVIENDA	34.791.378	34.791.378	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial
79	10-jun-15	2003087	PEREZ ARRIETA PEDRO JOSE	op 6181. Pago RECONOCIMIENTO PARA RESTITUCION	34.135.378	34.135.378	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial
103	04-dic-15	2003087	PATERNINA ALVAREZ HERNAN ENRIQUE	ORDEN N. 6633 Pago 100% ADQUISICION PREDIO FACTOR SOCIAL.	41.641.966	41.641.966	Reintegro se debe pagar por la subcuenta predial
269	09-sep-15	2003087	LENIS DIAZ INDIRA STELLA	OP. 6419 PAGO RECONOCIMIENTO RESTITUCION DE VIVIENDA CCS-M013B	\$ 42.881.350,00	42.881.350	Restitución de vivienda CCS-M013B. Reintegro predial.
270	09-sep-15	2003087	LENIS FERNANDEZ DIEGO GILBERTO	OP. 6420 PAGO RECONOCIMIENTO RESTITUCION DE VIVIENDA CCS-M013A	\$ 57.744.700,00	57.744.700	Restitución de vivienda CCS-M013A. Reintegro predial.

Estas son algunas de las operaciones que no fueron avaladas por el Consorcio El Pino al encontrar, según su dicho, que las mismas correspondían al pago de obligaciones que debían atenderse con los recursos depositados en las subcuentas prediales del proyecto y no con cargo a las subcuentas ambientales. Pero, sin comprenderse la razón para dar un manejo diferencial, la misma firma interventora da un tratamiento distinto a otras operaciones que, pese a tratarse del pago de obligaciones de orden predial, sí se avalan o se aceptan como de naturaleza ambiental. En concreto, se trata de las siguientes operaciones:

286	28-dic-15	2003087	RIOS SEVILLA ISAIAS FERNANDO	OP. 6724 PRIMER PAGO 80% PREDIO CABILDO	\$ 20.000.000,00	\$20.000.000,00	Primer pago 80% predio Cabildo indígena de Unión Floresta
-----	-----------	---------	------------------------------	---	------------------	-----------------	---

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A.S. CONTRA LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

237	24-ene-14	2002358	SALCEDO ARRIETA IGNACIO JOSE	ORDEN N° 4783 PAGO DEL 100% PREDIO CABILDO MENOR INDIGENA ZENU DE POLICARPA SINCELEJO SUCRE	\$ 78.000.000,00		\$78.000.000,00	Compra de predio del Cabildo menor indigena de Policarpa.
235	24-ene-14	2002358	AUTOPISTA S DE LA SABANA S A	ORDEN N° 4781 PAGO 100% REGISTRO ESCRITURA CABILDO MENOR ZENU	\$ 1.194.670,00		\$ 1.194.670,00	Registro de predio del Cabildo menor indigena de Policarpa.
110	05-ene-16	2003087	MANOTAS MARTINEZ JORGE LUIS	op 6747. Pago 100% PREDIO	10.000.000		10.000.000	Predio acceso reasentamiento Mata de Caña. Por Licencia Ambiental.
96	03-nov-15	2003087	GARRIDO DE NORIEGA LUZ MILA	OR 6546 ADQUISICION Y COMPRA DE PREDIOS	38.250.000		38.250.000	Por Licencia Ambiental aprobado
70	28-may-15	2002358	FERNANDEZ ARIAS FABER ANTONIO	op 6112 ADQUISICION DE PREDIOS	48.000.000		48.000.000	En los soportes se evidencia que están pagando obras del Adicional 3, desde la subcuenta del alcance básico. (pág 1 del soporte digitalizado). Pago predio Cabildo Indigena Flores de la Gallera.

Como puede observarse, las operaciones relacionadas anteriormente también tienen relación o corresponden a obligaciones de orden predial, las cuales, en principio, deberían tener un tratamiento similar al que dio la firma interventora a las operaciones que no fueron avaladas por tratarse, presuntamente, de aspectos prediales que debían cubrirse con cargo a las subcuentas prediales del proyecto. El Tribunal no está determinando con lo anterior que sea o no correcto el tratamiento dado por la firma interventora a las operaciones en mención. Lo que se advierte al respecto es un manejo diferencial que genera inquietudes e impide a los árbitros arribar a conclusiones concordantes o consecuentes sobre el particular.

Frente a otras operaciones también revisadas por el Consorcio El Pino, se realiza un seccionamiento o partición del valor respectivo, señalándose que, parcialmente, se acepta o avala una parte del pago y otro no, sin explicarse el porqué de tal decisión ni aportarse al respecto el soporte correspondiente. El Tribunal se refiere a las siguientes operaciones:

146	28-jul-16	2003087	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	OP. 7319 FACT. 1/2	122.366.354	22.025.944	100.340.411	Anticipo 20% construcción de viviendas y puesto de salud comunidad de Mata de Caña. acta parcial 2 Esta por Licencia Ambiental
151	09-sep-16	2003087	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	op 7414 Pago FC N° 03	69.523.844	12.514.292	57.009.552	Anticipo 20% construcción de viviendas y puesto de salud comunidad de Mata de Caña. acta parcial 3. esta por Licencia Ambiental
156	27-sep-16	2003087	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	op 7461 Pago TERCEROS	177.332.428	31.919.837	145.412.591	Construcción de viviendas y puesto de salud comunidad de Mata de Caña esta por Licencia Ambiental
163	20-oct-16	2003087	CONSTRUCTO RA EMMA LTDA	op 7378. Pago ACTA N 1 Y 2. AACTIVIDADES AMBIENTALES	147.340.018	58.936.007	88.404.011	Adecuación de terrenos y construcción de vías para reasentamiento Mata de Caña esta por Licencia Ambiental
170	22-dic-16	2003087	ELECTRIGA REU	OP. 7662 Pago FACT. 378	32.694.998	5.885.100	26.809.898	Instalaciones eléctricas reasentamiento Mata de Caña. aprobado por Licencia Ambiental
172	27-ene-17	2003087	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	OP. 7727 ACTA 5 FACT. 5	106.820.520	19.227.694	87.592.826	Anticipo 20% construcción de viviendas y puesto de salud Comunidad de Mata de Caña. acta parcial 5 esta por Licencia Ambiental

Solo transcribiendo algunas de las operaciones a que se refiere el Tribunal puede observarse que, de manera parcial, la firma interventora decidió avalar el pago efectuado por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales, procediendo, en consecuencia, a no avalar o aceptar el valor restante, sin que se indique al respecto explicación alguna que permita entender las conclusiones tomadas en este sentido por el Consorcio El Pino.

Sin perder de vista lo anterior, el informe rendido por el Consorcio El Pino da cuenta o demuestra aspectos definitivos en lo que respecta a las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención reformada. De manera general, se evidencia con las conclusiones expuestas por la firma interventora que varias de las operaciones realizadas por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto no tenían relación de causalidad con el propósito dado por el contrato mismo a estas subcuentas en específico. En otras palabras, si se tiene en cuenta que distintas cláusulas del contrato fueron enfáticas en establecer los aspectos o asuntos que podían cubrirse o pagarse con cargo a las subcuentas ambientales del proyecto, es claro, de acuerdo con los resultados encontrados por el Consorcio El Pino que, el pago de varias obligaciones asumidas por el concesionario con cargo a estas subcuentas no podía, contractualmente, ser cubierto con los recursos depositados en las mismas.

- **Del informe rendido por el Consorcio Interventores Viales AIG**

El 12 de marzo de 2018, mediante comunicación con Rad. No. 2018-409-026224-2¹²⁶, el Consorcio Interventores Viales AIG rindió ante la ANI un informe relacionado con los costos y gastos sufragados por la sociedad concesionaria con cargo a los recursos depositados en las subcuentas ambientales del proyecto. En este documento, el Consorcio interventor relacionó todas las operaciones que, a juicio suyo, no cumplían con los requisitos contemplados en el contrato de concesión para el manejo de las subcuentas ambientales del proyecto. De acuerdo con los análisis realizados en este sentido, el informe concluye que los valores no aprobados o no aceptados con cargo a las subcuentas ambientales ascendían a la suma de \$18.794.984.440, así:

RESUMEN DE VALORES NO APROBADOS SUBCUENTA AMBIENTAL

SUBCUENTAS AMBIENTALES	VALOR NO AVALADO
2002358 ALCANCE BASICO	\$ 8.225.438.868,00
2003087 ADICIONAL 3	\$ 9.167.815.357,00
2003085 ADICIONAL 2	\$ 534.918.159,00
2003086 OTROS SI 3	\$ 866.812.056,00
TOTAL	\$ 18.794.984.440,00

Igualmente, como apoyo de estos cálculos, se concluyó en el informe de interventoría lo siguiente:

“1. Los pagos por seguimiento y tasas no son imputables a la subcuenta No. 5, de acuerdo a lo definido en el numeral 5.4 y 22.3.

“2. Se considera que los rescates arqueológicos deben ser imputados a la Subcuenta 5 porque están incluidos en una de las fichas del Plan de Manejo Ambiental aprobada para las Licencias ambientales, más no el personal de arqueología de acuerdo a los numerales 25.3 y 51.3.

¹²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 357 CD. Documento aportado en medio magnético.

“3. Se considera que los costos administración, utilidad e imprevistos en las facturas y soportes presentados por el Concesionario, no son imputables a la Subcuenta 5.

“4. Las compensaciones ambientales se considera que se deben ser (sic) imputadas a la subcuenta No. 5 porque se encuentra como requerimiento en la licencia ambiental, de acuerdo al numeral 22.7 del contrato, sin embargo, este solo se refiere a obligaciones de las licencias, más no a permisos de aprovechamiento obtenidos en la CVS OP 6867 y 7401.

“5. Los costos asociados a la consulta previa como requisito previo a la consecución de la Licencia Ambiental deben ser asumidos a cuenta y riesgo del Concesionario de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 27.15 del Contrato de Concesión.

“6. Sin perjuicio de lo anterior, los costos asociados al cumplimiento de los acuerdos protocolizados en las consultas previas, deben entenderse como obligaciones emanadas de la licencia ambiental y en ese sentido deben imputarse a la Subcuenta No. 5. Así, como consultas previas producto de las modificaciones a la licencia ambiental.

“7. La elaboración de estudios ambientales se considera a cuenta y riesgo del Concesionario de acuerdo al numeral 27.15 y 28.

“8. Las modificaciones de licencias ambientales no son imputables a la Subcuenta No. 5 de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 27 del Contrato de Concesión.

“9. Las tasas no son imputables a la Subcuenta No. 5 de acuerdo al numeral 22.5.

“10. Los monitoreos se deben imputar a la Subcuenta No. 5 porque están incluidos en las Licencias Ambientales y Planes de Manejo Ambiental, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 22.7.” -Subraya ajena al texto-

Fueron estas las consideraciones expuestas por el Consorcio Interventores Viales AIG para sustentar sus conclusiones en relación con las operaciones realizadas por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales. Al respecto, el Tribunal advierte que, de manera general, se trata de un informe amplio y debidamente sustentado, en el que se evidencia una rigurosidad técnica en el manejo de la información recopilada y en la clasificación realizada por la firma interventora para lograr los resultados expuestos.

Ahora bien, igual a lo encontrado en el informe rendido por el Consorcio El Pino, este estudio posterior es consecuente o concordante en colegir que varias obligaciones dinerarias asumidas por el particular contratista con cargo a los recursos depositados en las subcuentas ambientales no podían, contractualmente, sufragarse o pagarse con estos recursos. En este sentido se relacionó por parte del Consorcio Interventores Viales AIG un largo listado en el que se identifican con precisión las operaciones que, en su sentir, no podían asumirse con cargo a las subcuentas ambientales, ratificándose con ello lo encontrado inicialmente por el Consorcio El Pino, aspecto del todo importante si se tiene en cuenta que se trata de un gran porcentaje de operaciones que no fueron avaladas por ninguna de las firmas y, por ende, no hay lugar a que las mismas se imputen o se carguen a los recursos dispuestos en las subcuentas ambientales.

Sin desconocer lo anterior, el Tribunal debe referir a varios ejercicios efectuados por la firma Interventores Viales AIG que generan inquietudes. Como se expuso en la cita anteriormente reseñada, para esta firma interventora, los costos y gastos relacionados con rescates arqueológicos sí podían asumirse con cargo a las subcuentas ambientales e, igualmente, los monitoreos respectivos al estar incluidos en las licencias ambientales y en los planes de manejo ambiental. No obstante, en el listado contenido en el informe en cuestión, se detallan varias operaciones que parecerían tener relación con estos asuntos y que, pese a ello, no habrían sido avaladas por la firma interventora, aspecto que llama la atención por una posible contradicción sobre el particular.

El Tribunal se refiere, entre otras, a las siguientes operaciones:

28-abr-14	2002358	5001	RESTREPO LOTERO JOHN FREDDY	OP. 5001. ESTUDIOS Y DISEÑOS	\$ 4.564.003,00	Seguimiento y dirección al Monitoreo Arqueológico de la Variante Oriental de Sincelejo en febrero 2014	51.3
28-abr-14	2003087	5002	AMBIELAB LTDA	OP. 5002. ESTUDIOS Y DISEÑOS	\$ 2.931.878,00	Monitoreo agua La Yé-Sahagún feb 2014	22.5
17-jul-14	2003087	5195	ARQUEONORTE SAS	ORDEN N° 5195 FACT. 136	\$ 4.104.000,00	Monitoreo Arqueológico puente lorica , Intersección Puente Los Garzones, en la descripción del contrato no se habla de puente de lorica	25.3, 51.3
18-jul-14	2002358	5196	RESTREPO LOTERO JOHN FREDDY	ORDEN N. 5196 PAGO PRESTACION SERVICIOS.	\$ 4.272.000,00	Seguimiento y monitoreo arqueológico Variante Oriental de Sincelejo págs 5 y 6.	5.4, 22.3
09-sep-14	2002358	5319	RESTREPO LOTERO JOHN FREDDY	OP 5319. SEGUIMIENTO Y DIRECCION AL MONITOREO ARQUEOL. DE LA VARIANTE ORIENTAL. JUN14.	\$ 4.272.000,00	Seguimiento y dirección al monitoreo arqueológico de la Variante Oriental de Sincelejo	5.4, 22.3
01-jun-15	2003087	6133	ARQUEONORTE SAS	OP. 6133. ASESORIA Y ACOMPAÑAMIENTO FV 195	\$ 4.924.800,00	Asesoría y acompañamiento en monitoreo arqueológica La Yé-Sahagún abril 2015	25.3, 51.3
19-nov-15	2003087	6575	ARQUEONORTE SAS	OP. 6575 FACT. 239/40	\$ 9.801.600,00	Asesoría y acompañamiento en monitoreo arqueológica La Yé-Sahagún, Sincelejo-Toluviejo septiembre 2015	25.3, 51.3
19-feb-16	2003087	6861	ARQUEONORTE SAS	ORDEN N. 6861 FV 251 PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES	\$ 4.104.000,00	Monitoreo Arqueológico sampues-sincelejo noviembre 2015	25.3, 51.3

Como se ve, estas operaciones refieren o tienen relación con aspectos de orden arqueológico y, además, con la realización de labores de monitoreo que, según lo expuesto por la firma interventora, podrían asumirse con cargo a los recursos disponibles en las subcuentas ambientales. Sin embargo, luego de revisar el listado completo contenido en el informe bajo análisis, se evidencia que las operaciones anteriores no fueron avaladas por el Consorcio Interventores Viales AIG, aspecto que genera confusiones para

el Tribunal en razón a que no se advierte un manejo consecuente o concordante por parte de la firma interventora.

Vale advertir en este sentido que lo anterior atañe a un aspecto de alto contenido técnico y, por ende, no podría el Tribunal determinar si hay o no lugar a la exclusión de estos pagos o a concluir que los mismos no podían asumirse con cargo a las subcuentas ambientales. Pero, en todo caso, deben mencionarse estas inquietudes que dificultan al Tribunal el estudio relacionado con el total de los valores o sumas que habrían de reembolsarse por parte de la sociedad concesionaria.

De otro lado, si bien se indicó por parte de la firma interventora que, de acuerdo con sus análisis, los costos asociados al cumplimiento de las consultas previas sí podían cubrirse con cargo a las subcuentas ambientales, no fue avalada la siguiente operación que se refería a un pago relacionado con una consulta previa:

02-ago-16	2003087	7357	AMBIOTEC LTDA	op 7357. TERCER PAGO S/FINALIZACION DE LA ETAPA DE PREACUERDO S.	\$ 44.741.835,00	Pago AMBIOTEC Consulta Previa	27.15 (Tramitar y Obtener la Licencia Ambiental en caso de que a la firma de EL CONTRATO, no se haya expedido, tramitar y obtener las modificaciones de la Licencia Ambiental otorgada por la Autoridad Ambiental, de acuerdo con los estudios y diseños realizados por EL CONCESIONARIO.)
-----------	---------	------	---------------	--	------------------	-------------------------------	--

En cuanto a las siguientes operaciones que a continuación se identifican, no entiende el Tribunal porqué, pese a que las mismas se derivan de la licencia ambiental, no fueron avaladas por la firma interventora, más cuando no se expone al respecto explicación alguna:

09-sep-16	2003087	7414	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	op 7414 Pago FC N° 03	\$ 69.523.844,00	Anticipo 20% construcción de viviendas y puesto de salud comunidad de Mata de Caña. acta parcial 3. esta por Licencia Ambiental	
27-sep-16	2003087	7461	UNION TEMPORAL FRANCISCO DOMINGUEZ	op 7461 Pago TERCEROS	\$ 177.332.428,00	Construcción de viviendas y puesto de salud comunidad de Mata de Caña esta por Licencia Ambiental	

Como ya se dijo, no se trata de desvirtuar o desconocer las conclusiones logradas por la firma Interventores Viales AIG respecto de las operaciones en comento, sino que, al hacer mención de las mismas, el Tribunal advierte que tras la revisión del informe respectivo le asisten dudas o inquietudes relacionadas con estos específicos casos que le impedirían tener certeza en cuanto a los valores descontados por la interventoría al no proceder su pago con cargo a las subcuentas ambientales.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal sí encuentra probado en el caso concreto que, tal como lo adujo la entidad convocada en su demanda de reconvencción reformada, la sociedad concesionaria desconoció el clausulado contractual relacionado con el manejo, el objeto y el propósito que se había previsto convencionalmente para las subcuentas ambientales y para los recursos allí depositados. En efecto, tanto el informe rendido por el Consorcio El Pino como el realizado y entregado por el Consorcio Interventores Viales AIG, concluyen que, varias operaciones realizadas por la sociedad concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales del

proyecto no tenían relación con los asuntos, aspectos o materias que, contractualmente, podían ser cubiertos con estos recursos, de manera que, pese a tratarse de obligaciones que podrían referirse al objeto contractual mismo, no debían sufragarse con los recursos depositados en las subcuentas ambientales como lo hizo el particular contratista.

Como se expuso anteriormente, fueron distintas cláusulas del contrato las encargadas de precisar la destinación que podría darse a los recursos consignados en las subcuentas ambientales del proyecto, ello sin perder de vista que en el clausulado contractual también se contienen otras estipulaciones que, expresamente, indicaban el tipo de gastos u obligaciones que no estarían cubiertos con estos mismos recursos. Con fundamento en ello, el Tribunal concluyó -como se dijo antes- que no todo costo o gasto relacionado con temas o asuntos de orden ambiental podía, *per se*, asumirse con cargo a las referidas subcuentas ambientales, toda vez que existe al respecto una regulación específica en el mismo Contrato de Concesión No. 002 de 2007.

Si se tiene en cuenta lo anterior, debe señalarse que el concesionario no estaba habilitado para imputar a las subcuentas ambientales o pagar con cargo a las mismas cualquier obligación dineraria que se causara en el marco de la ejecución contractual. Al respecto, el particular contratista debía ser cuidadoso en cuanto al manejo y la destinación de los recursos depositados en las subcuentas ambientales, atendiendo para el efecto los condicionamientos contractualmente previstos en tal sentido. Pero, de acuerdo con las pruebas antes referenciadas, ha quedado demostrado que varias de las operaciones realizadas por el concesionario con cargo a estas subcuentas, corresponden a pagos que no podían sufragarse con estos recursos en particular, denotándose con ello una utilización indebida de las tantas veces mencionadas subcuentas ambientales.

Así las cosas, recordando que, entre otras, las cláusulas 22 y 23 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 dictan el objeto o propósito de las subcuentas ambientales y, en consecuencia, las obligaciones que podían cubrirse o sufragarse con cargo a las mismas, para el Tribunal está probado el incumplimiento del contratista de dicho clausulado, toda vez que, varias de las operaciones realizadas con cargo a las referidas subcuentas ambientales estaban relacionadas con asuntos distintos a los contemplados en las referidas condiciones contractuales, implicando dicha actuación un desconocimiento del contrato en lo que respecta al manejo y destinación de los recursos depositados en la Subcuenta 5 del Fideicomiso. Vale traer a colación en este sentido lo expuesto por el Consejo de Estado en cuanto a la gestión del riesgo ambiental, sobre lo cual ha indicado que, “... *dentro de la gestión del riesgo en los trámites de las licencias ambientales, es indiscutible que el contratista debía tomar medidas de mitigación para evitar gastos innecesarios, dado que no se le reconocerían sino aquellos previamente definidos y cuantificados para la respectiva actividad*”¹²⁷.

Ahora, en cuanto a la pretensión de reembolso formulada por la entidad pública convocada, el Tribunal encuentra que, en efecto, al tratarse de pagos realizados con cargo a una subcuenta que no correspondía, es menester que la sociedad concesionaria efectúe el reintegro de los recursos correspondientes en beneficio de las subcuentas ambientales del proyecto. Sin embargo, tratándose de la suma o del monto que habría de reintegrarse

¹²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 23 de octubre de 2017. Exp. 53.875. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

y por lo cual se pide una condena expresa en la demanda de reconvención reformada, debe precisar el Tribunal que no tiene certeza ni fundamento probatorio suficiente que le permita tomar una decisión sobre este particular.

Como se indicó anteriormente, reposan en el expediente dos informes relacionados con el asunto en cuestión, ambos indicativos de sumas o montos distintos. En efecto, si bien existe coherencia entre ambos estudios al concluir que varias operaciones realizadas por la concesionaria con cargo a las subcuentas ambientales no podían pagarse o sufragarse con los recursos depositados en las mismas, son evidentes las diferencias monetarias que reportan los informes, sin que el Tribunal cuente con algún medio de prueba que le permita conciliar las sumas arrojadas en cada uno de los estudios referidos.

Recuérdese que, según el Consorcio El Pino, los recursos que deberían reembolsarse por parte de la sociedad concesionaria ascienden a la suma de \$21.124.530.842,41. Por su parte, el Consorcio Interventores Viales AIG arribó por el mismo concepto un monto de \$18.794.984.440. No cuenta el Tribunal con pruebas o soportes jurídico-probatorios que le permitan acoger una u otra suma, a lo cual debe agregarse que, según se expuso antes, frente a ciertas operaciones o conceptos expuestos en ambos informes de interventoría hay dudas o inquietudes que no pueden solventarse con las pruebas del proceso, de ahí que no pueda tenerse certeza respecto de un monto a reembolsar por parte de la sociedad concesionaria.

Esta especial circunstancia impide decretar una condena por tal concepto. Al no existir prueba definitiva y contundente que con suficiencia y certeza dé cuenta de las sumas destinadas indebidamente por la sociedad concesionaria al no poder sufragarse o pagarse con cargo a las subcuentas ambientales, mal haría el Tribunal en tomar determinaciones en este sentido sin contar para el efecto con una prueba que resulte procedente y pertinente para demostrar esta especial circunstancia.

Con fundamento en lo anterior, habrá de accederse a las pretensiones principales segunda, tercera y cuarta de la demanda de reconvención reformada y, por su parte, serán negadas las pretensiones séptima y octava formuladas en el mismo documento. En cuanto a la pretensión novena declarativa, no reposa en el plenario prueba alguna que le permita al Tribunal adoptar una decisión sobre el particular y, por ende, al no cumplirse en este caso con el principio de la carga de la prueba, también será negado dicho pedimento.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por la parte convocante en su escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, el Tribunal las tendrá por no demostradas. En particular, al advertir que, el incumplimiento contractual de las obligaciones relacionadas con el manejo y la destinación de los recursos depositados en la subcuenta ambiental, implica para el contratante incumplido una consecuencia consistente en reembolsar los dineros indebidamente destinados, pues fue claro el contrato de concesión en establecer las condiciones atinentes al objeto y propósito de estas subcuentas, las cuales no fueron atendidas por el particular contratista según quedó demostrado.

Ahora bien, sobre la excepción de caducidad de la acción planteada por la convocante, debe resaltarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 164

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, numeral 2, literal j), es menester señalar que, el Contrato de Concesión se encuentra en ejecución, de manera que, el término de caducidad atinente a las distintas situaciones acaecidas en el marco del mismo aún no ha comenzado a correr, de ahí que no puede tenerse por demostrada esta excepción de mérito.

La convocante alegó también la supuesta configuración de un silencio administrativo positivo en favor suyo. Particularmente, se indicó en este sentido que, la petición radicada ante la ANI el siete (7) de junio de 2016, mediante la cual solicitaba autorización para efectuar fondeos adicionales a la subcuenta ambiental del Adicional No. 3, no fue contestada en tiempo y, por ende, se presumía aceptada su solicitud. Sin embargo, el Tribunal encuentra probado en el proceso que sí existió respuesta negativa frente a este pedimento formulado por la concesionaria e, incluso, respecto de las demás solicitudes planteadas en igual sentido -casi 40 peticiones-, aspecto que, incluso, fue aceptado por el particular contratista en su comunicación de tres (3) de octubre de 2018, con Rad. No. 2018-409-102679-2¹²⁸, en la cual indicó:

*“Siendo clara la diferencia contractual existente, **así como la negativa de la ANI de autorizar los fondeos en exceso y de la interventoría de hacer lo propio por considerar que no es competente para ello, según se lee en su comunicación No. 01-025-0281-18 del 21 de septiembre de 2018, el concesionario se encuentra en imposibilidad de efectuar fondeos adicionales a las subcuentas ambientales del fideicomiso, no solo por la falta de autorización a que hicimos referencia, sino porque adicionalmente, la ANI ha desconocido los perjuicios ocasionados en éste con ocasión de la disminución y posterior eliminación del beneficio tributario, ha extendido en el tiempo el pago de los intereses moratorios y corrientes y por ende el pago del capital que el concesionario ha depositado, a título de financiación a la entidad en las subcuentas prediales del fideicomiso y, para agravar la situación, ahora ha decidido desconocer los fondeos en exceso que el concesionario ha efectuado a las subcuentas ambientales del alcance básico y adicional 3 del contrato.”*** - Subraya y negrita ajenas al texto-

De otra parte, fueron varias las comunicaciones fechadas con anterioridad al inicio del presente trámite arbitral en las cuales, la entidad pública contratante, con apoyo en las conclusiones de las firmas interventoras, requirió a la sociedad concesionaria para que, primero, explicara la destinación de los recursos sufragados con cargo a las subcuentas ambientales y, segundo, efectuara el reembolso de los dineros que había utilizado con propósitos distintos a los definidos contractualmente para los recursos depositados en dichas subcuentas. Esto implica, entonces, que el requerimiento formal directo y por vía administrativa si se realizó por parte de la ANI, sin que pueda excusarse el contratista en una supuesta falta de constitución en mora por este preciso aspecto.

Alegó también la convocante y demandante en reconvencción, a manera de excepción de mérito, que las diferencias suscitadas por la demandante en reconvencción fueron objeto del acuerdo de conciliación celebrado en noviembre de 2015; sin embargo, debe enfatizar el Tribunal que las controversias objeto de dicho acuerdo de conciliación correspondieron a aquellas que fueron objeto de los litigios que para ese momento se tramitaban en sendos procesos arbitrales, sin que ello incluyera cualquier

¹²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 464 a 466.

diferencia originada en la relación contractual, como equivocadamente lo propone el apoderado judicial de la convocante. Así las cosas, al no tratarse de una materia conciliada en dicha oportunidad, no aplica frente a la misma la excepción propuesta y, por ende, habrá de declararse no probada.

D. Cuestión arbitrable sobre el reconocimiento y pago de costos relacionados con la gestión predial del proyecto

En la demanda arbitral reformada se plantea una controversia atinente al eventual reconocimiento y pago de costos asumidos por la concesionaria en materia de gestión predial. Es menester en este sentido referir a las pretensiones formuladas en concreto y a las posiciones asumidas frente al particular por la entidad convocada y por el Ministerio Público.

1. La posición de la parte convocante

Los siguientes pedimentos se formularon en la demanda arbitral reformada para reclamar del Tribunal una serie de declaraciones y una consecuencial condena, respecto de asuntos atinentes a la ejecución de obligaciones relacionadas con la gestión predial del proyecto. De manera concreta, la sociedad convocante plantea en este sentido las siguientes pretensiones¹²⁹:

“CUADRAGÉSIMA SEXTA.- Que se DECLARE que, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, todos los costos y gastos en los que deba incurrir el Concesionario AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS, relacionados con los trámites para adelantar los estudios de títulos, actividades de Gestión Predial y, en general, para la adquisición de predios o mejoras; deben y han debido pagarse con los recursos depositados por el Concesionario en la Subcuenta 2 del Fideicomiso.

“CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se DECLARE que el Concesionario ha incurrido en costos y gastos necesarios para adelantar los trámites de estudio de títulos y actividades de Gestión Predial, tales como pagos de salarios, prestaciones sociales y seguridad social de los trabajadores encargados de coordinar y ejecutar la Gestión Predial de la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS; elaboración de avalúos por entidades y personas jurídicas especializadas; estudios de indemnizaciones y compensaciones, etc., por la suma de \$6.800.643.081, los cuales han sido cubiertos con recursos de la Subcuenta Principal y no de la Subcuenta 2 y demás subcuentas ambientales del fideicomiso, como correspondía.

“CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- Solicito se DECLARE, como consecuencia de las anteriores dos pretensiones, así como de las pretensiones Décima Sexta y Décima Séptima; que las sumas de dinero utilizadas por AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS en la ejecución de los trámites de Gestión Predial deben considerarse o hacer parte de los cálculos y estimaciones del Riesgo de Gestión Predial y, por tanto, incluido con las sumas de dinero que hacen parte del riesgo asumido por la ANI para las obligaciones prediales del proyecto.

“CUADRAGÉSIMA NOVENA.- Que, como consecuencia de la prosperidad de las tres pretensiones anteriores, solicito se CONDENE a la demandada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a pagar al CONCESIONARIO la suma de \$6.800.643.081, más los intereses remuneratorios y moratorios pactados, liquidados desde la fecha de las facturas o de los desembolsos de los costos de personal y hasta la fecha de pago.”

¹²⁹ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 286 y 287.

En apoyo de estas pretensiones, la convocante indica en su demanda que, la sociedad concesionaria ha dado cumplimiento a sus obligaciones relacionadas con la gestión predial del proyecto, entendiéndose por la misma la realización de todos los trámites necesarios para adquirir, voluntariamente o por expropiación, los predios requeridos para la ejecución de las distintas obras encargadas al contratista. En concreto, la convocante señala que en el marco de esta precisa actividad ha realizado tareas como la elaboración de la ficha predial correspondiente a cada predio, el estudio de títulos, los avalúos, las ofertas de compra, el pago del precio por cada inmueble, ha sufragado los gastos notariales y ha cumplido con los trámites de registro.

En cuanto al reconocimiento de estas gestiones, se alega que, “... *algunos pagos de los costos y gastos por los trámites de gestión predial se han efectuado con cargo a la Subcuenta Principal -los efectuados por terceros- y no a la Subcuenta 2, porque para esto último el INCO -hoy la ANI- exigió que, previamente se debía hacer la revisión de los expedientes de adquisiciones (“carpetas”)*”. No obstante lo anterior, la entidad ha respondido frente a ciertos casos que, en su sentir, el concesionario no cumplió con los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de los respectivos procesos adelantados para la adquisición de predios, relacionando cada uno de los eventos a que se ha referido e indicando las observaciones correspondientes.

Ante la postura asumida por la contratante, el particular contratista aduce en su demanda que, luego de las observaciones hechas por la entidad, ha radicado ante la interventoría las carpetas contentivas con la gestión predial terminada esperando su aprobación y el pago respectivo. Sin embargo, se alega sobre el particular que el trámite es dispendioso y lento ante la interventoría, cuestión determinante si se considera que es necesario el aval de la firma interventora para entregar las carpetas a la ANI y efectuarse el cobro respectivo.

2. La posición de la parte convocada

En el escrito de contestación de la demanda arbitral reformada, el apoderado de la entidad pública convocada se opuso expresamente a las pretensiones formuladas en materia de gestión predial. Adujo en tal sentido que, los recursos dispuestos en la Subcuenta 2 del Fideicomiso tienen como único propósito cubrir los gastos de adquisición de predios y no la gestión predial respectiva, los cuales son a cargo del concesionario sin que haya lugar a efectuar reconocimiento adicional alguno por parte de la entidad contratante.

Aunado a lo anterior, la convocada señala que, “... *en el Modelo Financiero de la Conciliación del Proyecto, no se encuentra contemplado ningún ítem que mencione los honorarios derivados de efectuar la Gestión Predial*”¹³⁰. Concluye en este sentido que el pago de honorarios para cubrir los profesionales necesarios para adelantar los trámites de expropiación por vía judicial, debe asumirlo la sociedad concesionaria.

Frente a las pretensiones en cuestión, no se formuló ninguna excepción de mérito por parte de la entidad convocada.

3. El concepto del Ministerio Público

¹³⁰ Cuaderno Principal No. 1 - folio 412.

Frente a este asunto en particular, no hubo pronunciamiento por parte del Señor Agente del Ministerio Público en su concepto rendido en la audiencia de alegatos de conclusión.

4. Consideraciones del Tribunal

En un capítulo precedente, el Tribunal estudió lo relacionado con el riesgo de adquisición de predios, en desarrollo de lo cual abordó lo atinente a las exigencias presupuestales del proyecto tendientes a cubrir el valor de los inmuebles y/o mejoras requeridas para el cumplimiento del objeto contractual estipulado en el marco del Contrato de Concesión No. 002 de 2007. En concreto, las consideraciones efectuadas por el Tribunal en este sentido tienen relación con la concreción u ocurrencia de la contingencia tipificada, estimada y asignada contractualmente para sufragar el precio o costo directo de los predios necesarios para la ejecución de las obras; sin embargo, las controversias ahora formuladas por la convocante giran en torno a la denominada gestión predial, actividad que atañe o se refiere a las acciones, actuaciones y trámites efectuados, previamente, con el propósito de concretar la adquisición de los inmuebles y efectuar el registro documental de los mismos.

De acuerdo con lo dispuesto en el Documento Conpes 3107 de 2001, estos trámites conciernen a la gestión necesaria para la adquisición de los predios, actividades claramente diferenciables o que pueden distinguirse del valor o costo de los inmuebles respectivos. Sobre el particular, la cláusula 1.42 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 se encargó de precisar en cuanto a la definición o alcance de la referida “gestión predial” lo siguiente:

“1.42. Gestión Predial

“Es el conjunto de actividades tendientes a obtener, de manera oportuna, los predios requeridos para los proyectos viales. Involucra actividades de carácter técnico, legal y social, a saber: brindar información previa del proceso, elaboración de fichas y planos prediales, avalúo comercial de predios y mejoras, aplicación de Resolución 609 de 2005, elaboración de estudio de títulos, elaboración de documentos de compraventa (oferta formal de compra, promesa de compraventa y escrituras) y entrega física del predio, hasta obtener el registro de las escrituras de compraventa a favor de la Nación – INCO. Involucra igualmente los trámites administrativos y legales relacionados con la expropiación por vía administrativa y/o judicial (a potestad del INCO), en los casos en que resulta fallido el proceso de enajenación voluntaria directa.”¹³¹ -Subraya ajena al texto-

Entendiendo en estos términos lo concerniente a la gestión predial, se advierte en primer lugar que, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 5ª del contrato, “... el costo de la gestión predial [corre] a cargo del Concesionario”¹³², obligación que fue reiterada en la cláusula 27.10, en la cual se acordó que, el contratista debía, “[a]delantar las actividades tendientes a la adquisición de predios en los términos previstos en las CLÁUSULAS 28, numeral 28.4 y 38 y la gestión predial derivada”¹³³. A su vez, la mencionada cláusula 28.4 fue clara en dictar que le correspondía a la sociedad concesionaria, “[a]delantar la gestión predial para la adquisición

¹³¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 09.

¹³² Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 17.

¹³³ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 46.

de la totalidad de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto de conformidad con la CLÁUSULA 37 de EL CONTRATO¹³⁴.

Las cláusulas en mención dan claridad que es responsabilidad del contratista adelantar las distintas actividades propias de la gestión predial, obligación que se contiene, también, en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007¹³⁵, de la cual se destacan los siguientes apartes:

“CLÁUSULA 37. ADQUISICIÓN DE PREDIOS

“La gestión para la adquisición de los predios y/o mejoras requeridas para ejecutar el mejoramiento y la construcción del proyecto estará a cargo de EL CONCESIONARIO, labor que será realizada a favor del INCO, quien suscribirá los respectivos contratos de compraventa y demás documentos de conformidad con las leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia.

*“EL CONCESIONARIO mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con el estudio de títulos, valoración de terrenos y construcciones, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra EL INCO, durante todo el periodo de la concesión por hechos u omisiones de EL CONCESIONARIO en su gestión predial a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. **Así mismo, cualquier error en la identificación del beneficiario, de las áreas requeridas, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso, será atribuido al CONCESIONARIO y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta 2, los recursos pagados por error o en exceso; además, EL CONCESIONARIO, se compromete a brindar la información que EL INCO le solicite con relación a la gestión predial que se adelante.***
(...)

“Los costos derivados de deficiencias en el levantamiento de la información o en la aplicación de la resolución 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial, elaboración de las fichas prediales, los avalúos comerciales y las promesas de compraventa y escrituras, serán asumidos por EL CONCESIONARIO.

“De conformidad con el cronograma de gestión predial que establezca EL CONCESIONARIO, deberá entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, debidamente individualizados. Dicho inventario contendrá, por lo menos, lo siguiente:

“1. La identificación precisa y georreferenciada de conformidad con el sistema de georreferenciación del INVIAS de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, de acuerdo con el corredor identificado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Mejoramiento.

“2. Las fichas y planos prediales para todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, las cuales deberán ser elaboradas conforme a los formatos que suministrará EL INCO.

¹³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 50 Vto.

¹³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 57 y siguientes.

“3. Un estudio de títulos de todos y cada uno de los predios requeridos.

“4. La cédula catastral de todos y cada uno de los predios requeridos.

“5. La certificación de desarrollabilidad del predio emitida por la Oficina de Planeación Municipal, en el caso de adquisiciones parciales.

“6. El avalúo de los predios y/o mejoras que sean requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto. En aplicación de lo previsto en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, EL CONCESIONARIO contratará – a su propio costo – la realización de este avalúo con una firma habilitada para estos efectos de acuerdo con el Decreto 1420 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o subroguen. La firma evaluadora será escogida por EL CONCESIONARIO siguiendo el principio de selección objetiva para lo cual deberá solicitar propuesta – en igualdad de condiciones – a tres (3) firmas evaluadoras que cumplan con las condiciones establecidas en el Decreto 1420 de 1998 y escogerá a aquella que ofrezca mejores condiciones de precio.

“7. Presentar la información social en los formatos definidos por EL INCO para la aplicación de la resolución 609 de 2005.

“8. El valor discriminado y totalizado de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Proyecto incluido el valor de las compensaciones sociales por adquisición predial. La propuesta de forma de pago a los propietarios, deberá respetar lo previsto en el artículo 67 de la ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, sustituyan, subroguen o adicionen.

“9. El Certificado de uso del suelo expedido por la Oficina de Planeación Municipal respectiva, para todos y cada uno de los Predios requeridos.

“10. El cronograma para desarrollar la gestión predial, en concordancia con el Cronograma de Obra propuesto por EL CONCESIONARIO.

“A partir de la presentación del inventario predial, EL CONCESIONARIO podrá inicial labores de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios requeridos.

“En todo caso, EL CONCESIONARIO será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual estos predios serán de propiedad de EL CONCESIONARIO.

“EL CONCESIONARIO deberá adelantar la gestión predial necesaria para la adquisición de la totalidad de los predios y/o mejoras requeridos para la ejecución de los Alcances del proyecto, de acuerdo a las metas de cumplimiento obligatorio, siguiendo el procedimiento que se indica en esta CLÁUSULA. Si tuviere dificultades y requiriere del trámite legal para realizar la expropiación de predios, deberá informar oportunamente al INCO; con esta información deberá entregar debidamente preparados todos los documentos legales que deba firmar el director de el INCO o cualquier autoridad del Instituto, para

efectos de iniciar y llevar a término el proceso de expropiación por vía judicial y dentro del plazo previsto por la Ley.

“EL CONCESIONARIO será el responsable de elaborar todos los documentos y adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo los procesos de enajenación voluntaria y de expropiación, así como de contar con los profesionales requeridos para iniciar hasta llevar a término el proceso de expropiación.”

*“EL INCO será responsable de suscribir las ofertas formales de compra, promesas de compraventa, escrituras de compraventa de los predios y/o mejoras y de suscribir todos los documentos preparados por EL CONCESIONARIO para adelantar los procesos de expropiación que sean del caso. **Así mismo, en desarrollo de sus funciones, adelantará la supervisión, seguimiento y control del proceso de gestión predial y efectuará control de calidad a los documentos enviados al INCO para firma.***”

“En desarrollo de los alcances de EL CONTRATO, EL CONCESIONARIO deberá adelantar el siguiente procedimiento: (...)

“7. EL CONCESIONARIO deberá informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios con respecto a los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información: a) Ficha predial; b) Nombre del enajenante; c) Localización e identificación del predio; d) Área adquirida; e) Construcciones y/o mejoras adquiridas; f) Avalúo comercial del predio; f) (sic) Número de escritura; y g) (sic) Folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación, EL CONCESIONARIO deberá adjuntar las carpetas que contienen todos los antecedentes de cada negociación.” -Subraya y negrita ajenas al texto-

Recordando que la citada cláusula 37 ya fue objeto de análisis por parte del Tribunal al tocar lo referente al denominado riesgo de adquisición de predios, debe destacarse en este punto que la misma regula asuntos particulares relacionados con la gestión predial, según el concepto que de la misma se expuso *supra*. En primer término, dicha cláusula 37 reitera que “[l]a gestión para la adquisición de los predios y/o mejoras requeridas para ejecutar el mejoramiento y la construcción del proyecto estará a cargo de EL CONCESIONARIO”. Bajo esta premisa, contractualmente, se asigna al contratista la responsabilidad atinente a reclamaciones y acciones de terceros originadas en el desarrollo de la gestión predial y, así mismo, se asignan en cabeza del particular concesionario los efectos derivados de errores en la identificación de los beneficiarios, de las áreas requeridas, por falta de verificación de gravámenes o limitaciones, en los pagos o por cualquier pago realizado en exceso, disponiéndose al respecto que en el evento en que se concrete alguno de tales supuestos, la sociedad tendrá que reembolsar los valores respectivos a la Subcuenta 2.

Para el adelanto de la referida gestión predial, la sociedad concesionaria elaboraría un inventario contentivo de la totalidad de los predios necesarios para el desarrollo del proyecto, realizando la individualización correspondiente y abriendo en cada caso una carpeta o expediente administrativo que mantendría actualizada, de acuerdo con lo convenido en el documento modificadorio al Contrato de Concesión de ocho (8) de mayo de 2008, para que la ANI y la Interventoría ejercieran “... el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el CONCESIONARIO mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que haya lugar para establecer la concordancia de las fichas

prediales, avalúos y en general de los documentos elaborados y reportados para pago a la Subcuenta 2. Sin perjuicio de las obligaciones que en la materia corresponden al CONCESIONARIO, previamente al recibo de los expedientes culminados, el INCO cotejará que cada carpeta contenga los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los procedimientos legales, y asimismo, que el bien recibido se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente su disponibilidad”¹³⁶ -subraya ajena al texto-.

No dejan duda las distintas estipulaciones contractuales citadas en determinar la obligación de la sociedad concesionaria de adelantar las actividades propias de la gestión predial y, a su vez, responder por los eventuales perjuicios o efectos negativos que llegaren a ocasionarse por el indebido cumplimiento o incorrecta atención de estas obligaciones. Ahora bien, en lo que atañe a los recursos para cubrir estos gastos que, se repite, no pueden confundirse con los dineros necesarios para pagar el precio o el valor de los inmuebles y/o mejoras a adquirir, es menester advertir que, en los términos del contrato, son dos las subcuentas del fideicomiso con recursos destinados de una u otra forma al pago de los gastos y costos relacionados con la mencionada gestión predial.

En efecto, de un lado, la denominada Subcuenta Principal y, de otra parte, la Subcuenta 2, refieren o contemplan condiciones propias del manejo de los recursos depositadas en las mismas y determinan la destinación de estos dineros al pago de distintas actividades inherentes a la gestión predial. De acuerdo con la cláusula 1.84, en concordancia con la cláusula 23.4¹³⁷, con cargo a la Subcuenta Principal del proyecto se cubre el pago de los honorarios de abogados requeridos para adelantar los procesos de expropiación. Esta cláusula 1.84 prevé al respecto lo siguiente:

“1.84. Subcuenta Principal.

“Es la subcuenta que deberá constituir EL CONCESIONARIO en el Fideicomiso según la CLÁUSULA 23.4, en la cual se manejarán todos los recursos que de conformidad con este CONTRATO, no deban mantenerse en las Subcuentas 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

“La comisión fiduciaria correspondiente a la administración de los recursos depositados en las siete (7) subcuentas del Fideicomiso deberá descontarse de los recursos existentes en esta subcuenta.

*“Se incluyen en esta cuenta los costos por concepto de accesos a los predios, traslado y/o restitución de redes de infraestructura de servicios públicos y privados, **costos de los honorarios de los profesionales en los procesos de expropiación**, costos de la formulación e implementación del Plan Social Básico, costo de la elaboración de fichas prediales y*

¹³⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 136 Vto.

¹³⁷ Cláusula 23.4, Contrato de Concesión No. 002 de 2007: *“Subcuenta Principal: Es la subcuenta que deberá constituir EL CONCESIONARIO en el Fideicomiso, en la cual se manejarán todos los recursos que, de conformidad con este CONTRATO, no deban mantenerse en las Subcuentas 1, 2, 3, 4, 5 y 6. La comisión fiduciaria correspondiente a la administración de los recursos depositados en las siete (7) Subcuentas del Fideicomiso deberá descontarse de los recursos existentes en esta Subcuenta. Se incluyen en esta cuenta los costos por concepto de accesos a los predios, traslado y/o restitución de redes de infraestructura de servicios públicos y privados, intervenciones en bienes de uso público, la formulación e implementación del Plan Social Básico.*

“Las tarifas que cobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Autoridad Ambiental Regional Competente por los Servicios de evaluación y seguimiento, así como las tasas por el uso y aprovechamiento de recursos naturales serán pagadas por EL CONCESIONARIO a través de la Subcuenta Principal y en ningún caso por las Subcuentas 4 y 5.” (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 31.)

*documentos sociales para la aplicación de la Resolución 609 de 2005.” -
Subraya ajena al texto-*

De otra parte, las cláusulas 1.86 y 23.4¹³⁸ regulan lo atinente al contenido y alcance de la denominada Subcuenta 2 del Fideicomiso. Según dichas estipulaciones, con cargo a esta cuenta se sufragarían, en general, los costos y gastos relacionados con la adquisición de los predios y/o mejoras y los trámites tendientes al adelanto de los estudios de títulos y demás actividades propias de la gestión predial. Vale la pena mencionar que, de manera expresa, la misma cláusula 1.86 se encargó de establecer los costos que no se pagarían con cargo a la referida Subcuenta 2, dictando al respecto que, ni los honorarios de los abogados requeridos para el adelanto de los procesos de expropiación a que hubiere lugar ni el costo de la elaboración de las fichas prediales y de los documentos a que se refería la Resolución INCO 609 de 2005, se pagarían con los recursos de la Subcuenta 2.

Estipuló la cláusula 1.86 sobre este particular que:

“1.86. Subcuenta 2.

“Es la subcuenta que deberá constituir EL CONCESIONARIO en el Fideicomiso, según la CLÁUSULA 23.4, en la cual EL CONCESIONARIO depositará los recursos que él mismo debe prever para la adquisición de predios y/o mejoras, así como para el pago de las compensaciones sociales por afectación predial, el costo de los trámites a cargo del concesionario para adelantar los estudios de títulos y demás actividades del proceso de gestión predial, el valor de las indemnizaciones a favor de los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que hubiere lugar, declaradas por autoridades judiciales, los honorarios de los apoderados para adelantar los procesos de expropiación judicial, los gastos derivados de la imposición de servidumbres respecto de los predios correspondientes al Alcance Básico.

“Se incluye en esta subcuenta el valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados declarada por autoridades judiciales, los costos judiciales de imposición de servidumbres de los predios, las compensaciones identificadas en la resolución INCO 609 de 2005 a que haya lugar en cada proceso de adquisición predial, el valor de los profesionales que requiere EL INCO para el control, seguimiento y

¹³⁸ Cláusula 23.4., Contrato de Concesión No. 002 de 2007: *“Subcuenta 2: Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso en la cual el Concesionario depositará los recursos que el mismo debe prever para adelantar el proceso de adquisición de predios y/o mejoras incluidos el pago de las compensaciones sociales por afectación predial, el costo de los trámites a cargo del Concesionario para adelantar todas las actividades necesarias en la gestión predial, el valor de las indemnizaciones a favor de los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que hubiere lugar, declaradas por autoridades judiciales y los gastos derivados de la imposición de servidumbres respecto de los predios correspondientes al Alcance Básico. Se incluye en esta subcuenta los costos del saneamiento del corredor vial.*

“No se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales y la elaboración de los documentos establecidos en la resolución INCO 609 de 2005, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños, ni los costos de los honorarios de los profesionales requeridos por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación.

“Los rendimientos producidos por el monto depositado en la Subcuenta 2 acrecerán a la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión fiduciaria o cualquier otro concepto.

“Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior, sin perjuicio de que sus excedentes tengan la destinación que a continuación se prevé.

“El INCO será el beneficiario de los excedentes de la Subcuenta 2, la cual se liquidará al finalizar los pagos correspondientes a la adquisición de predios y/o mejoras, a las compensaciones sociales y a la constitución de servidumbres a que hubiere lugar. Si quedaren excedentes tras la liquidación definitiva, estos serán transferidos a la Subcuenta 3.” (Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 31 Vto.)

*vigilancia de la gestión predial desarrollada por EL CONCESIONARIO, los costos de los honorarios que requiere EL CONCESIONARIO para adelantar la gestión predial y los costos del saneamiento del corredor vial. No se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales y los documentos de la resolución 609 de 2005, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños, **ni los costos de los honorarios de los profesionales requeridos por EL CONCESIONARIO para adelantar los procesos de expropiación.*** -Subraya y negrita ajenas al texto-

La lectura de la cláusula transcrita deja entrever una posible contradicción en lo que corresponde a los honorarios de los profesionales requeridos por el concesionario para adelantar los procesos de expropiación, habida cuenta que, en el inciso primero los enlista como costos y gastos que podrían sufragarse con cargo a la Subcuenta 2, pero, al finalizar el inciso segundo, expresamente dispone que los mismos no están incluidos en dicha subcuenta. Pero esta especial circunstancia fue objeto de aclaración contractual entre las mismas partes al suscribir el documento Modificatorio de ocho (8) de mayo de 2008, oportunidad en la cual se convino en este sentido lo siguiente:

*“2.8. Cuando sea necesario adelantar trámites por vía de expropiación judicial, el CONCESIONARIO será el responsable de contratar los profesionales que se requieran hasta la culminación de los correspondientes procesos, y de realizar todas las gestiones para que se adelanten con la mayor celeridad. De acuerdo con lo establecido en el numeral 1.84 de la cláusula primera del contrato de concesión, **los costos de los profesionales requeridos para llevar a cabo los procesos de expropiación se incluirán en la Subcuenta principal del fideicomiso, lo cual es ratificado en el numeral 1.86 de la misma cláusula,** al precisar con relación a la Subcuenta 2 que ‘No se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales y los documentos de la resolución 609 de 2005, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños, ni los costos de los honorarios de los profesionales requeridos por EL CONCESIONARIO para adelantar los procesos de expropiación’ y reiterado en la cláusula 37 al señalar que ‘El CONCESIONARIO será responsable de elaborar todos los documentos y adelantar los trámites para llevar a cabo los procesos de enajenación voluntaria y de expropiación, así como de contratar los profesionales requeridos para llevar a término el proceso de expropiación.’”*¹³⁹

En los términos del documento Modificatorio en mención, está claro que, era con cargo a la Subcuenta Principal que se realizarían los pagos por concepto de honorarios de los profesionales dispuestos por la sociedad concesionaria para adelantar los procesos de expropiación que resultaran necesarios. Con esta precisión, hay lugar a colegir que, en determinadas proporciones, tanto los recursos depositados en la Subcuenta Principal como aquellos consignados en la Subcuenta 2, tendrían como destinación específica los costos y gastos inherentes al desarrollo o cumplimiento del proceso de gestión predial.

En efecto, con cargo a los recursos de la Subcuenta Principal, la sociedad concesionaria debía pagar o cubrir los honorarios de los profesionales requeridos para el trámite de los procesos de expropiación. A su vez, con cargo a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, se pagarían en general, los costos y gastos relacionados con la adquisición de los predios y/o mejoras y los trámites tendientes al adelanto de los estudios de títulos y demás

¹³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 136.

actividades propias de la gestión predial; sin embargo, fue clara la cláusula 1.86 antes citada en señalar que no se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales y los documentos de la resolución 609 de 2005, por cuanto los mismos hacen parte de los estudios y diseños y debían cubrirse con cargo al rubro correspondiente para tal efecto.

Así las cosas, el Tribunal encuentra que no hay lugar a acceder a la pretensión cuadragésima sexta de la demanda arbitral reformada en la manera en que la misma se redactó y formuló por parte de la convocante, habida cuenta que, de acuerdo con lo anterior, no es cierto que todos los costos y gastos relacionados con el desarrollo o adelanto del proceso de gestión predial necesarios para la adquisición de los predios y/o mejoras deben y han debido pagarse con cargo a los recursos depositados en la Subcuenta 2 del Fideicomiso. Como se indicó *supra*, parte de estos costos y gastos debían cubrirse con los dineros consignados en la Subcuenta Principal y, otro tanto, lo atinente al costo de la elaboración de las fichas prediales y los documentos de la resolución 609 de 2005, no son propios de la referida Subcuenta 2 sino que debían cubrirse con el rubro dispuesto para los estudios y diseños del proyecto.

Ahora bien, distintos documentos aportados por la sociedad contratista con destino al expediente (Cuaderno de Pruebas No. 2) dejan en evidencia que, en desarrollo del proceso de gestión predial del proyecto, fueron varias y de todo orden las actividades inherentes a este tipo de gestión contractual atendidas o adelantadas por la concesionaria, aspecto que resulta fácil de entender si se considera que, para la adquisición de cada predio y/o mejora requerida para el proyecto, era menester realizar los trámites propios de la gestión predial respectiva. Sin embargo, no reposa en el plenario prueba suficiente y pertinente que se refiera al monto sufragado por la sociedad concesionaria con el propósito de cubrir las referidas actividades de gestión predial y, menos aún, que permita clasificar o establecer con cargo a que subcuenta del fideicomiso se realizaron los pagos correspondientes.

Teniendo en cuenta lo deprecado por la convocante en la pretensión cuadragésima séptima, donde aduce que, presuntamente realizó pagos por el orden de los \$6.800.643.081 por concepto de gestión predial y que los mismos se sufragaron con cargo a la Subcuenta Principal y no a la Subcuenta 2, debe señalar el Tribunal que ningún medio probatorio de los aportados al proceso y practicados durante el mismo se refiere a este preciso aspecto. Mal haría el Tribunal en tomar determinación positiva alguna sobre este particular aspecto cuando no encuentra asidero probatorio lo pretendido por la sociedad convocante, circunstancia que, incluso, fue aceptada por su apoderado judicial en sus alegatos de conclusión, donde simplemente se argumenta que, la cifra antes mencionada quedó probada - en su sentir- al estar contenida en el juramento estimatorio de la cuantía y no ser objetada por su contraparte.

Sin restar mérito a la fuerza probatoria que se deriva del juramento estimatorio de la cuantía en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso¹⁴⁰, es imperioso señalar que, tratándose de las pretensiones bajo

¹⁴⁰ Art. 206, Código General del Proceso: "*JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

análisis, no se demostró la causa ni la existencia del presunto perjuicio alegado en la demanda, de manera que, por más que se hubiere especificado una suma al estimarse la cuantía bajo juramento, no entiende ni encuentra probado el Tribunal los supuestos que aduce la convocante como constitutivos del daño alegado. Resulta importante recordar a este respecto el principio de necesidad de la prueba, frente al cual ha señalado la doctrina especializada que, “[p]or necesidad o tema de la prueba debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir”¹⁴¹.

Es cierto que, como pericia anticipada, la sociedad convocante aportó un informe técnico rendido por la firma Ernst & Young; no obstante, allí no se hace estudio alguno relacionado con los costos y gastos sufragados por concepto de gestión predial para el proyecto. Tampoco existe otra prueba que dé cuenta de lo anterior y, menos aún, que permita al Tribunal establecer que subcuentas fueron utilizadas para cubrir este tipo de costos y gastos, de ahí que no exista mérito probatorio para efectuar conclusiones sobre el particular.

Además, al revisar el CD que reposa a folio 004 del Cuaderno de Pruebas No. 3, el Tribunal advierte que los distintos documentos que allí se aportan en medio digital, correspondientes a comunicaciones cruzadas entre las partes, a órdenes de pago de subcontratistas y a informes de la firma interventora sobre la revisión de distintas carpetas prediales, no permiten a los árbitros llegar a una conclusión cierta y definitiva sobre el aspecto particular que pretende demostrarse.

En efecto, se trata de una serie de pruebas documentales relacionadas con el asunto en cuestión; sin embargo, estas piezas procesales sueltas o vistas por separado no dan cuenta de la existencia de un perjuicio, para lo cual era necesario el conocimiento técnico de expertos que permitieran advertir si se trataba de gastos de gestión predial, con qué propósito y si los mismos debían cubrirse con cargo a la Subcuenta Principal o a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, para establecer luego si existía alguna circunstancia que diera lugar a la concreción de un daño susceptible de ser resarcido.

Más allá de las pruebas en mención, que por sí solas o separadamente no dicen mucho respecto del objeto que pretendía demostrar la parte convocante, no reposa -como se ha dicho- un medio de prueba de orden técnico – financiero que hubiere revisado y valorado esta información y sirva de sustento al Tribunal para comprender el manejo dado a las subcuentas en mención y a las operaciones realizadas con cargo a las mismas por parte de la sociedad concesionaria para cubrir o pagar los trámites y demás actividades inherentes a la gestión predial del proyecto. Vale advertir que el conocimiento de los Árbitros es jurídico y contractual, sin que tengan capacidades especializadas de asuntos técnicos que, si bien son del todo

“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. (...)” -Subraya ajena al texto-

¹⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general de la prueba. Tomo I. Díké. Medellín. 1987. 142 p.

inherentes y determinantes a la controversia, no pueden ser abordados ni comprendidos sin el auxilio de un experto en la materia.

Destacando, entonces, que el mero hecho de haberse estimado bajo juramento la suma antes indicada por parte de la convocante en su demanda no demuestra, *per se*, la existencia de un perjuicio que deba ser reparado en su favor, el Tribunal debe negar la pretensión cuadragésima séptima y, al ser consecuenciales o derivadas de la misma, las pretensiones cuadragésima octava y cuadragésima novena.

E. Cuestión arbitrable sobre las afectaciones acaecidas durante la construcción de la segunda calzada entre Sincelejo y Tolviejo

Otro asunto alegado en las pretensiones de la demanda arbitral reformada corresponde a las declaraciones y condenas pedidas por la concesionaria a raíz de la supuesta ocurrencia de alteraciones en la construcción de la segunda calzada entre Sincelejo y Tolviejo. Sobre el particular, se hará referencia a las pretensiones formuladas en este sentido y a las posiciones asumidas frente al particular por la entidad convocada y por el Ministerio Público, como se ha hecho a lo largo de este laudo arbitral.

1. La posición de la parte convocante

La parte convocante planteó en su escrito de demanda reformada unas pretensiones atinentes a hechos supuestamente ocurridos durante la construcción de la doble calzada Sincelejo – Tolviejo, en razón de los cuales -aduce que- debió adelantar trámites de consulta previa y distintas negociaciones con las comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto, lo que significó a la postre una mayor permanencia en obra y la causación de unos perjuicios en detrimento de sus intereses, cuya compensación se solicita al Tribunal de Arbitraje. Se trata de los siguientes pedimentos contenidos en el escrito de demanda arbitral reformada:

“TRIGÉSIMA SEXTA.- Que se DECLARE que la obligación del Concesionario, referida a los “Estudios, Diseño y Construcción de la segunda calzada entre la Ciudad de Sincelejo en el PR 0+0000 de la Ruta 25SC01 de la Red Vial Nacional, y el municipio de Tolviejo en el PR 18+0335 de la misma ruta, para un total aproximado de 19.25 kilómetros (incluyendo retornos por 1.2 Km)”; pactada en el Acuerdo Conciliatorio del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y en el Otrosí No, 7, se convino para que terminara en diciembre de 2016.

“TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se DECLARE que las obras de construcción de la doble calzada Sincelejo – Tolviejo, pactadas en el Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, no pudieron ser totalmente terminadas por el Concesionario dentro del plazo fijado, por circunstancias ajenas a la voluntad de AUTOPISTAS DE LA SABANA e imputables, de una u otra manera, a la Agencia Nacional de Infraestructura; a CARSUCRE, a las autoridades del Estado; a terceros y a los destinatarios de los procesos de consulta previa, requeridos para poder proceder a la construcción de las obras.

“TRIGÉSIMA OCTAVA.- Que se DECLARE que, en consecuencia, la obligación del Concesionario de terminar las obras de la Segunda Calzada Sincelejo – Tolviejo, solo se hizo exigible cuando AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS logró resolver las causas ajenas a su voluntad que impidieron la ejecución oportuna de las obras.

“TRIGÉSIMA NOVENA.- Se DECLARE que, como consecuencia de las afectaciones e interferencias sufridas en la ejecución de las obras de la doble calzada SINCELEJO – TOLUVIEJO, la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA, directamente o a través de reclamos de subcontratistas de obra; ha incurrido en gastos y costos que no fueron provistos en la estructuración financiera del proyecto, ni en la celebración del contrato o en sus adicionales y otros; que corresponden a gastos y costos por concepto de stand-by de equipos y maquinaria y costos administrativos de mayor permanencia en obra, por la suma de \$18.598.088.045.

“CUADRAGÉSIMA.- Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones inmediatamente anteriores, en aplicación de la ley, la Agencia Nacional de Infraestructura deberá adoptar las medidas y ajustes contractuales requeridos para restablecer la ecuación económica del contrato, que sirvan para compensar (i) la mayor permanencia en obra, (ii) el stand-by de equipos y (iii) los costos y sobrecostos no previstos en los que tuvo que incurrir AUTOPISTAS DE LA SABANA SAS.

“CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se CONDENE a la ANI a pagar al Concesionario la suma de dieciocho mil quinientos noventa y ocho millones ochenta y ocho mil cuarenta y cinco pesos (\$18.598.088.045), para compensar los perjuicios sufridos por AUTOPISTAS DE LA SABANA y reestablecer así la ecuación económica del contrato.”

En apoyo de las pretensiones transcritas, la parte convocante señaló en su demanda que, en razón de distintas circunstancias ajenas a su administración y manejo y atribuibles a terceros y a la misma entidad contratante, resultó alterada la normal ejecución de los trabajos correspondientes a la construcción de la doble calzada entre Sincelejo y Toluviéjo. De manera concreta, la concesionaria resume las causas de las mencionadas afectaciones, así: *“(i) inesperadas y frecuentes interferencias de terceros; (ii) ilegales órdenes de la autoridad ambiental CARSUCRE; (iii) acciones indebidas de los propietarios de algunos de los predios requeridos para su ejecución”*¹⁴².

En el acápite de hechos de la demanda, la convocante hace mención de la Sentencia proferida por la Corte Constitucional el 12 de agosto de 2016, con radicado T-436. Esta providencia se expidió con ocasión de una acción de tutela instaurada por la comunidad indígena Flores de Chincelejo y otros, con el propósito de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales supuestamente vulnerados por la no realización de una consulta previa con las comunidades asentadas en la zona de la vía correspondiente al tramo Sincelejo – Toluviéjo.

La Corte Constitucional ordenó en este fallo de tutela que se suspendieran las obras que se estaban ejecutando en el sector denominado el cerro de “Sierra Flor”, hasta tanto se llevara a cabo la referida consulta previa con las comunidades indígenas Maisheshe la Chivera y Flores de Chincelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito. Esto implicó, igualmente, que la ANLA adelantara los trámites necesarios para la respectiva modificación de la licencia ambiental del proyecto que ya se había aprobado, a efectos de ajustarla a los acuerdos que se lograron posteriormente con dichas comunidades.

¹⁴² Cuaderno Principal No. 1 - Folio 336.

De otra parte, se relacionan en la demanda las dificultades que se tuvieron con la compra de un predio de propiedad del señor Juan Carlos Payares, por el cual se presentó una interferencia predial en la zona de ejecución del proyecto y hubo que tramitar el proceso de expropiación respectivo. Sin embargo, pese a que salió favorable la decisión judicial a la sociedad concesionaria, el propietario se opuso a la diligencia de entrega correspondiente, la cual fue iniciada el 23 de abril de 2015 y apenas logró terminarse y concretarse su objeto hasta el 20 de mayo de 2016.

También refiere la convocante a la orden dada por CARSUCRE, mediante acto administrativo de 5 de febrero de 2016, Resolución No. 0051, a través de la cual se ordenó la suspensión de unas actividades constructivas en la vía como medida preventiva. Luego de varios requerimientos efectuados por la sociedad concesionaria advirtiendo la falta de sustento válido de la decisión adoptada por CARSUCRE, el 1º de agosto de 2016, la ANLA levantó la referida suspensión, a través de Resolución No. 0787.

En cuanto a las interferencias de terceros en la vía, el contratista manifiesta que desde octubre de 2014, personas que habitaban la zona realizaron distintas acciones tendientes a impedir la normal ejecución de los trabajos, construyendo, incluso, viviendas en el sector “Sierra Flor” y asentando de esta forma una invasión en la vía con el ánimo de entorpecer la ejecución de las obras. Adicionalmente, en varios días y de manera reiterada se efectuaban manifestaciones en la zona y se atacaron bienes dispuestos por la sociedad concesionaria para cumplir con sus labores, aspectos que fueron puestos en conocimiento de las autoridades competentes. Solo hasta el primer semestre de 2017, en razón de las concertaciones logradas en el marco de la consulta previa, se apaciguaron estos ataques y se reiniciaron los trabajos.

Para la convocante, “[c]omo consecuencia de la mencionada interrupción sistemática de obras, lo taludes ya intervenidos y conformados presentaron erosión, cárcavas, desaparición de algunos tramos de terrazas y derrumbes, como consecuencia de la influencia de agentes de intemperismo como el agua y el viento, agentes que no pudieron ser controlados o contrarrestados por la imposibilidad de realizar las obras de estabilización, zanjas de coronación, manejo de aguas en general, entre otras”¹⁴³.

2. La posición de la parte convocada

La entidad pública contratante no formuló a este respecto excepción de mérito alguna en su escrito de contestación de la demanda arbitral reformada. Sin embargo, se observa en dicho escrito que la convocada se opuso a los distintos pedimentos propuestos por la sociedad concesionaria, aduciendo al respecto que era el contratista el responsable de llevar a cabo el proceso de consulta previa y de diseñar las estrategias para el relacionamiento con las comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto, de manera que -en sentir de la convocada- se configura en el caso concreto un incumplimiento de estas precisas obligaciones atribuible al particular contratista, quien tampoco obtuvo oportunamente el licenciamiento ambiental previo a la realización de las obras.

Se destaca de otra parte que el riesgo constructivo estaba asignado a la sociedad concesionaria y, al tratarse de un asunto que concretó dicha contingencia, los efectos negativos originados en tal circunstancia debían

¹⁴³ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 347.

asumirse por el contratista. Adicionalmente, destaca el apoderado judicial de la entidad que el sector en donde se presentaron los inconvenientes relatados en la demanda arbitral corresponde apenas a la porción de 150 metros de vía, entre el PR1+350 y el PR1+1500 del tramo Sincelejo – Tolviejo, lo que significa que las demás partes de la carretera si podían ser intervenidas y de esta forma avanzar hasta entregar la obra en tiempo.

Por último, se opone la convocada a la condena deprecada por la sociedad concesionaria por estos aspectos en particular, manifestando al respecto que no se allegó prueba alguna que permita determinar con certeza la causación u ocurrencia de los perjuicios reclamados. En este sentido, se aduce que, “... es evidente que los conceptos presentados en la demanda para los contratos de obra No. 022-14 y 015-15 no están soportados con fechas en las que se pueda determinar alguna inferencia en la suspensión de las obras, por lo que se puede concluir que no existen soportes para una reclamación formal”¹⁴⁴.

3. El concepto de Señor Agente del Ministerio Público

De manera concreta, el Ministerio Público aborda este asunto en su concepto y llega a conclusiones puntuales. Indica sobre el particular que, “... de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se encuentran demostradas las afectaciones sufridas por el concesionario en la construcción de la segunda calzada en el tramo Sincelejo – Tolviejo, las cuales no resultaron controvertidas por parte la convocada”. Sin embargo, señala que no hay lugar a atribuir responsabilidad por estas circunstancias a la entidad pública convocada, al tratarse de hechos u omisiones ajenos a ambas partes y relativos al riesgo constructivo asignado a la sociedad concesionaria.

En efecto, para el Señor Agente del Ministerio Público, en el caso concreto se configuró la contingencia prevista en la cláusula 25 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en materia constructiva -riesgo constructivo-, de manera que, en principio, es el particular contratista quien debe soportar los efectos negativos de lo ocurrido, salvo que se lograre demostrar una afectación que diera lugar a la ruptura grave o anormal del sinalagma contractual que, según el concepto, no está probada en el caso concreto.

4. Consideraciones del Tribunal

4.1. La construcción de la doble calzada Sincelejo - Tolviejo

Como se expuso en capítulos precedentes, el 29 de marzo de 2010, los contratantes suscribieron el denominado Adicional No. 3, mediante el cual se convino en la activación parcial del alcance progresivo del proyecto de concesión vial Córdoba – Sucre, en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007. En la cláusula primera del mencionado Adicional No. 3 se enlistaron las distintas obras o actividades adicionales correspondientes al alcance progresivo objeto de la activación en comento, precisándose en el literal b) de dicha estipulación contractual, lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Activar parcialmente el Alcance Progresivo y adicionar el alcance físico del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 - Proyecto de Concesión Vial Córdoba-Sucre, para la ejecución por cuenta y riesgo del concesionario de las siguientes obras y actividades: (...)

¹⁴⁴ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 411 Vto.

“B. OBRAS ADICIONALES

“i. Estudio, Diseño y Construcción de la segunda calzada entre la Ciudad de Sincelejo en el PR0+0000 de la Ruta 25SC01 de la Red Vial Nacional y el municipio de Tolviejo en el PR18+0335 de la misma ruta para un total aproximado de 19.25 kilómetros (incluyendo retornos por 1.2 km).”¹⁴⁵

Fue así como se pactó entre las partes la construcción de la segunda calzada de la vía entre Sincelejo y Tolviejo. Ahora bien, en cuanto al plazo para la ejecución de las obras concernientes a esta precisa obligación, se convino inicialmente en la cláusula segunda¹⁴⁶ del referido Adicional No. 3 que las mismas se ejecutarían entre los años 2010 y 2014, determinándose al respecto un porcentaje específico de cumplimiento para cada una de las anualidades en mención. Pero, es necesario sobre el particular, tener en cuenta que este asunto fue objeto de modificación contractual mediante el Otrosí No. 7 de 11 de diciembre de 2015, oportunidad en la que se documentó y ajustó el contrato de concesión conforme al Acuerdo de Conciliación celebrado entre las partes el seis (6) de noviembre de 2015¹⁴⁷.

En la cláusula sexta del referido Otrosí No. 7, los contratantes acordaron en este sentido que:

“CLÁUSULA SEXTA. CRONOGRAMA DE OBRA. El cronograma de obras pendientes de terminación, único y definitivo, queda determinado según el ANEXO TÉCNICO que hace parte de EL ACUERDO. En consecuencia, se modifica, en cuanto a las obras en ejecución se refiere, el cronograma de obra definido en la cláusula segunda del Adicional No. 3.”¹⁴⁸

Por su parte, ligado a lo anterior, el numeral octavo del Acuerdo Conciliatorio da cuenta de lo convenido por las partes sobre el plazo de ejecución de las obras adicionales pactadas en el Adicional No. 3, así:

“OCTAVO.- Se eliminan los avances porcentuales de la ejecución contenidos en la cláusula segunda del Adicional No. 3 y se modifica el cronograma de obra definido en la misma cláusula, por lo tanto, el cronograma de las obras del proyecto pendientes de terminación será el contenido en el ANEXO TÉCNICO del presente documento.”

Al dar lectura al Anexo Técnico¹⁴⁹ al que remiten las cláusulas en comento, el Tribunal encuentra que en el mismo se dejó expresa constancia en cuanto a que, a la fecha de su firma -seis (6) de noviembre de 2015-, las obras correspondientes a la construcción de la segunda calzada entre Sincelejo y Tolviejo se encontraban en ejecución. Ahora, al revisar el cronograma allí pactado para la terminación de las actividades o hitos constructivos que estaban ejecutándose, se observa que, tratándose de las obras relacionadas con la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Tolviejo – acordada en el Adicional No. 3-, se fijó como fecha límite para su terminación el mes de diciembre de 2016, en la forma en que lo muestra el siguiente cuadro:

¹⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 151.

¹⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 152.

¹⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 262 a 277.

¹⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 168 Vto.

¹⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 2 CD. Documentos aportados en medio magnético.

**CRONOGRAMA DE OBRAS EN EJECUCIÓN
 CONCESIÓN CORDOBA SUCRE**

OBRAS EN EJECUCIÓN	Fecha de terminación	Observaciones
CS Sincelejo-Sampues	Diciembre '16	Sujeta a la terminación de los procesos de consulta previa en curso, antes del 31 de diciembre de 2015
CS La Ye-Sahagún	Diciembre '15	
Intersección T Aeropuerto-Montería	Septiembre '15	
CS Sincelejo - Tolviejo	Diciembre '16	
Intersección Sincelejo-Tolviejo	Junio '16	
Obras Varias - Alargue de la variante de Bremen (intersección la Gallera)	Diciembre '16	

Estas consideraciones ofrecen claridad en cuanto al sustrato contractual de las obras adicionales que pactaron los contratantes al activar parcialmente el alcance progresivo del proyecto y convenir en la construcción de la segunda calzada de la vía entre Sincelejo y Tolviejo. Como se observa, dicha obra fue objeto de acuerdo en el Adicional No. 3 de 29 de marzo de 2010, donde se fijó inicialmente como fecha de terminación el año 2014; sin embargo, este plazo fue modificado a través de los documentos antes identificados, extendiéndose hasta el mes de diciembre de 2016.

Es cierto, entonces, lo alegado por la sociedad convocante en su pretensión trigésima sexta de la demanda arbitral reformada, toda vez que, contractualmente, sí se convino que el plazo para la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Tolviejo terminaría en diciembre de 2016, razón por la cual habrá de accederse a dicho pedimento.

4.2. Sobre los hechos que afectaron la normal ejecución de las obras en la vía Sincelejo - Tolviejo

Se expuso en los antecedentes que, estando en ejecución las obras correspondientes a la construcción de la segunda calzada entre el tramo Sincelejo – Tolviejo, acaecieron distintas circunstancias ajenas a la sociedad concesionaria que, de una u otra forma, alteraron la normal ejecución de los trabajos constructivos e impidieron su terminación en el tiempo contractualmente previsto para el efecto. La prueba documental que reposa en el expediente deja en evidencia que, efectivamente, varios hechos y circunstancias que tuvieron lugar durante la realización de las obras correspondientes a la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Tolviejo, impactaron negativamente los rendimientos proyectados y llevaron a que la sociedad contratista prestara atención a los mismos antes de seguir con las actividades constructivas.

Esta conclusión preliminar es compartida por el Señor Agente del Ministerio Público, para quien está probado en el proceso que una serie de afectaciones sufridas por el contratista le impidieron la realización normal de los trabajos atinentes a la construcción de la segunda calzada antes mencionada. Entre tales documentos reposan distintas comunicaciones cruzadas u originadas en los contratantes, la interventoría y las autoridades administrativas y judiciales que, en algún momento, conocieron y tomaron decisiones sobre los asuntos causantes de las diferencias suscitadas entre la concesionaria y las comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto.

Tratándose de las interferencias generadas por actos de terceros, son múltiples las misivas suscritas y remitidas por la sociedad concesionaria a la firma interventora y a la misma entidad pública contratante, desde mediados de 2014, mediante las cuales ponía de presente los distintos actos o situaciones ocurridas en la zona intervenida con los trabajos de la construcción¹⁵⁰. Vale la pena mencionar al respecto la comunicación de la firma interventora, Consorcio El Pino, con fecha de 13 de mayo de 2015, Rad. ELPINO-0229-15¹⁵¹, en la que se relacionan distintos hechos acaecidos durante el año 2015 que concuerdan o se corresponden con lo alegado por la sociedad concesionaria, habida cuenta que se trata de acciones anormales adelantadas por personas ajenas al proyecto y a la entidad contratante, tendientes a obstaculizar la realización de las obras en comento.

En la comunicación señalada se contiene el siguiente cuadro que relaciona los actos de interferencia en mención:

Interrupciones Construcción Segunda Calzada Sincelejo - Tolviejo	
FECHA	OBSERVACIÓN
26 de marzo 2015	De 8:00 a 10:30 a.m. Persona ajenas a la obra obstaculiza los trabajos
27 de marzo 2015	3:00 a 5:00 Personas ajenas a la obra interfieren con la ejecución de los trabajos.
28 de marzo-2015	Personas de la Comunidad Indígena no dejaron realizar actividades en la obra, el día de hoy.
30 de marzo a 01 de abril - 2015	Concesionario decide no adelantar trabajos en la Semana Santa, buscando calmar la Comunidad Indígena.
06 de abril-2015	Personas de la Comunidad Indígena no permiten realizar trabajos entre las 7:00 am y la 1:00 p.m. cuando el SMAD de la Policía hace presencia en el sitio.
07 a 10 de abril-2015	La Policía hace presencia en la obra para impedir protestas, pudiendo el Concesionario labqrar normalmente.
10 de abril-2015	Después de la jornada de trabajo y del retiro de la Policía, personas ajenas al proyecto arrojan piedras a las máquinas, ocasionando daños.
16 de abril-2015	En horas de la noche dos sujetos no identificados que se desplazan en motocicleta, disparan en varias ocasiones contra el celador de los equipos.
12 de mayo-2015	8:00 a.m. a 5:00 p.m. el Concesionario no pudo laborar por oposición de la Comunidad Indígena.

Es claro para el Tribunal que las distintas situaciones relatadas en los referidos términos por la firma interventora son ajenas a las partes contratantes y corresponden a hechos o actos de terceros que, además, entorpecían, dificultaban o impedían -en muchos casos- la realización de trabajos constructivos en la zona de influencia del proyecto. Estos hechos continuaron, tal como lo siguió informando el particular contratista a la interventoría, como ocurrió el 11 de julio de 2015, cuando, a través de comunicación con Rad. CCS-COR-0478-15, se manifestó al respecto que, *“... el día 4 de julio de 2015 en las horas de la tarde, el señor Luis Rafael Martínez, acompañado de un grupo de 20 personas más, ingresaron al área que está siendo intervenida en los Cerros de Sierra Flor, e intimidaron con machetes, rocas y palos a los operadores de la maquinaria, diciéndoles que sino se bajaban de las mismas y dejaban de trabajar iban a “levantar” las máquinas a rocas con ellos dentro”*¹⁵².

¹⁵⁰ Al respecto, véanse folio 152 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 162 y 163.

¹⁵² Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folio 162.

En igual sentido, la comunicación de la concesionaria con Rad. 2016-409-009363-2, dirigida a la ANI, el ocho (8) de febrero de 2016, expone que, “... en los últimos días y para ser más exactos, desde el pasado jueves 28 de enero, hemos tenido que suspender las obras porque nuevamente somos víctimas de acciones de hecho de personas que dicen pertenecer a la comunidad indígena Chinchelejo, que invaden el predio de titularidad de la ANI en donde nos encontramos trabajando, interrumpen la ejecución de las obras e incluso se suben a las máquinas para amedrentar a los operadores y los amenazan si continúan con las labores constructivas que allí se desarrollan”¹⁵³.

Otras tantas son las comunicaciones cruzadas entre los contratantes que dan cuenta de la ocurrencia de actos de este tipo y que fueron aportadas al proceso por la sociedad concesionaria. Al respecto debe señalar el Tribunal que, cada una de estas acciones o actos de terceros -como puede verse de lo expuesto en las citadas misivas- generó unos efectos negativos respecto de los rendimientos de los trabajos constructivos, al punto en que merecieron en varias ocasiones la paralización temporal de las obras por asuntos de seguridad y en cualquier caso ajenos a la voluntad de la sociedad contratista.

Aunado a lo anterior, la prueba documental del expediente permite observar que, a través de Resolución No. 0051 de cinco (5) de febrero de 2016, la Corporación Autónoma Regional de Sucre, a raíz de una queja presentada por los señores Alfonso Santos Basilio y Luis Rafael Martínez Martínez, quienes se presentaron como Cacique Mayor y Capitán del Cabildo Flores de Chinchelejo, ordenó la suspensión inmediata de las actividades de extracción de material pétreo que, presuntamente, estaba realizando la sociedad contratista “... por fuera de los límites establecidos por la respectiva Licencia Ambiental otorgada por la ANLA para tal fin, en el sector de Sierra Flor”.

Luego de distintas actuaciones desplegadas por la concesionaria para controvertir la decisión administrativa en comento, en las cuales aducía su ilegalidad y la inexistencia de las razones que dieron lugar a la misma, el primero (1º) de agosto de 2016, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- profirió la Resolución No. 0787 de 2016, a través de la cual determinó levantar la medida preventiva decretada por CARSUCRE en Resolución No. 0051 de 2016, luego de verificar técnicamente que las actividades llevadas a cabo por la sociedad contratista en el sector de Sierra Flor, “... que dieron lugar a la imposición de la medida preventiva por parte de CARSUCRE, se desarrollaron al interior del área de influencia directa del proyecto ‘Construcción de la segunda calzada del tramo Sincelejo – Toluwiejo (PR 1+500 al PR 17+000)’, en el marco de la Licencia Ambiental otorgada por Resolución No. 588 del 10 de junio de 2014 y que éstas fueron objeto de pronunciamiento de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA mediante Radicado No. 2015013434-2-001 del 29 de abril de 2015 (modificación menor), superado el escrutinio sobre el criterio de necesidad de la medida adoptada, se advierte la procedencia del levantamiento de la medida preventiva impuesta en virtud de la Resolución No. 0051 de 05 de febrero de 2016”¹⁵⁴.

¹⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 184 y siguientes.

¹⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 2 CD. Prueba documental aportada en medio magnético.

A la par del procedimiento administrativo en mención que adelantaron las autoridades ambientales, cursaba en los estrados judiciales una acción de tutela interpuesta por la comunidad asentada en el sector denominado cerro de Sierra Flor, quienes aducían una presunta vulneración de sus derechos fundamentales al no haberse tramitado con los habitantes de la zona la respectiva consulta previa. Fue así como, el doce (12) de agosto de 2016, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-436 de 2016, determinando en el numeral tercero de su parte resolutive que sí había lugar a efectuar el trámite de consulta previa correspondiente a la zona del proyecto en mención y, en el entretanto, debían suspenderse las obras que se adelantaban en esta parte de la vía.

En particular, se ordenó por parte del Juez Constitucional lo siguiente:

“Tercero. ORDENAR al Ministerio del Interior que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos de la consulta previa con las parcialidades indígenas de Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito. La consulta previa y la búsqueda de consentimiento informado deberá observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, SUSPENDER la ejecución de las obras de la carretera denominada Sincelejo – Toluwiejo, en el sector del cerro de Sierra Flor, ubicado entre el PR1+350 y PR1+500, en lo que tenga que ver con el territorio ancestral de las comunidades referidas.”¹⁵⁵

Con posterioridad a la orden judicial en comento, la tensión en la zona de ejecución de los trabajos continuó, incluso, en los tramos respecto de los cuales no se ordenó la suspensión de los mismos. De esto da cuenta la comunicación fechada de nueve (9) de enero de 2017, a través de la cual se puso de presente por parte de la sociedad concesionaria lo sucedido en el sector denominado cerros de Sierra Flor, en los siguientes términos:

“Tal como lo hemos manifestado en reiteradas oportunidades, la zona comprendida entre el PR 1+300 al y (sic) PR 3+100 de los Cerros de Sierra Flor ha sido objeto de suspensión de actividades por parte del concesionario, dadas las vías de hecho consistentes en amenazas físicas y verbales a nuestros trabajadores de campo, llamadas telefónicas a los ejecutivos de la concesión advirtiendo las consecuencias del reinicio de actividades y daños a la maquinaria dispuesta para la obra.

“Dichos mecanismos son utilizados por los indígenas para lograr la suspensión de obras por fuera de los límites ordenados por la sentencia No. 436 de 2016 de la Corte Constitucional, sustentada en que hay un error en la parte resolutive de la misma, ya que no es acorde con su parte considerativa, dado que en esta última, los Magistrados de la Corte fueron claros al afirmar que ‘... se suspenderán las obras de la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluwiejo en el tramo que corresponde al Cerro de Sierra flor.

“Atendiendo el hecho, que en anteriores oportunidades por las mismas razones los trabajadores de la compañía fueron amenazados por los indígenas con disparos en la zona de actividades y se presentaron por las acciones delictivas de los mismos, daños en una de las máquinas dispuestas para la obra, en esta oportunidad, y aun conociendo nuestro derecho a continuar las labores constructivas por fuera del abscisado señalado por el máximo tribunal Constitucional, a fin de evitar lesiones personales y daños materiales, nos vimos obligados a suspender las obras y procuramos acercamientos con los representantes de las comunidades

¹⁵⁵Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folio 344.

indígenas, en especial con Flores de Chincelejo (reuniones . remisión de comunicados), para explicarles las implicaciones constructivas y riesgos de posibles deslizamientos en la zona, que podrían incluso, conllevar pérdidas humanas y paralización total del corredor (incluyendo la calzada existente), en aras de que dichas comunidades cesaran la interferencia; sin embargo, como es de conocimiento de ustedes, las comunidades hicieron caso omiso y persisten con sus amenazas y vías de hecho.”¹⁵⁶ - Subraya ajena al texto-

Sin perder de vista lo anterior y destacando al respecto los impactos negativos para el proyecto causados con estas circunstancias ajenas a las partes y atribuibles a terceros, debe mencionarse que solo hasta el cinco (5) de diciembre de 2017, se suscribió entre los interesados, esto es, entre el contratista y sus representantes, las comunidades indígenas y el personal de la firma interventora, el acta o documento de acuerdo en el cual se convino entre los firmantes (i) que estaban surtidas las etapas de identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, acuerdos y protocolización, propios de la consulta previa ordenada por la Corte Constitucional; (ii) que las comunidades, representadas en sus capitanes, manifestaban que la concertación lograda fue guiada por el principio de la buena fe, entablándose un diálogo abierto y fluido con la concesionaria y, en consecuencia, permitían el ingreso inmediato de maquinaria y personal en la zona de las obras y; entre otros aspectos, (iii) que la reactivación de las obras se realizaría una vez firmada el acta en comentario¹⁵⁷.

Cada una de las situaciones hasta aquí relacionadas, debidamente documentadas, permiten evidenciar que, en efecto, fueron varias situaciones acaecidas luego del segundo semestre del año 2014, ajenas a la sociedad contratista, que dificultaron, restringieron e hicieron más gravosa la ejecución de los trabajos constructivos en la zona intervenida para ejecutar la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo-Tolúviejo. Importante resulta en este sentido destacar la intensidad de estos actos o hechos de terceros, toda vez que, como lo muestran las pruebas del proceso, se trató de interferencias serias y con una intensidad que dio lugar a la intervención de autoridades de distinto orden que a la postre permitieron solventar la situación, pero que, en todo caso, significaron para el proyecto una alteración representativa en los tiempos previstos para la realización de las obras.

Reiterando, entonces, lo indicado al comienzo de este acápite, para el Tribunal está probado en el proceso que una serie de afectaciones sufridas u ocurridas durante la ejecución de las actividades constructivas de las obras en comentario le impidieron al contratista la realización normal de los trabajos y dieron lugar a que no pudiera cumplirse esta obra adicional en el tiempo contemplado para el efecto (diciembre de 2016). Debe resaltarse en este sentido que, si bien las alteraciones del orden público y las distintas acciones tuvieron como foco una parte del tramo intervenido, correspondiente al sector denominado Cerro de Sierra Flor, también se evidenció que los efectos de tales actos se extendieron a otros tramos comprendidos en la vía Sincelejo – Tolúviejo, los cuales no pudieron ser atendidos o intervenidos en condiciones de normalidad por el particular contratista.

¹⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folios 374 y 375.

¹⁵⁷ El acta en mención reposa en medio digital en el CD ubicado a folio 2 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

Así mismo, pese a no tenerse certeza de la fecha exacta de terminación de los trabajos constructivos correspondientes a la segunda calzada de la vía Sincelejo – Tolviejo, sí puede determinarse que el reinicio de las labores en este tramo y la intervención completa del mismo, pacífica y libremente, por parte de la concesionaria, solo pudo llevarse a cabo a partir del cinco (5) de diciembre de 2017, esto es, un año después del vencimiento del plazo contractualmente previsto para el efecto, de acuerdo con lo pactado en el referido Otrosí No. 7.

Con claridad de lo anterior, es menester ahora señalar que de manera alguna puede atribuirse responsabilidad contractual por tales hechos a la sociedad concesionaria, al quedar probado en el plenario que se trató de circunstancias del todo ajenas a su órbita de manejo, que resultaron imprevisibles e, incluso, irresistibles. Igualmente, debe advertirse que desde el año 2014 se contaba con la Licencia Ambiental correspondiente a estas obras adicionales, oportunidad en la cual, pese a indagarse sobre la existencia de comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto, se indicó por parte de la autoridad competente que no había lugar a la realización de consulta previa.

Sin embargo, a raíz de los hechos presentados con posterioridad al segundo semestre de 2014, la sociedad concesionaria debió cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional en el fallo de tutela antes referenciado y adelantar la consulta previa, en conjunto con la comunidad y las autoridades respectivas, proceso que solo culminó hasta diciembre de 2017, pero que, en todo caso, repercutió negativamente en los rendimientos normales de los trabajos según se ha expuesto *supra*.

Es por lo anterior que no puede hablarse en el caso concreto de la ocurrencia del riesgo constructivo como lo manifiestan el Ministerio Público y la parte convocada, toda vez que, si bien está probada la extensión del plazo en el caso concreto, supuesto que, en principio y conforme a lo estipulado en la cláusula 25 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007¹⁵⁸, es asumido por el particular contratista, es claro que las causas que dieron lugar al incumplimiento del plazo contractualmente previsto y a la realización de los trabajos en tiempos superiores a los fijados en un inicio, no le son atribuibles al concesionario y, además, le resultaron del todo imprevisibles, irresistibles y ajenas a su órbita de manejo como ya se ha dicho.

Las pruebas del proceso dan cuenta de las distintas acciones desplegadas por el contratista con el objeto de contrarrestar los actos perpetrados por las comunidades y proseguir con la ejecución de las obras. Con este propósito, el concesionario interpuso acciones de tutela, acciones populares, procesos policivos y solicitó en todo momento el acompañamiento de las autoridades competentes para cada caso; sin embargo, ante la decisión de CARSUCRE, primero y, después, con la ordenada por la Corte Constitucional de realizar la respectiva consulta previa,

¹⁵⁸ De acuerdo con lo estipulado en la cláusula 25 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, es menester considerar en relación con el riesgo de construcción lo estipulado, a su vez, en la cláusula 1.74, la cual reza:

"1.74. Riesgos de Construcción

"Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: Sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: Sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: Sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto. Este riesgo debe ser asumido totalmente por EL CONCESIONARIO." -Subraya ajena al texto- (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 12)

quedó obligado el particular a concertar con las comunidades y a tramitar un largo proceso tendiente a lograr acuerdos que en definitiva posibilitaran la continuación de los trabajos.

Para el Tribunal, antes que el riesgo de construcción al que refiere la convocada, es preciso acudir a lo regulado en el contrato en materia de actos o hechos de terceros, contingencia que, expresamente, fue asignada en cabeza de la entidad pública contratante. Sobre este particular, la cláusula 25.3 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 estipuló que, a cargo del INCO (hoy ANI) estaría el riesgo por actos realizados por comunidades involucradas o con interés en el proyecto, supuesto que precisamente se configuró o tuvo lugar en el caso concreto. De manera puntual, la mencionada cláusula 25.3 prevé:

“25.3. Los gastos -sin incluir lucro cesante- que demanden las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones de las obras, bienes o equipos, incluidos dentro del objeto de este CONTRATO, afectados por hechos de Fuerza Mayor o Caso fortuito, que se puedan incluir de la enumeración taxativa que adelante se señala, serán reembolsados por EL INCO al CONCESIONARIO, en los términos de la cláusula 36 de este CONTRATO. Dentro de los riesgos a cargo de EL INCO, se incluyen, exclusivamente, los siguientes:

“- Actos de sabotaje por terrorismo y actos guerrilleros;

“- Actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la ley;

“- Guerra declarada o no declara, guerra civil, golpe de Estado, conspiración y huelgas nacionales o regionales, en las cuales no participe directamente EL CONCESIONARIO ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo y confianza;

“- Actos realizados por las comunidades involucradas que afecten el Proyecto en los cuales no participe directamente EL CONCESIONARIO ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza;

“- Hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos que se encuentren en sitios diferentes a los previamente identificados en la prospección arqueológica que hace parte de los Estudios de Impacto Ambiental.”¹⁵⁹ -Se subraya-

Es procedente y jurídicamente válido encasillar los hechos y actos sucedidos en la vía Sincelejo – Tolviejo, durante la construcción de la segunda calzada encargada al contratista, en el referido supuesto contemplado por la cláusula en cita. En efecto, está probado en el plenario que fueron los “... actos realizados por las comunidades involucradas que afecten el proyecto”, los que originaron los inconvenientes advertidos a lo largo de este capítulo y que, a la postre, alteraron la normal realización de los trabajos y dieron lugar a la imposibilidad de terminar en el tiempo previsto las obras adicionales en comentario.

Las consideraciones hasta aquí expuestas dan lugar a que el Tribunal acceda a las pretensiones trigésima séptima y trigésima octava de la demanda arbitral reformada, toda vez que, está probado que las obras de construcción de la segunda calzada Sincelejo – Tolviejo no pudieron

¹⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 35 Vto.

terminarse dentro del plazo fijado en el Anexo Técnico del Otrosí No. 7 (diciembre de 2016), por circunstancias ajenas a la sociedad concesionaria y que -según lo dicho- dieron lugar a la concreción del riesgo asignado a la entidad pública contratante en la cláusula 25.3 antes citada. Así mismo, quedó demostrado que solo hasta el cinco (5) de diciembre de 2017, la sociedad concesionaria pudo continuar en condiciones de normalidad la realización de los trabajos, de manera que la terminación de tales obras solo puede entenderse exigible luego de ser resueltas las causas ajenas al particular contratista que le impidieron la ejecución oportuna de las obras.

4.3. ¿Están probados en el proceso los perjuicios deprecados por la sociedad concesionaria por la mayor permanencia en obra y por las acciones que debió adelantar para superar la contingencia presentada durante la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluviéjo?

Como se lee de las pretensiones formuladas por la sociedad concesionaria, se reclama una serie de perjuicios causados -según la convocante- por la mayor permanencia en obra verificada en el caso concreto por el acaecimiento de actos o hechos de terceros que no le pueden ser atribuidos y que, por el contrario, corresponden a la contingencia contractual expresamente asumida por la entidad pública contratante en el caso concreto. Se piden en este sentido perjuicios por concepto de stand-by de equipos y maquinaria y otros costos y sobrecostos no previstos en los que presuntamente incurrió la contratista para solventar lo sucedido durante la ejecución de las obras adicionales ejecutadas para construir la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluviéjo.

A este respecto, el Tribunal considera pertinente hacer referencia a las particularidades y requerimientos que jurisprudencialmente se han definido con el objeto de probar los perjuicios acaecidos debido a la extensión del plazo contractual. Es imperioso tener en cuenta que la mera ampliación del término de duración del contrato no implica, *per se*, la causación de perjuicios que deban ser reparados, pues en todo caso tendrá que demostrarse el sufrimiento real de los mismos¹⁶⁰. Así, sumado a la extensión del plazo contractual más allá de lo proyectado inicialmente, es necesario que se aporten al proceso los medios probatorios idóneos que den cuenta del menoscabo o detrimento patrimonial que efectivamente sufrió el contratista al extenderse el tiempo para la ejecución de los trabajos constructivos.

Este particular asunto ha sido objeto de especial análisis por parte del H. Consejo de Estado, Corporación que al respecto ha sentado una clara línea jurisprudencial en el sentido de enfatizar sobre la necesidad en cuanto a la

¹⁶⁰ Al respecto, DÍEZ señaló que: “Si el retardo, entonces, es imputable a la administración, ella deberá indemnizar al contratista del perjuicio que le ha causado. (...) “Ahora bien, si la administración tiene que indemnizar al contratista por el perjuicio resultante del retardo en la iniciación de los trabajos, ello debe ser en la medida en que ese retardo le es imputable al contratista o a dificultades originadas por terceros a los que la administración es ajena.” (DÍEZ, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, pp. 53 y 66)

En igual sentido, SAYAGUÉS expuso: “Cuando la construcción de la obra se desenvuelve dentro de las previsiones normales, el derecho del contratista se reduce al pago del precio estipulado. Pero la ejecución puede verse alterada por circunstancias imprevistas naturales o económicas, o que sean consecuencia directa o mediata de actos de las autoridades públicas. En esos casos surge la cuestión de si el contratista tiene derecho a alguna compensación (sic) complementaria, por el mayor costo de la construcción de la obra derivado de aquellos factores.” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1974, pp. 112)

probanza de los perjuicios efectivamente causados y sufridos por el contratista, originados en la mayor permanencia en obra. De manera clara, ha señalado la Sección Tercera que, tratándose de perjuicios ocasionados por una permanencia mayor en obra, deben probarse los sobrecostos reales en que hubiere incurrido el contratista al ejecutar actividades durante el plazo extendido. Así lo ha dicho esta Alta Corporación:

*“Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte **que sufrió efectivamente los perjuicios** a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, **que determine el quantum**, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.”¹⁶¹ -Subraya del Tribunal-*

Conforme a lo anterior se observa que la prueba en materia de mayor permanencia en obra es especial y cualificada, pues deberán quedar evidenciados los costos *efectivamente sufragados* por el contratista durante el término adicional al inicialmente convenido.

En efecto, sin ofrecer mayores discusiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consecuente en señalar que la probanza de los efectos económicos generados por una mayor permanencia en obra requiere la determinación precisa, exacta y real de los gastos efectivamente sufragados con ocasión del contrato durante la prórroga, extensión o suspensión del mismo, aspecto que por ende no admite su demostración a través de procedimientos técnicos que no se fundamenten en las condiciones reales de ejecución de la obra o, menos aún, con la sola realización de operaciones financieras o contables y el aporte de los soportes documentales correspondientes que no permiten tener certeza de la relación de los mismos con la contingencia respectiva que dio lugar a la extensión del plazo. En palabras del H. Tribunal se tiene que:

“Para acreditar esos perjuicios [los generados con la mayor permanencia en obra] resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse.”¹⁶² -Se destaca-

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. En igual sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.

No hay duda, entonces, de los requerimientos especiales exigidos jurisprudencialmente para tener por comprobados los perjuicios generados por una mayor permanencia, de ahí que las pruebas que con tal objeto sean aportadas al proceso o practicadas en el mismo, deben ser demostrativas de la realidad misma de la obra y, de esta forma, dar cuenta de los sobrecostos en que efectivamente incurrió el contratista durante la extensión del tiempo de ejecución de los trabajos constructivos.

Vale advertir que estos pronunciamientos jurisprudenciales se han proferido debido a la forma en que los contratistas del Estado han pretendido probar los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra, pues en no pocos casos, la prueba pericial practicada con este objeto se ha restringido a proyectar los sobrecostos supuestamente sufragados por el contratista, aplicando para ello una simple operación matemática en la que se multiplican (i) los valores convenidos en el contrato para los distintos ítems -generalmente contenidos en la propuesta económica-, por (ii) el tiempo en que resultó prorrogado el contrato o extendido el tiempo de ejecución de los trabajos.

Como se ve, esta simple proyección de costos no evidencia la realidad en que fue ejecutada la obra, pues se reduce a una simple “suposición” de los gastos y costos en que incurrió el contratista para ejecutar el contrato durante el término ampliado, con lo cual no se cumple el condicionamiento que precisamente ha establecido la jurisprudencia como requisito *sine qua non* para tener por comprobados dichos perjuicios y que corresponde precisamente a la demostración real y efectiva de los sobrecostos causados con la ejecución de la obra en un mayor tiempo.

Bajo este entendido, es necesario tener total certeza de los sobrecostos asumidos por el contratista debido a la extensión del plazo, para lo cual se requerirá de un estudio probatorio juicioso, específico y de alguna manera cualificado que evidencie en concreto los mayores gastos que por concepto de mano de obra, maquinaria y equipos, entre otros, hubiere tenido que sufragar el particular contratista¹⁶³.

Así las cosas, atendiendo el principio de libertad probatoria, quien solicite la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra, tendrá la carga de demostrar los costos adicionales efectivamente sufragados a raíz de tal circunstancia, para lo cual deberá probar los pagos efectuados por concepto de la maquinaria y los equipos que se requerían para la ejecución de la obra y, además, que estos estuvieron en la zona a intervenir de forma permanente, esto es, durante el

¹⁶³ Sobre este particular es preciso tener en cuenta que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra tienen naturaleza contractual, pues encuentran su razón de ser en la existencia de una relación negocial previa, por tanto, pese a que los sobrecostos cuya indemnización se pide corresponden a gastos que no fueron contemplados económicamente en la convención, tienen como sustrato el negocio mismo. Al respecto, en sentencia de 28 de octubre de 1994 se dijo:

*“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. “Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. **Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato**; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” -Subraya y negrilla fuera del texto- (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.)*

tiempo convenido en el contrato y, adicionalmente, durante el término de extensión o mayor permanencia, pues solo así podrá considerarse como un sobrecosto.

A igual conclusión habrá de llegarse frente a la mano de obra, como quiera que, sumado a la prueba de los pagos de nómina correspondientes, será necesario que se demuestre que el personal permaneció en obra durante el término convenido contractualmente, pero que, debido a la prórroga del plazo o a la extensión en tiempo de las actividades constructivas, debió utilizarse esta fuerza de trabajo por un término adicional. De manera ilustrativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido, señalando al respecto que:

*“En efecto [tratándose de una mayor permanencia en obra], **era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.** (...)”*

*“Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, **proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria -toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración,** entre otros conceptos e items, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos.”¹⁶⁴ -Resalta el Tribunal-*

Con claridad, la providencia citada define la especial manera en que deben ser probados los perjuicios generados por la mayor permanencia en obra, respecto a lo cual se concluye que, sumado a la probanza del pago de los costos directos e indirectos del contrato durante el plazo extendido, habrá que demostrarse que el contratista incurrió efectivamente en gastos adicionales debido a que, además de contar con maquinaria y mano de obra disponibles durante el plazo contractualmente convenido, debió también mantener dicha fuerza de trabajo en el mayor tiempo que se tomó la realización de los trabajos, esfuerzo técnico y económico adicional que el contratista no debe soportar y, por tanto, debe ser resarcido.

Conforme a lo expuesto, es preciso reiterar que tratándose de la indemnización de perjuicios deprecados con ocasión de una mayor permanencia en obra, no bastará con la sola prueba del hecho dañoso, esto es, de la ampliación del plazo por causas no imputables al contratista, ya que adicionalmente deberán aportarse o practicarse en el proceso las pruebas pertinentes y conducentes que den cuenta del menoscabo real y efectivo sufrido por el colaborador de la Administración, como condición imprescindible para acceder a los pedimentos económicos que lleguen a formularse por este concepto.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 15.600, C.P. Enrique Gil Botero.

4.3.1. La prueba de los perjuicios por mayor permanencia en obra en el caso concreto

Teniendo en cuenta las exigencias probatorias a las que se ha hecho mención y respecto de lo cual, jurisprudencialmente, se ha destacado en la necesidad de contar con pruebas idóneas, suficientes y de alguna manera calificadas en los casos en que pretende probarse la causación de perjuicios por mayor permanencia en obra, el Tribunal debe señalar que, luego de revisar en su totalidad el expediente del proceso, tanto las pruebas documentales que reposan en medio físico, como digitalmente y, además, tras estudiar el contenido de los informes de pericia aportados por la convocante y decretados de oficio por el Tribunal, así como los testimonios rendidos por varias personas, no encuentra demostrado con suficiencia y pertinencia los perjuicios reclamados por la sociedad convocante.

En efecto, son múltiples las facturas, órdenes de pago, contratos y, en general, las comunicaciones que reposan en el expediente, relacionadas con gastos que de alguna manera refieren a la ejecución del proyecto e, incluso, a la construcción de la segunda calzada de la vía Sincelejo – Toluviejo. En el Cuaderno de Pruebas No. 2 están contenidos varios documentos que dan cuenta de las distintas circunstancias acaecidas con posterioridad al mes de octubre de 2014 y que dieron lugar a efectuar las declaraciones anteriormente analizadas.

En varios de estos documentos se hace mención a sumas, gastos o a presuntos perjuicios acaecidos en detrimento de la sociedad concesionaria por la atención de los eventos señalados que perturbaron la normal ejecución de los trabajos constructivos; sin embargo, el Tribunal no tiene claridad para establecer si estos costos y gastos correspondían a valores estimados o contemplados para la ejecución de los trabajos correspondientes o a verdaderos extra costos al estar por fuera de tales estimaciones. Basta señalar lo relacionado con los costos y gastos necesarios para adelantar la consulta previa y dar cumplimiento a los acuerdos logrados en el marco de la misma. Es cierto que en este caso la sociedad concesionaria debió sufragar una serie de gastos, pero, ¿se trataba de costos estimados y previstos para cubrir la licencia ambiental y los gastos de gestión social contemplados financieramente para ejecutar las obras adicionales del Adicional No. 3?

No puede llegar a conclusiones ciertas el Tribunal en este sentido, por más que se hubieren aportado recibos de pago, facturas e, incluso, contratos cuyo objeto se refiere a este particular. Se requería para el efecto un análisis técnico y financiero que brindara elementos de juicio puntuales al Tribunal en el sentido de realizar comparativos y determinar si se trataba o no de costos estimados en las proyecciones financieras de las obras efectuadas en un inicio o si correspondían a verdaderos extra costos.

De otra parte, en cuanto a la reclamación de perjuicios formulada en materia stand by de maquinaria y equipo, el Tribunal advierte que, de acuerdo con la estimación razonada de la cuantía efectuada en este sentido en la demanda arbitral reformada, pretende demostrarse el acaecimiento de un daño con el aporte de sendos contratos suscritos para el alquiler de maquinaria y equipos destinados al proyecto. Al respecto, más allá de probar el contenido de los respectivos acuerdos contractuales a que se refieren estos documentos, el Tribunal no puede desprender de los mismos la

existencia de un perjuicio originado en la mayor permanencia en obra, toda vez que, según se dijo, es clara la jurisprudencia en señalar que en cada caso puntual deberá probarse la causación real de un detrimento para el particular contratista, cosa que no ocurre en el *sub judice*.

Resultaba necesario para estos efectos que, previa realización de análisis técnicos y financieros relacionados con la ejecución de dichos contratos, se demostrara ante el Tribunal que la maquinaria y el equipo contratados mediante los mismos fueren dispuestos para la realización de las obras constructivas de la segunda calzada Sincelejo – Toluviéjo y, además, que los mismos, uno a uno, estuvieran ubicados en la zona de los trabajos durante todo el tiempo que duró la ejecución de los mismos, aspecto sobre el cual no se refiere ninguno de los medios probatorios que reposan en el expediente.

No basta en este sentido con aportar al proceso prueba documental que dé cuenta de la celebración de contratos tendientes a garantizar la disponibilidad de maquinaria o equipos para el proyecto constructivo y tampoco es suficiente que se demuestre sobre el particular que el contratista del Estado hubiere realizado pagos para cubrir las obligaciones derivadas de esta especial circunstancia. Resulta imperioso para estos eventos en que pretende demostrarse la causación de perjuicios a título de stand by por mayor permanencia en obra que, tomando como sustento el diario de la obra contenido en la respectiva bitácora, se realice un análisis técnico tendiente a establecer el uso real de tales máquinas y equipos en obra o la paralización de los mismos por circunstancias ajenas a la sociedad concesionaria, toda vez que, solo de esta forma se tendrá certeza que tales bienes no se hubieren destinado a la ejecución de otros trabajos mientras estuvo suspendida la realización de obras en el sector del Cerro de Sierra Flor.

A folio 2 del Cuaderno de Pruebas No. 3, reposa un CD con bastante información relacionada con la contingencia presentada en la vía Sincelejo – Toluviéjo y, puntualmente, existen documentos denominados por la convocante como “*contables y administrativos*” en los que se contienen, entre otros, facturas, soportes de pago, desprendibles de nómina, cotizaciones de maquinaria y equipo, registros fotográficos e, incluso, un informe técnico realizado directamente por la concesionaria sobre obras ejecutadas en el sector de Cerro de Sierra Flor. Estos documentos aportados en medio magnético, que deben considerarse como medios probatorios, no generan para el Tribunal un convencimiento lógico, específico y cualificado sobre la causación de supuestos perjuicios originados en la mayor permanencia en obra por parte del contratista en esta zona del proyecto.

Era necesario que toda esta información, técnica y financiera, surtiera un procesamiento especial a efectos de establecer que, en efecto, la maquinaria contratada por el concesionario y por lo cual realizó unos pagos que están demostrados, estuvo paralizada en el sitio de las obras o de alguna manera no pudo utilizarse por el contratista y permaneció ociosa o en stand by en razón de los hechos antes narrados y que, en efecto, dificultaron o hicieron más gravosa la ejecución de los trabajos tendientes a la construcción de la segunda calzada Sincelejo – Toluviéjo.

Este mismo análisis aplica para el caso de las obras adicionales que supuestamente debieron ejecutarse en el sitio conocido como Cerro de Sierra Flor. Al respecto, bien puede existir en el plenario prueba de pagos realizados por tal concepto a cargo del particular contratista; sin embargo,

este solo hecho no denota ni implica que tal aspecto pueda calificarse como extra costo. Debe resaltarse en este sentido que, del todo necesario es un juicio comparativo, de orden técnico y financiero, que permitiera al Tribunal determinar si estas obras o actividades constructivas correspondían o no a las inicialmente contempladas para el cumplimiento del objeto contractual o, en definitiva, si las mismas debieron realizarse en razón a la paralización de los trabajos o al menor rendimiento de los mismos a causa de los hechos o actos de terceros a que se refiere este capítulo.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado, tratándose de perjuicios originados en una mayor permanencia en obra, es menester que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra¹⁶⁵, quiere ello decir que no es suficiente con que se aporten medios de prueba que den cuenta del pago de costos y gastos relacionados con el proyecto, inclusive, sufragados durante la extensión del tiempo causada por los hechos ajenos al contratista, toda vez que, en cualquier caso, lo que debe probarse en este sentido es la efectiva causación de sobrecostos o costos extras por parte del concesionario.

Esta falencia de orden probatorio tiene lugar en el caso concreto, como quiera que, si bien hay bastante prueba documental que da cuenta de la realización de pagos por parte de la sociedad concesionaria, lo máximo que se advierte con la misma es que el particular contratista sufragó distintos costos y gastos con ocasión de la ejecución de las obras, más no puede considerarse de manera alguna que se trata de sobrecostos o costos extras asumidos en razón de las especiales circunstancias que dieron lugar a que los trabajos constructivos se extendieran por un tiempo superior al proyectado en un inicio.

No existe, entonces, un convencimiento sólido y confiable para el Tribunal sobre los perjuicios reclamados por la sociedad concesionaria en razón de la mayor permanencia en obra, pues -se repite-, lo máximo que puede advertirse a este respecto de las pruebas aportadas al expediente es que se efectuaron unos costos y gastos por parte del concesionario, pero, de manera alguna, se concluye con solo ello que se hubiere incurrido en sobrecostos y, menos aún, que se causaren en detrimento suyo unos perjuicios.

El apoderado judicial de la convocante en sus alegatos de conclusión manifiesta sobre este particular que, los perjuicios en mención, están demostrados con el juramento estimatorio de la cuantía que no fue objetado por la convocada. Sin embargo, el Tribunal debe precisar al respecto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, dicho juramento “... *hará prueba de su monto*”, más no de la configuración o causación del perjuicio mismo. En otras palabras, si bien el juramento estimatorio de la cuantía puede servir como prueba para demostrar el monto o la suma por la cual podría decretarse una condena, ello no significa prueba de la causación misma del perjuicio que es a lo que se refiere el Tribunal en el caso concreto, de manera que no puede con ello tenerse por demostrado que, en efecto, el concesionario incurrió en sobrecostos o costos extra por la realización de las obras en un plazo mayor al inicialmente previsto.

¹⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de cinco (5) de marzo de 2015. Exp. 26.224. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal negará las pretensiones trigésima novena, cuadragésima y cuadragésima primera de la demanda arbitral reformada.

3. DE LA INAPLICABILIDAD DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.

La Ley 1564 de 2012, en su artículo 626 derogó expresamente el artículo 221 del C. de P. C. y consagró una nueva norma para regular el juramento estimatorio, la cual está contenida en el artículo 206,¹⁶⁶ el cual posteriormente fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, que alteró el inciso cuarto y añadió un párrafo. Esta norma textualmente establece:

“Artículo 206. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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.¹⁶⁷

“Parágrafo. 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.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la faltea de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

¹⁶⁶ Por mandato del artículo 627 esta norma empezó a regir a partir de la promulgación de dicha ley.

¹⁶⁷ Aparte subrayado del texto modificado por la Ley 1743 de 2014 declarado Exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067-16 de 17 de febrero de 2016

Tanto en la demanda principal reformada presentada por Autopistas de la Sabana como en la demanda de reconvencción reformada radicada por la Agencia Nacional de Infraestructura, las partes dieron cumplimiento a este requisito procesal y fijaron razonadamente la cuantía de sus pretensiones. Al respecto, el Tribunal considera que no procede la aplicación de la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 en comento ni tampoco la pena prevista en el párrafo del mismo artículo, por cuanto, a ambas partes, les prosperaron algunos de sus pedimentos y otros no, sin que pueda considerarse sobre el particular que hubiere falta de diligencia en la carga probatoria o que ello hubiere obedecido al actuar negligente o temerario de la parte respectiva.

Finalmente el actuar leal de las partes y sus apoderados durante el trámite de este proceso, la forma en que se desarrollaron las distintas actuaciones y las resultas mismas de este debate procesal, son razones adicionales que llevan a concluir que las sanciones previstas en la norma en estudio no tienen aplicación en este caso por no encuadrarse dentro de los supuestos fácticos que ésta contempla, los cuales deben ser examinados por el juez en cada caso en particular y ponderarse frente a los resultados de la litis, a fin de evitar la aplicación mecánica y objetiva de la norma, que dista mucho de la intención que tuvo el Legislador al consagrarla.

4. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Para el Tribunal, la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda reprochar y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993, tal como han sido interpretados y aplicados por el Consejo de Estado, al estar condicionada la condena en costas a una actuación temeraria o abusiva, el Tribunal se abstendrá de imponerlas, más cuando, en el caso concreto, prosperaron pretensiones formuladas por ambas partes, sin que pueda concluirse que hubiere una parte vencida.

CAPÍTULO TERCERO

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

De la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-:

PRIMERO: Ténganse por demostrada la excepción denominada “*riesgo tributario a cargo del concesionario – Adicional Tercero*”, propuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- en su escrito de contestación de la demanda arbitral reformada. Así mismo, ténganse por no demostradas las demás excepciones propuestas por la Agencia Nacional de

Infraestructura -ANI- en su escrito de contestación de la demanda arbitral reformada. Lo anterior en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., en los términos del artículo 158-3 del Estatuto Tributario -modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006-, podía deducir en sus declaraciones de impuesto de renta, en los porcentajes, condiciones y limitaciones de ley, las inversiones realizadas en activos fijos reales productivos, lo cual le permitía gozar de los beneficios económicos fiscales que esa deducción representaba, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TERCERO: DECLARAR que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Adicional No. 2 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 40%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

CUARTO: DECLARAR que, para las estimaciones y cálculos utilizados en la estructuración financiera del Adicional No. 3 al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, las partes del contrato tuvieron en cuenta el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos del 30%, previsto en la legislación tributaria aplicable al momento de celebrar el referido contrato adicional, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

QUINTO: DECLARAR que el beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos empleado por el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-) en las estimaciones y cálculos de la estructuración financiera de los Adicionales Nos. 2 y 3, tuvo como finalidad proyectar, para tener en cuenta, el menor impuesto a pagar que tendría la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. por esa prerrogativa fiscal y demás beneficios económicos fiscales, para trasladar el valor calculado en beneficio del proyecto y reducir los aportes que debía hacer la entidad contratante para garantizar la financiación de su ejecución, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral,.

SEXTO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. cumplió oportunamente con su obligación de depositar la cantidad de \$8.601.000.000, a precios del año 2005, en la Subcuenta 2 del fideicomiso, para adquirir los predios del Alcance Básico del proyecto y/o sus mejoras, como estaba pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007. Así mismo, **DECLARAR** que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. depositó la suma correspondiente al 30% adicional al depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en los estrictos

términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

SÉPTIMO: DECLARAR que en el curso de la ejecución del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 se concretó el “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, pactado en las cláusulas 1.80 y 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. depositó sumas adicionales a las que asumió como su parte del riesgo de adquisición de predios, de acuerdo con el Alcance Básico del contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

OCTAVO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. efectuó fondeos en exceso a la subcuenta 2 del Fideicomiso, que corresponden al “Riesgo de Adquisición de Predios” del Alcance Básico asumido contractualmente por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, por la suma de \$29.500.000.000, a pesos corrientes de la fecha de cada consignación, de los cuales la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- adeuda a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., la suma de \$5.255.261.694, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

NOVENO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.284.501.316, a pesos constantes del 31 de diciembre de 2005, en la subcuenta de predios del Otrosí No. 3, como estaba pactado en el contrato. Así mismo, **DECLARAR** que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. depositó la suma correspondiente al 30% adicional del depósito inicial, como riesgo asignado y asumido por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. en la cláusula 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO: DECLARAR que en el curso de la ejecución del Otrosí No. 3 se concretó el “Riesgo de Adquisición de Predios” a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, pactado en las cláusulas 1.80 y 37 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, toda vez que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. depositó en la Subcuenta de Predios del mencionado Otrosí sumas adicionales a las que asumió como su parte de adquisición de predios, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. efectuó fondeos en exceso a la subcuenta de predios del Otrosí No. 3, correspondientes al “Riesgo de Adquisición de Predios” asumido contractualmente por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, por la suma de \$10.655.963.150, a pesos corrientes a la fecha de cada consignación, suma de dinero que adeuda la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., en los

estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. adquirió unos predios necesarios para la ejecución de las obras pactadas en el Adicional No. 3 con recursos de la subcuenta 2 del Fideicomiso -y no de la Subcuenta de Predios del adicional 3 del mismo-, por un valor de \$3.838.212.376, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. instruyó a la Fiduciaria que administra el Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, reintegrar el valor de \$3.838.212.376, transfiriendo los recursos de la subcuenta de predios del Adicional No. 3 a la subcuenta 2 del Fideicomiso, el día 15 de febrero de 2012, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR que la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- descontó el valor de \$3.838.212.376 del primer pago por fondeos en exceso de la Subcuenta 2 (predial alcance básico), de acuerdo con el acta aclaratoria al acta de entendimiento del 10 de abril de 2012, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR que el valor de \$3.838.212.376, depositados por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., según las declaraciones anteriores, corresponden a fondeos en exceso de la Subcuenta 2 del fideicomiso para adquisición de predios, la cual está incluida en los \$29.500.000.000 de fondeos en exceso efectuados por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO SEXTO: DECLARAR que la suma de \$3.838.212.376, fondeada por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. en la Subcuenta 2 del Fideicomiso para obras del Alcance Básico, fue utilizada para la adquisición de predios del Adicional No. 3 y, por tal razón, debe incluirse en el cálculo del riesgo de adquisición de predios a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO SÉPTIMO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., para dar cumplimiento a la orden judicial emanada del juez 1° Civil del Circuito de Sincelejo, el 30 de septiembre de 2014 consignó la suma de \$1.264.583.180 como depósito judicial, con recursos de la subcuenta principal, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO OCTAVO: DECLARAR que, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- debe reconocer y pagar la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. una tasa de interés remuneratorio igual al DTF + 5, sobre las sumas fondeadas en exceso del riesgo de adquisición de predios, durante los 18 meses siguientes a cada uno de los correspondientes depósitos en exceso, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO NOVENO: DECLARAR que, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- debe reconocer y pagar a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. una tasa de interés moratorio igual al $((DTF + 5) \times 2)$, sin exceder la tasa máxima legal, sobre las sumas fondeadas en exceso del riesgo de adquisición de predios, una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho (18) meses siguientes a la fecha de cada depósito y hasta la fecha de pago, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO: DECLARAR que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil colombiano, los pagos efectuados por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- después de haber transcurrido los dieciocho (18) meses de plazo máximo para cumplir su obligación de reembolso de los depósitos efectuados en exceso, se deben imputar primero a los intereses moratorios, luego a los remuneratorios y el saldo como abono a capital.

VIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados y liquidados sobre el capital adeudado por concepto de riesgo de adquisición de predios del Alcance Básico del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, utilizada para adquirir predios con recursos fondeados en la Subcuenta 2 del Fideicomiso, ascienden a la suma de \$777.651.240 y los intereses moratorios a la suma de \$2.566.697.806, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR que, al 30 de septiembre de 2018, los intereses remuneratorios contractuales causados respecto de las cantidades de dinero que corresponden al riesgo de adquisición de predios del Otrosí No. 3, a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, liquidados sobre los fondeos en exceso pendientes de reconocimiento y pago, ascienden a la suma de \$1,438,897.468 y los intereses moratorios a la suma de \$3.131.082.167, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR que en el Contrato de Concesión 002 del 6 de marzo de 2007 no condiciona el reconocimiento y pago de los fondeos en exceso efectuados por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. para

cubrir la compra de predios o mejoras del Proyecto, que constituyen el riesgo a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, a la verificación y aprobación de las carpetas prediales por parte de la interventoría del proyecto, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR que, de conformidad con el Contrato de Concesión No. 002 de 2007, cláusula 37, el derecho de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. a exigir de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- el reembolso de las sumas de dinero depositadas en exceso en la subcuenta 2 del fideicomiso surge “a la fecha del depósito”, momento a partir del cual la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- debe reconocer los intereses remuneratorios pactados y transcurridos dieciocho (18) meses a partir de entonces los intereses moratorios pactados, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO SEXTO: DECLARAR, como consecuencia de las declaraciones anteriores, que durante el tiempo que se tome y que se haya tomado la interventoría de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- en hacer la verificación y aprobación de las carpetas prediales, se causarán y deberán pagarse por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, los intereses contractuales pactados, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de las declaraciones contenidas en los numerales **SEXTO** a **VIGÉSIMO SEXTO** de la presente parte resolutive, **CONDENAR** a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- a pagar a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. la suma de **Veintiocho Mil Ochocientos Ocho Millones Setecientos Ochenta y Seis Mil Novecientos Cuarenta y Siete Pesos M/Cte. (\$28.808.786.947)**, por concepto de riesgo de adquisición de predios, incluyendo capital adeudado en lo que respecta al Alcance Básico del proyecto y al Otrosí No. 3, así como intereses remuneratorios y moratorios calculados conforme al Contrato de Concesión No. 002 de 2007, liquidados a la fecha, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR que la obligación de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., referida a los “*Estudios, Diseño y Construcción de la segunda calzada entre la Ciudad de Sincelejo en el PR 0+0000 de la Ruta 25SC01 de la Red Vial Nacional, y el municipio de Toluwiejo en el PR 18+0335 de la misma ruta, para un total aproximado de 19.25 kilómetros (incluyendo retornos por 1.2 Km)*”, pactada en el Acuerdo Conciliatorio del Contrato de Concesión No. 002 de 2007 y en el Otrosí No. 7, se convino para que terminara en diciembre de 2016, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO NOVENO: DECLARAR que las obras de construcción de la doble calzada Sincelejo - Tolviejo, pactadas en el Otrosí No. 7 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, no pudieron ser totalmente terminadas por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. dentro del plazo fijado, por circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. cumplió oportunamente con depositar la cantidad de \$4.721.975.506, a precios corrientes, en la “Subcuenta ambiental del adicional 3” del fideicomiso, para financiar los gastos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas de licencias ambientales, plan de manejo ambiental y gestión social en lo relacionado con las obligaciones sociales derivadas de los estudios, la licencia ambiental y los requerimientos de la autoridad ambiental, como estaba pactado en el mencionado adicional. Así mismo, **DECLARAR** que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. depositó la suma adicional correspondiente al 20% adicional del valor del depósito pactado y que fuera el “Riesgo por Obligaciones Ambientales” asignado y asumido por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 (Cláusulas 5ª y 25), en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO PRIMERO: DENEGAR las demás pretensiones principales y subsidiarias propuestas por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., en su escrito de demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

De la demanda de reconvención reformada presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- contra la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S.:

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Ténganse por no probadas, en su totalidad, las excepciones de mérito formuladas por la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. en su escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR que las Cláusulas 22 y 23 del Contrato de Concesión 002 de 2007 prevén la forma en la que se deben administrar y manejar las subcuentas ambientales del proyecto, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR que la Sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S realizó pagos haciendo uso de los recursos de las subcuentas ambientales, sin que dichos pagos correspondieran a la destinación dada en el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 a dicha subcuenta, en los

estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR que la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. incumplió el Contrato de Concesión No. 002 de 2007 al no destinar como correspondía los recursos de la subcuenta ambiental, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO SEXTO: DECLARAR que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. debe reembolsar a las subcuentas ambientales correspondientes, el dinero pagado de dichas subcuentas por conceptos diferentes a los indicados en la Cláusula 22 del Contrato de Concesión No. 002 de 2007, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: DECLARAR que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el pago de las obligaciones de la subcuenta ambiental no excedió la suma asignada a la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. en la Cláusula 22.7 del Contrato para los costos ambientales, razón por la cual la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- no tiene obligación de cubrir dichos valores, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR que, al no haberse excedido el valor de los fondeos realizados en la subcuenta ambiental por parte de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S., no se activó el riesgo ambiental en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

TRIGÉSIMO NOVENO: DENEGAR las demás pretensiones propuestas por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, en su escrito de demanda de reconvencción reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Declaraciones generales

CUADRAGÉSIMO: Sin condena en costas ni agencias en derecho, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Sin lugar a la aplicación de la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso ni tampoco a la pena prevista en el párrafo del mismo artículo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: ORDENAR la expedición por Secretaría de copia auténtica de este Laudo Arbitral a cada una de las partes, con las constancias de ley.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: ORDENAR la entrega por Secretaría de copia de este Laudo Arbitral a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: DECLARAR causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, si a ello hay lugar; a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado, según corresponda. Como consecuencia de la anterior decisión, se ordena a las partes efectuar la contabilización del pago del saldo de los honorarios por el 50%, con fecha del día siguiente a la expedición del Laudo y, en consecuencia, expedir los respectivos certificados por las retenciones que se practicaron a los honorarios de los Árbitros y del Secretario, según corresponda.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: ORDENAR el envío por Secretaría de copia de este Laudo Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá e informarle sobre la terminación del proceso para la guarda y archivo del expediente.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: El presente Laudo Arbitral se cumplirá en los términos dispuestos por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011).

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

HERNANDO YEPES ARCILA
Árbitro Presidente

RODRIGO NOGUERA CALDERÓN
Árbitro

GERMÁN GÓMEZ BURGOS
Árbitro

DIEGO FERNANDO MORALES GIL
Secretario