

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE - COVIORIENTE S.A.S

contra

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

LAUDO

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

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Hernando Herrera Mercado, Presidente, Samuel Chalela Ortiz y Manuel Santiago Urueta Ayola, con la secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE - COVIORIENTE S.A.S.**, parte demandante (en lo sucesivo, la convocante, el Concesionario o Covioriente) y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, parte demandada (en lo sucesivo, la convocada o ANI).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros.

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

- 1.** El 23 de julio de 2015 Covioriente y ANI celebraron Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 10 (en lo sucesivo, el Contrato), cuya copia obra en el expediente.
- 2.** En la cláusula 15.2. "Arbitraje Nacional" de dicho Contrato las partes acordaron pacto arbitral, cuyo contenido obra a folio 186 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

- 3.** El 13 de septiembre de 2016, con fundamento en la cláusula transcrita, la demandante mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se hicieran las declaraciones que se transcriben posteriormente.
- 4.** En acta de 22 de agosto de 2016 que obra a folio 181 del Cuaderno Principal N° 1, consta que tuvo lugar reunión para designación árbitros, en la que se nombraron a los doctores Hernando Herrera Mercado, Samuel Francisco Chalela Ortiz y Manuel Urueta Ayola, quienes aceptaron en forma oportuna.
- 5.** El 20 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Hernando Herrera Mercado y como secretario al doctor Fernando Pabón Santander (Acta No. 1, folios 291 a 294 del Cuaderno Principal N° 1).
- 6.** En dicha audiencia, se admitió la demanda de Covioriente y se dispuso dar traslado de la misma a la entidad demandada por el término legal de 20 días hábiles.
- 7.** El 15 de noviembre de 2016, la ANI interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio. Mediante auto de 28 de noviembre de 2016, se resolvió dicho recurso y no se revocó el auto admisorio.
- 8.** El 3 de febrero de 2017, la ANI, por conducto de apoderado designado para el efecto, presentó contestación de la demanda.
- 9.** Por auto de 9 de febrero de 2017, se dio traslado a la parte demandante del escrito de contestación de la demanda, por el término legal de cinco días, para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.
- 10.** El 4 de octubre de 2017 la demandante presentó reforma de la demanda. Por auto de la misma fecha se admitió dicha reforma y se dio traslado a la demandada.
- 11.** El 13 de octubre de 2017, la demandante presentó solicitud de medidas cautelares.
- 12.** El 19 de octubre de 2017, la ANI presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda.

13. El 26 de octubre de 2017 se profirió auto que decretó la medida cautelar solicitada. Dicho auto fue recurrido por la ANI y se decidió no revocarlo mediante providencia de 17 de noviembre de 2017. Dicha medida cautelar se levantó por solicitud conjunta de las partes conforme al auto de 23 de enero de 2019.
14. El 4 de diciembre de 2017, tuvo lugar la audiencia de conciliación, diligencia que culminó sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.
15. En la misma audiencia, se señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Oportunamente, esto es, dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la demandante entregó a órdenes del Tribunal la totalidad de las sumas de dinero fijadas para cada parte por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento y otros.
16. El 30 de enero de 2018, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

A. Hechos en que se fundamenta la demanda

Los hechos más relevantes que invoca Covioriente en la reforma de la demanda se sintetizan a continuación:

1. El 23 de julio de 2015 la ANI, en calidad de concedente, y Covioriente en calidad de concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión materia de este proceso.
2. Respecto de *plazo estimado*, según la demanda, el plazo para la ejecución de las labores propias de la Fase de Preconstrucción no es un plazo máximo, sino que, por el contrario, es un plazo estimado que se encuentra sujeto al cumplimiento de las condiciones del mismo Contrato de Concesión, algunas de ellas que dependen de terceros.
3. En diferentes comunicaciones tanto la ANI como la Interventoría manifestaron a Covioriente que el plazo para la Fase de Preconstrucción no es estimado sino que, por el contrario, es un plazo máximo. Dicha apreciación no la comparte la demandante.
4. En relación con los *diseños*, según la demanda, el Estructurador del Proyecto concluyó que: (i) el alcance de las Intervenciones de

Mejoramiento debería aprovechar al máximo el corredor existente y (ii) se debían omitir ciertos parámetros del Manual de Diseño INVÍAS, que en su entender son secundarios en relación con la premisa de diseño principal según la cual es necesario aprovechar la infraestructura existente sin que se afecte la seguridad vial de los usuarios.

5. Para la demandante el alcance de los diseños Fase 2 del Estructurador del Proyecto Villavicencio - Yopal, en los cuales se omitió la aplicación de algunos parámetros del Manual de Diseño para las Intervenciones de Mejoramiento (excepciones que fueron aceptadas y no objetadas por la ANI), es el único alcance adecuado para que el Proyecto sea viable. Por lo tanto, exigir un alcance adicional (como lo es el cumplimiento del 100% de los parámetros del Manual de Diseño para las Intervenciones de Mejoramiento) supone poner en riesgo la estabilidad financiera del Proyecto o, en el mejor de los casos, cambiar el alcance del Contrato de Concesión sobre el cual Covioriente presentó su Oferta.
6. Así mismo, con base en los estudios Fase 2 (estudios del estructurador), puestos a disposición de los interesados en el Proyecto para la elaboración de sus propuestas fue que se estructuró el Contrato de Concesión y, además, Covioriente tomó como referencia para la realización de los estudios definitivos o Fase 3.
7. Según la demanda, la ANI considera equivocadamente que Covioriente debe aplicar todos los parámetros del Manual de Diseño a sus diseños y, de no hacerlo, la demandada considera que se incumple el Contrato de Concesión.
8. El 14 de julio de 2016, la Interventoría mediante comunicación 2016-409-060391-2 notificó a la ANI que "(...) se ha materializado un incumplimiento contractual por la entrega defectuosa de los documentos exigidos en los literales a) de las secciones 6. 1 y 6.4 de la Parte General del Contrato de Concesión".
9. La interventoría solicitó a la ANI iniciar dos procedimientos sancionatorios diferentes: uno por los Diseños relacionados con la UF1 y otro relacionado con las UFs 2 a 7, los cuales fueron notificados a Covioriente mediante comunicaciones No. 2016-701-0359-47- del 16 de noviembre de 2016 para las UF 2 a 7 y la comunicación 2016-701-033-222-1 del 24 de octubre de 2016 para la UF 1.
10. El 25 de septiembre de 2017 se suspendió la audiencia de instalación correspondiente al proceso sancionatorio de diseños, al que se refiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
11. Respecto del *cambio de ubicación de la Conexión Anillo Vial*, la

demanda señala que en el Contrato de Concesión la Conexión Anillo Vial (i) se ubica antes del Peaje (sentido Villavicencio - Yopal); (ii) su ubicación exacta es en el PR7+000 y (iii) la ubicación del Peaje Puente Amarillo (sentido Villavicencio - Yopal) es posterior a la Conexión Anillo Vial, teniendo en cuenta que hace parte del Subsector 2 y se encuentra ubicado en el PR 7+135.

12. La ANI por medio de las comunicaciones No. 2015-306-031567-1 y No. 2016-306-007858-1, requirió a Covioriente modificar sus diseños —con el Anillo Vial al sur del Peaje de Puente Amarillo— ya que unilateralmente tomó la decisión de modificar la ubicación de dicha Conexión al norte del Peaje de Puente Amarillo, que pasaría de ubicarse en el PR 7+000, a estarlo en las coordenadas 1.053.807.63 E, y 955.740.09 N.
13. Apunta la demanda que el Diseño Geométrico de la UF 1 cuenta con la no objeción de la Interventoría tal y como consta en la comunicación 4G21VIY0215-888-16 del 2 de diciembre de 2016.
14. Estima Covioriente que si se presenta una afectación negativa al Derecho de Recaudo como consecuencia de la modificación de la ubicación de las Estaciones de Peaje en lugares diferentes a los establecidos en el Apéndice Técnico 1, la ANI tiene la obligación de compensarla por el acaecimiento de estos eventos.
15. La ANI, por decisión unilateral, en vez de modificar la ubicación del peaje, modificó la localización de la intersección que alimenta al peaje, afectando el Derecho de Recaudo de Covioriente.

B. Las pretensiones de la demanda

La demandante solicita que se hagan las siguientes declaraciones, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

“5.1. PRETENSIONES GENERALES:

PRIMERA: Que se declare la existencia y validez del Contrato de Concesión suscrito entre las Partes el 23 de julio de 2015.

SEGUNDA: Que se condene en costas y gastos a la parte demandada.

5.2. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PLAZO ESTIMADO:

5.2.1. Pretensiones principales:

PRIMERA: Que se declare que el plazo estimado para ejecutar la Fase de Preconstrucción establecido en la Sección 3.8. de la Parte Especial del

Contrato de Concesión es un plazo tácito, indeterminado y no fijo o máximo.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior se declare que el plazo estimado establecido en la Sección 3.8. de la Parte Especial del Contrato de Concesión es el indispensable para poder cumplir con las Condiciones Precedentes.

TERCERA: Que se declare que la finalización de la Fase de Preconstrucción del Contrato de Concesión está sujeta al cumplimiento de las Condiciones Precedentes estipuladas en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión.

CUARTA: Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el inicio de la Fase de Construcción está sujeto a la verificación del cumplimiento de las Condiciones Precedentes estipuladas en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión.

QUINTA: Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el 3 de septiembre de 2016 no era la fecha máxima para cumplir con las Condiciones Precedentes previstas para dar Inicio a la Fase de Construcción.

SEXTA: Que se declare que la diferencia en la interpretación del Contrato de Concesión no constituye un incumplimiento del mismo para **COVIORIENTE**.

SÉPTIMA: Que se declare que el inicio del Plan de Obras corresponde a la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

5.2.2. Pretensiones subsidiarias:

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL : Que se declare que el alcance de la expresión "duración estimada" contenida en la Sección 3.8. de la Parte Especial del Contrato de Concesión hace referencia al tiempo o plazo indispensable para cumplir con las Condiciones Precedentes para dar inicio a la Fase de Construcción, el cual puede ser superior a 360 Días.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el plazo estimado para ejecutar la Fase de Preconstrucción establecido en la Sección 3.8. de la Parte Especial del Contrato de Concesión no es un plazo máximo.

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que las obligaciones de la Fase de Preconstrucción están sujetas a condición y no a plazo.

PRIMERA CONSECUCIONAL DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: Que

se declare que la Fase de Preconstrucción termina con la verificación del cumplimiento de las Condiciones Precedentes.

5.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS DISEÑOS:

5.3.1. Pretensiones principales:

PRIMERA: Que se declare que el Apéndice Técnico 1, respecto de las Intervenciones de Mejoramiento, refleja el contenido de los documentos elaborados por el Estructurador del Proyecto .

SEGUNDA: Que se declare que las Intervenciones de Mejoramiento y Construcción tienen alcances diferentes conforme lo establece el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión.

TERCERA: Que se declare que **COVIORIENTE** tiene la obligación de realizar las Intervenciones de Construcción única y exclusivamente en las Unidades Funcionales 1 y 7.

CUARTA: Que se declare que las Intervenciones a ser ejecutadas por **COVIORIENTE** en la Fase de Construcción del Contrato de Concesión en las Unidades Funcionales 2 a 6 del Proyecto consisten única y exclusivamente en el Mejoramiento, en los términos definidos en el Apéndice Técnico 1.

QUINTA: Que se declare que en los términos de la Sección 1.1. - Introducción del Manual de Diseño Geométrico Invias 2008 en los casos particulares en que no sea posible cumplir a cabalidad con los parámetros estipulados en el Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008, quedará al buen juicio y justificada sustentación por parte de los responsables del proyecto, que corresponde en este caso al Estructurador del Proyecto en virtud del encargo de la **ANI**, la decisión de cambios en las características del mismo, siempre y cuando estos no afecten negativamente la seguridad ni la comodidad de los usuarios, ni impliquen exceder significativamente el presupuesto para la ejecución del proyecto.

SÉXTA (sic): Que se declare que el Estructurador del Proyecto, contratado por la **ANI**, determinó excepciones al cumplimiento de los parámetros establecidos en el Manual de Diseño Geométrico Invias 2008, con el objeto de aprovechar al máximo el corredor existente para minimizar las afecciones ambientales, prediales y sociales.

SÉPTIMA: Que se declare que la **ANI** no objetó los estudios y diseños, presentados por el Estructurador del Proyecto, que dieron origen al Proceso de Selección del Contrato de Concesión.

OCTAVA: Que se declare que para las Intervenciones de Mejoramiento para las Unidades Funcionales del Proyecto se pueden exceptuar algunos

critérios y/o parámetros previstos en el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008.

NOVENA: Que se declare que los parámetros de diseños exigibles a **COVIORIENTE** son radio mínimo de curvas y pendiente máxima, ambos señalados en el Apéndice Técnico 1.

DÉCIMA: Que se declare que la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008 exigidos por la **ANI** para las Unidades Funcionales 2 a 6 implica un cambio en el alcance del Contrato de Concesión.

DÉCIMA SEGUNDA (sic): Que se declare que la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS para las Intervenciones de Mejoramiento altera las condiciones iniciales en las que **COVIORIENTE** presentó la oferta y contrató.

DÉCIMA TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que **COVIORIENTE** no está obligado a la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS para las Intervenciones de Mejoramiento.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que **COVIORIENTE** no está obligado a asumir los efectos económicos y efectos en el tiempo de ejecución del Contrato de Concesión que conlleve la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS y el cambio del alcance del Contrato de Concesión.

DÉCIMA QUINTA: Que se declare que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión y el alcance de Mejoramiento, **COVIORIENTE** cumplió dentro de la oportunidad prevista, con sus obligaciones en relación con la presentación y el contenido del Estudio de trazado y diseño Geométrico correspondiente a las Unidades Funcionales 2 a 6.

5.3.2. Pretensiones subsidiarias

SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que los únicos parámetros de diseño que **COVIORIENTE** está obligado a aplicar son radio mínimo en curvas, longitud de espirales por limitación de transición de peralte, pendiente máxima y curvas verticales mínimas de acuerdo con el Estructurador del Proyecto.

5.4. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL CAMBIO DE UBICACIÓN DE LA CONEXIÓN ANILLO VIAL:

5.4.1. Pretensiones Principales:

PRIMERA: Que se declare que el Contrato de Concesión establece como

ubicación de la Conexión Anillo Vial el punto de referencia o PR 7+000.

SEGUNDA: Que se declare que el Contrato de Concesión establece que el punto de ubicación de la Conexión Anillo Vial coincide con el fin de Sector 1 e inicio del Sector 2 de la Unidad Funcional 1.

TERCERA: Que se declare que el Proyecto está estructurado para recibir y/o obtener los ingresos que genera el flujo vehicular que converge en la Conexión Anillo Vial.

CUARTA: Que se declare que la ubicación de la estación de Peaje Puente Amarillo prevista en el Contrato de Concesión es en el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 entre la Conexión Anillo Vial y Restrepo.

QUINTA: Que se declare que las Intervenciones relacionadas con el peaje Puente Amarillo a cargo de **COVIORIENTE** y con las previstas para el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 (inicio de la construcción de doble calzada) guardan estricta relación con el tráfico vehicular que se proyecta que transitará por el Sector 2 de la Unidad Funcional 1.

SEXTA: Que se declare que la modificación en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo constituye un incumplimiento contractual por parte de la **ANI**.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRINCIPAL: Que se declare que la modificación por parte de la **ANI** en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo altera las condiciones iniciales en las que **COVIORIENTE** presentó la oferta y contrató.

SÉPTIMA: Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta principal o su subsidiaria, que se declare que a **COVIORIENTE** no le corresponde asumir los efectos negativos que se deriven de la modificación por parte de la **ANI** en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo.

OCTAVA: Que se declare que la modificación en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo afecta el Derecho de Recaudo de COVIORIENTE y en consecuencia el producto del Recaudo de Peaje.

NOVENA: Que se declare que la modificación de la ubicación de la Conexión Anillo Vial es una situación análoga a la de la instalación de las Estaciones de Peajes en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1 prevista en la Sección. 3.3. literales (g) y (h) de la Parte General del Contrato de Concesión.

DÉCIMA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión novena y por no ser una situación imputable al Concesionario, se ordene a

la ANI dar aplicación a la Sección 3.3. literales (g) y (h) de la Parte General del Contrato de Concesión.”

C. La contestación de la demanda

El 3 de febrero de 2017, ANI presentó contestación de la demanda. El 19 de octubre de 2017, ANI presentó contestación de la reforma de la demanda en la que se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes defensas:

- La convocante interpreta erróneamente los documentos de respuesta de la ANI en otros procesos de selección.
- Las respuestas dadas por la ANI en el proceso de Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-015-2013, que originó el contrato de concesión No. 010 de 2015, fueron claras en señalar que la etapa de preconstrucción tenía una duración de 360 días.
- El Contrato es ley para las partes y debe ser cumplido.
- Las situaciones alegadas por la convocante como fundamento de sus pretensiones, son riesgos asumidos expresamente por el concesionario, de manera que no pueden ser tenidos en cuenta.
- La convocante incumplió el contrato de concesión No. 010 de 2015 suscrito con la ANI.
- El Pliego de Condiciones y los documentos que lo integran, adendas y respuestas aclaratorias, tiene supremacía interpretativa.
- Lo que pretende el concesionario con la controversia sobre el plazo estimado es mejorar a su favor las condiciones financieras del proyecto pactadas originalmente / violación al principio de la buena fe objetiva en materia contractual.
- El concesionario está obligado a aplicar la totalidad de los parámetros del manual de diseño geométrico INVÍAS 2008 en intervenciones de mejoramiento / No le asiste razón al concesionario en cuanto a la supuesta limitación para este proyecto, de la aplicación del mencionado manual de diseño geométrico INVÍAS 2008 en intervenciones de mejoramiento / El contrato es claro, preciso y contundente en la exigencia de todos los parámetros del Manual de Diseño Geométrico de INVÍAS y solo en caso que por diferentes condiciones, su cumplimiento desbordara el alcance del contrato, en el contrato se estableció un ítem que se llama excepciones a la velocidad, excepciones al radio mínimo, excepciones a la pendiente máxima / el contrato es ley para las partes y obliga a lo allí pactado / el riesgo de diseño es del Concesionario, razón por la cual el argumento que construir variantes, o realizar rectificaciones del alineamiento, depende la experticia, ingenio y creatividad del diseñador vial / no es lícito ir en contravía de los actos propios, el concesionario manifestó que

aceptaba el contrato, sus apéndices y anexos / violación de la buena fe objetiva.

- Falta de competencia del Honorable Tribunal Arbitral para conocer de la controversia relativa a diseños.
- El cuarto de datos es meramente informativo / El concesionario tiene la carga de realizar sus propios análisis y desplegar la debida diligencia para el conocimiento integral de su proyecto / La intersección del corredor Villavicencio – Yopal con el proyecto Malla Vial del Meta es estrictamente para la unidad funcional 5 a cargo del concesionario del proyecto Malla Vial del Meta en virtud del contrato de concesión No. 004 de 2015, por lo que no constituye un elemento integrante del contrato de concesión No. 010 de 2015, de manera que no es una condición que se haya pactado con Covioriente SAS y por tanto el contrato de concesión No. 010 de 2015 no ha sufrido modificación alguna en este punto / El contrato de concesión No. 010 de 2015 establece claramente la ubicación del peaje de Puente Amarillo / El concesionario no sufre ninguna afectación económica por la ubicación de la glorieta y en el hipotético caso que se disminuya el recaudo en el mencionado Peaje, por la ubicación de la glorieta, el Contrato contempla que la ANI reconocerá y pagará al Concesionario, la diferencia de recaudo generada, para cumplir con los montos establecidos para tal efecto en la Parte Especial del Contrato de Concesión.
- Inexistencia de fundamentos legales y/o contractuales y/o probatorios que hagan prosperas (sic) las pretensiones de la reforma de la demanda y por tanto deben negarse en su totalidad.
- Excepción Genérica.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 30 de enero de 2018, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

- 1.** El 6 de febrero de 2018 tomaron posesión el perito financiero Carlos José Espinosa López y el perito técnico Alfredo Malagón Bolaños.
- 2.** El 20 de febrero de 2018 se recibió el testimonio de Mauricio Castro Vives y se aceptó el desistimiento del testimonio de Rafael Villamarín Restrepo.
- 3.** El 13 de marzo de 2018 se practicó el testimonio de Delaskar David Diazgranados Díaz.

- 4.** El 14 de marzo de 2018, se practicó el testimonio de Javier Agudelo Hernández y se dio traslado del dictamen pericial financiero.
- 5.** El 2 de abril de 2018 se practicó el testimonio de Edgar Alberto Fonseca Herrera. Así mismo, se dio traslado del informe rendido bajo juramento por el representante legal de ANI.
- 6.** El 17 de abril de 2018 se recibió el testimonio de Luis Fernando Amador Gómez, se dio traslado a las partes del peritaje técnico y de las aclaraciones y complementaciones al peritaje financiero.
- 7.** El 19 de abril de 2018 se dio inicio a la exhibición de documentos a cargo de la ANI.
- 8.** El 7 de mayo de 2018 se recibió el testimonio de Camilo Andrés Jaramillo Berrocal y se aceptaron los desistimientos de los testimonios de Sandra Luna y de Juan Carlos Rengifo.
- 9.** El 9 de mayo de 2018 se recibió el testimonio de José Enrique Dávila Lozano
- 10.** El 8 de junio de 2018 se aceptaron los desistimientos de los testimonios de Andrés Cárdenas Villamil y de Felipe Hadad.
- 11.** El 1º de agosto de 2018 rindieron interrogatorio los expertos Pablo Roda Fornaguera, Luis Guillermo Mojica González y Camilo Andrés Reyes Rodríguez, estos últimos de la firma Spiral Ingeniería S.A. En la misma fecha se dio traslado a las partes del escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje técnico.
- 12.** El 10 de agosto de 2018 se practicó el interrogatorio de parte del representante legal de Covioriente y se aceptó el desistimiento del testimonio de Carlos Augusto Ramírez.
- 13.** El 29 de octubre de 2018 se dio inicio a la diligencia de exhibición de documentos a cargo de Fonade, sin que se hiciera presente ningún funcionario de dicha entidad para cumplir la citación del Tribunal.
- 14.** El 15 de noviembre se cerró la exhibición de documentos a cargo de ANI y se dio por evacuada la exhibición de documentos a cargo de Fonade. En la misma fecha, habida consideración de que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró

concluida la instrucción del proceso y se citó a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales.

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 23 de enero de 2019 se llevó a cabo la audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales, el Ministerio Público rindió su concepto final y se entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES.

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En relación con la primera pretensión general de la demanda de Covioriente, y como asunto preliminar, se tiene que el contrato es definido por el artículo 1495 del Código Civil como "... un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...". Y de otro lado, el artículo 1501 *ibídem*, define los elementos característicos del contrato, afirmando que en el contrato "se distinguen ... las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden

pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

De otra parte, el artículo 1502 de la misma codificación establece los requisitos para que una persona se obligue con otra por un acto o contrato, en el sentido de (i) que debe ser legalmente capaz; (ii) consentir en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio; (iii) que recaiga sobre un objeto lícito, y (iv) que tenga una causa lícita.

En el campo del derecho público, el artículo 32, ordinal 4º de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión en los términos siguientes:

“4. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. Conc: Ley 105 de 1993 Artículo 30, 32; Ley 143 de 1994 Artículo 65; Ley 286 de 1996; Decreto 1604 de 1966 Artículo 9º; Decreto 1394 de 1970 Artículo 6; Ley 643 de 2001”.

Ahora bien, examinado el Contrato de Concesión No. 010 de 2015, suscrito entre la ANI y Covioriente, se observa que se ajusta en sus elementos y requisitos a las exigencias de la legislación civil en cuanto a capacidad de las partes, objeto, consentimiento y causa lícitos, así como a la tipicidad de la Ley 80 de 1993 y normas complementarias relativas al contrato de concesión, lo que permite concluir que dicho contrato reúne las condiciones de existencia y validez exigidos por el ordenamiento jurídico.

Así mismo, el tribunal observa que la parte convocada no ha planteado dudas acerca de la existencia o validez del contrato, ni tampoco lo ha hecho la señora agente del Ministerio Público, razón por la cual se accederá sin más análisis a la pretensión primera general del escrito de demanda.

I. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A continuación el Tribunal se pronunciará sobre los reparos efectuados por la Convocada en torno a la competencia para conocer en este trámite de la controversia relativa a los Diseños.

1. Posición de la convocante

Al respecto la parte convocante expresa que la controversia sobre los Diseños hace referencia al alcance del Contrato de Concesión y a la interpretación del mismo, y no a las especificaciones técnicas.

Puntualmente sostiene que esta controversia se circunscribe al alcance de la Intervenciones de Mejoramiento y a la exigencia de aplicación de los parámetros del Manual de Diseño. Por lo anterior manifiesta que es claro que el Tribunal debe decidir no sobre Especificaciones Técnicas, sino sobre el alcance del Contrato de Concesión. Por ende, según su postura, es evidente que el Tribunal tiene plena competencia para estos efectos en virtud de lo previsto en la Sección 15.2. de la Parte General del Contrato.

Esta misma línea expone que lo anterior desvirtúa, la excepción de falta de competencia del Tribunal propuesta por la ANI, puesto que la misma está fundada en la premisa según la cual el Contrato de Concesión establece "(...) el carácter preferente del amigable componedor frente al tema de diseños, y residual de arbitraje para los demás temas no asignados específicamente al amigable componedor". En sus palabras, al ser la controversia de Diseños relativa al alcance del Contrato de Concesión y no a la "Revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y los Estudios de Detalle", fluye que el amigable componedor no es el mecanismo aplicable para resolver la presente disputa.

En adición, señala que el aparte del Contrato de Concesión invocado por la ANI para fundamentar su excepción la desvirtúa toda vez que dicho aparte establece lo siguiente:

"6.2 Revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y los Estudios de Detalle (...) (f) En caso de desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle se podrá acudir al Amigable Componedor, salvo que la ANI comparta la posición del Concesionario."

Del texto transcrito concluye que claramente se establece que el acudir al Amigable Componedor es una facultad, y no una obligación, ya que indica que esto se "podrá". También argumenta que contrario a la opción

facultativa prevista en la Sección 6.2. anterior, el Contrato de Concesión establece los casos en los que sí es obligatorio acudir al mecanismo del amigable componedor. Y ello lo atribuye, por ejemplo, al caso, de las Secciones 3.16. (e). (ii). 2. De la Parte General que establece lo siguiente:

“3.16 Cambio Tributario (...) (e) Variación NIIF: Si la variación en el valor del impuesto de renta efectivamente pagado por parte del Concesionario (directamente o a través del Patrimonio Autónomo), originada por la Variación NIIF, genera un efecto desfavorable para el Concesionario, el Concesionario podrá solicitarle a la ANI que se le reconozca la diferencia aplicando en lo pertinente lo dispuesto en la Sección 7.2(e)(iv) de esta Parte General. El giro que la ANI haga en virtud de lo acabado de señalar será entendido como una liquidez transitoria provista por la ANI que será objeto de devolución por parte del Concesionario en los términos que más adelante se señalan. Las sumas pagadas deberán ser devueltas – ajustadas con la variación del IPC– por el Concesionario a la ANI, de conformidad con lo señalado a continuación: (...) (2) Si la ANI no acepta el monto de la Variación NIIF que se desprende de los estados financieros presentados por el Concesionario y las Partes no logran un acuerdo, las Partes acudirán al Amigable Componedor.”

Esa misma consecuencia la predica para la circunstancia prevista en la Sección 4.7. (b) del Contrato de Concesión, que señala:

“Efectos del Retraso del Plan de Obras (...) (b) Si hay dos (2) o más causas concurrentes de retraso y solamente una de ellas le dan derecho al Concesionario a una ampliación en el plazo, el Concesionario tendrá derecho a una extensión equivalente al plazo de aquella causa que le da derecho a la extensión. En este caso, si las Partes no logran ponerse de acuerdo en el plazo de ampliación, corresponderá al Amigable Componedor definir el plazo de ampliación del Plan de Obras de manera que solamente se tenga en cuenta para la ampliación, el impacto del retraso causado por la ANI o por un Evento Eximente de Responsabilidad.”

Para rematar su argumentación, señala que como la figura de la amigable composición para resolver controversias sobre la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle no se pactó como obligatoria, sino como una facultad de las partes, es claro que el Tribunal tiene competencia para resolver la controversia relativa a los Diseños.

2. Posición de la convocada

Por su parte, a este respecto la convocada sostiene la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia relativa a diseños.

Ello lo sustenta de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 010 de 2015, que en su interpretación establece la competencia del Amigable Componedor para conocer sobre las controversias suscitadas en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle.

También argumenta que por otra parte, en el Capítulo XV –Solución de Controversias de la Parte General– del Contrato de Concesión, las partes regularon la competencia residual del Tribunal de Arbitraje para conocer las controversias originadas con ocasión del contrato, determinando una competencia preferente del panel de amigables componedores. De donde colige, que conforme a las estipulaciones contractuales, se definió la habilitación tanto para el panel de amigables componedores como para los árbitros, a fin de que pudieran conocer sobre la resolución de controversias, señalando claramente el carácter preferente del amigable componedor, y residual del arbitraje para los demás temas no asignados específicamente al amigable componedor.

En ese orden de ideas, establece que como el concesionario planteó la controversia relativa a los trazados y diseños geométricos, resulta evidente que la instancia competente para su solución no es el Tribunal Arbitral, sino de manera específica, el panel de amigables componedores, conforme a su interpretación de las cláusulas contractuales.

3. Consideraciones del Tribunal

3.1. La figura de la amigable composición

El antecedente de la Amigable Composición en el derecho colombiano, corresponde al artículo 677 del Código de Procedimiento Civil de 1970. El código contempló esta figura como un mecanismo de solución de controversias susceptibles de transacción, cuya declaración no producía los efectos de un laudo arbitral, es decir no se trataba de una forma de arbitramento, sino un mecanismo independiente de solución de controversias. Esta norma le dio un valor contractual a la decisión de los Amigables Componedores y así la posibilidad de ejecución.

Por su parte, el Decreto 2279 de 1989, por el cual se implementaron Sistemas de Solución de Conflictos entre particulares, derogó el Artículo 677 y dispuso en los Artículos 51 y 52 las reglas aplicables a la Amigable

Composición, creando una reglamentación mucho más amplia que la anterior pues le adicionaba un límite de tiempo (30 días) para que los Amigables Compondores tomaran una decisión.

A su turno, la Ley 23 de 1991, modificó algunas de las disposiciones del Decreto 2279 de 1989. Se destaca cómo esta normativa habilitó a un tercero para que nombrara al compondor o compondores, llenando un vacío normativo pues podía presentarse que a falta de acuerdo sobre quienes serían los compondores, no se iniciara el trámite. Actualmente, esta facultad la ejercen (por disposición de las partes) las Cámaras de Comercio o las Asociaciones de Profesionales.

Posteriormente, la normativa contenida en la Ley 23 de 1991, fue derogada por la Ley 446 de 1998, sobre descongestión judicial, eficiencia y acceso a la justicia, y estableció en los artículos 130, 131 y 132 las reglas de la Amigable Composición, las cuales más adelante fueron compiladas en el Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos), en los Artículos 223, 224 y 225.

Este decreto fue entonces, el llamado a compilar en un solo cuerpo normativo, la regulación de la Amigable Composición en Colombia. En ella se volvió a eliminar el límite del tiempo (30 días), creando un vacío al suprimir el término para el encargo.

Finalmente, las disposiciones sobre Amigable Composición fueron compiladas, en su mayoría, por la Ley 1563 de 2012 "Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional", artículos 59, 60 y 61.

Esta ley, en su parte segunda, se ocupó de la Amigable Composición al integrar la normativa existente en cuanto a la definición de la Amigable Composición como "... un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable compondor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición..."¹ sus efectos, el trámite de designación y procedimiento.

En materia de contratación estatal, la Amigable Composición, como mecanismo de solución de conflictos, ha operado de forma distinta respecto del derecho privado, pues se puede decir que tiene un origen jurisprudencial.

¹ Ley 1563 Artículo 59.

Se afirmaba que "siendo la amigable composición una institución de carácter privado, prevista específicamente para litigios entre particulares, se constituía en un mecanismo vedado a la administración pública"².

Al respecto, el H. Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 26 de febrero de 1998:

"Valga anotar que en las normas en las cuales han sido regulados el arbitramento internacional y la amigable composición, no ha existido prohibición para el uso de estas figuras por parte del Estado, por tanto debe entenderse que frente a una administración capaz de transigir como se le permitió en materia contractual desde el Decreto 01 de 1984, artículo 217, es posible la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos, especialmente desde cuando a través de la Ley 39 de 1990, el Estado Colombiano aceptó el acatamiento a decisiones proferidas por tribunales arbitrales extranjeros; sometimiento que hoy se mantiene constante en la legislación nacional, conforme a lo establecido en la Ley 315 de 1996, que se encargó de reglamentar algunos aspectos de arbitraje internacional."³

En virtud de lo anterior, la Corporación otorgó plenas facultades al sector público para la utilización de la Amigable Composición, como mecanismo de resolución de conflictos en contratos estatales, por lo que el legislador incluyó dicho mecanismo en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, los Artículos 68 y 69 de la ley 80 de 1.993, expresamente facultaron a las entidades estatales para valerse de los diferentes mecanismos previstos por el ordenamiento privado (como la Amigable Composición), para la solución de controversias contractuales en los contratos celebrados por la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales, con personas privadas, naturales o jurídicas.

3.2. La figura del arbitraje

De conformidad con lo establecido en el inciso 4º del artículo 116 superior, los particulares pueden administrar justicia en calidad de árbitros. Dicha acepción hace forzoso entender que en nuestro ámbito, a diferencia de lo reglado en otros hemisferios sobre el particular, los

² GIL ECHEVERRI. Jorge Hernán. La Conciliación Extrajudicial y La Amigable Composición. Bogotá. 2003 P 424.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Corte Constitucional. Sentencia SU- 091 del 2 de Febrero del 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

árbitros ejercen una función típicamente pública, atinente a resolver de manera imparcial e independiente las controversias puestas en su conocimiento, y en las que se tienda a clarificar la titularidad o la manera de ejercer un específico derecho.

Esta visión encuentra también asidero en postulaciones que reputan al arbitraje como un verdadero "equivalente jurisdiccional". Ciertamente, el laudo -que se tiene por el pronunciamiento que finiquita la controversia y remata el procedimiento arbitral- se caracteriza porque sus efectos son vinculantes y de obligado cumplimiento para las partes.

En tal sentido, el arbitraje se erige como un instrumento mediante el cual se imparte justicia, y en tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces.^{4 5}

De esta forma dicha institución goza de autorización constitucional expresa, siendo dotada a su vez de especiales notas prototípicas. Emerge así, que la habilitación para que particulares administren justicia en calidad de árbitros es eminentemente temporal, lo que impone que estos sujetos deban desempeñar su función dentro de límites que sobre tal materia hayan sido previstos dentro de los lineamientos legales o convencionales, por fuera de los cuales conservan su habitual calidad. Lo anterior ha sido expresado por la jurisprudencia en los siguientes términos⁶:

"No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del

⁴ En tal sentido se ha dicho que los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, toda vez que (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia (al respecto ver entre otras la Sentencia T-058 de 2009).

⁵ Haciendo referencia a los aspectos en que se distinguen la justicia arbitral y la justicia administrada por las autoridades judiciales, ha precisado la Corte Constitucional "mientras las autoridades judiciales realizan una función pública institucional, inherente a la existencia misma del Estado, los árbitros desempeñan esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado" (Corte Constitucional Sentencia C-378/08).

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-057 de 1995.

orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia". En palabras de la Corte: "no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)".

En este orden de ideas, y en virtud a su transitoriedad, la función arbitral está claramente demarcada en el tiempo. Lo anterior atañe a dos consecuencias, en cuanto a que la expedición de la decisión extingue la habilitación y que la competencia arbitral solo puede ser ejercida bajo el límite temporal asignado para ejecutarla.

Otro factor determinante de tal consagración constitucional, es que así el arbitraje haga efectiva la función pública del Estado de administrar justicia, su habilitación pende de la voluntad de las partes para someter sus diferencias a un panel arbitral, derogando plenamente la jurisdicción.

Igualmente es de anotar que de conformidad con su fundamento constitucional, el desarrollo de la institución arbitral posee claras limitaciones materiales, ya que no toda controversia puede ser objeto de un laudo arbitral.

En tal sentido, bien puede anotarse que el arbitraje tiene un contexto restringido, en la medida en que no se extiende sino a determinados bienes jurídicos previstos por el legislador, tal y como lo expone el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, según el cual la arbitrabilidad se extiende a los "asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice".

Puede decirse, entonces, que si bien se ha avalado, en desarrollo de la Carta Política, la existencia de la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ciertos asuntos por su naturaleza e identidad, deben ser ventilados a través de la jurisdicción permanente, tal y como se ha dictaminado como sigue⁷.

"La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral".

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-057 de 1995.

Significa lo anterior, que el arbitraje o la materia arbitral, solo se extiende a determinados eventos previstos por su regulación -carácter limitado-. Sin embargo, es pertinente formular la siguiente precisión para evitar incurrir en un grave error de interpretación. El mencionado carácter excepcional que se le asigna al arbitraje -en los términos ya aludidos-, evita concretamente que una disposición legal pretenda establecer la obligatoriedad de dicho mecanismo en el evento de no existir acuerdo entre las partes, pero indudablemente no, a que se pacte una cláusula compromisoria con el propósito de recurrir a un tribunal de arbitramento ante "cualquier" diferencia que surja en una determinada relación o vínculo jurídico que incumban a los asuntos definidos como el legislador como arbitrables.

En tal medida, es apreciable señalar que el pacto arbitral, a disposición de las partes, puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a las discrepancias que puedan surgir de una determinada relación contractual.

La jurisprudencia constitucional también ha estimado como característica de la justicia arbitral, su naturaleza procesal, por supuesto debido a que se encuentra sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes.

En palabras expresadas por la Corte Constitucional⁸:

"El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales".

En tal sentido, se impone señalar, así se pensara otra cosa, que en virtud de la acepción del arbitraje como institución procesal atribuida por la Corte, en nuestro medio el arbitraje se erige como un instrumento mediante el cual se imparte o administra justicia y que entonces se

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000.

homologa a acto jurisdiccional. Lo que fuerza a señalar que el laudo es, por su contenido formal y material, una verdadera sentencia judicial.

3.3. El arbitraje y la amigable composición

La expresión *litis* (de *lis*), suele referirse al litigio (*lite*), pleito (*placitum*), juicio o proceso judicial, asunto sobre el cual se solicita al juez un pronunciamiento, el conflicto, la disputa, contienda, confrontación, enfrentamiento, divergencia, diferencia o controversia⁹. Así las cosas, se extiende a la noción de materia dudosa, a una *res dubia*, dudosa, con contraposición de los sujetos en torno a una relación, situación, derecho, bien o interés susceptible de tutela por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, los mecanismos de solución de controversias configuran un conjunto de herramientas, técnicas, procedimientos o métodos, equivalentes o alternativos a la jurisdicción permanente. Sus expresiones disímiles, se diferencian por su concepto, ámbito, exigencias, caracteres y efectos concretos. Por su constante utilización, destacan algunos negocios jurídicos con función extintiva o dirimente (transacción, renuncia, mutuo disenso), la negociación, la mediación, la amigable composición, el panel de expertos, la conciliación, el arbitraje y el proceso judicial.

Dichos métodos se han clasificado en "autocompositivos" y "heterocompositivos", según la solución del conflicto provenga de las partes o de terceros, anticipando que tanto el arbitraje como la amigable composición, corresponden a esta segunda acepción.

En todo caso, ambos infieren la habilitación de las partes, en virtud de *pacto previo*, acuerdo dispositivo fruto de la autonomía privada o libertad contractual, por medio del cual ellas deciden someter al conocimiento de amigables componedores o árbitros ciertas controversias.

Factor determinante por consiguiente, habilitación que pende de la voluntad de las partes para someter sus diferencias a un panel arbitral o de amigable composición. Eso hace que estos mecanismos sean eminentemente "voluntarios", en cuyo defecto la competencia no surge. Lo que indica que el consentimiento para optar por someter una controversia a estas vías es una exigencia insoslayable para su génesis. En ausencia de tal acuerdo bilateral, que evidentemente debe emerger de la recíproca voluntad espontánea y libre, no es procedente someterse a ellos.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Como nace el Derecho*. SENTIS MELENDO, Santiago y AYERRA REDÍN, Marino (trad), Cuarta reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis S.A., Bogotá; 2004.

En tal sentido se realiza el principio de autonomía de la voluntad o de necesaria habilitación convenida, que implica que sean los propios sujetos atados a una relación jurídica particular, quienes puedan determinar el instrumento más idóneo a la hora de resolver sus desacuerdos.

En conclusión, la habilitación de las partes en orden a deferir su conflicto al conocimiento de árbitros o amigables componedores, es consustancial a estos, es por ello que son las partes las llamadas a establecer limitaciones materiales a estas figuras. Lo que hace que sean evidentemente aquellas las que tengan la potestad de darles un contexto restringido y extenderlas a determinados objetivos contractuales.

En tal medida, es apreciable señalar que esos pactos, a disposición de las partes, pueden abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a las discrepancias que puedan surgir de una determinada relación contractual.

3.4. Alcance del acuerdo de amigable composición y pacto arbitral en el presente caso

No se debe perder de vista que dentro de un proceso contractual que deriva en la suscripción de un contrato y su posterior ejecución, es función fundamental interpretar cuál es la verdadera intención de las partes.

Ahora bien, si en gracia de discusión no hay claridad frente a lo contractualmente pactado, se debe acudir al Artículo 1602 del Código Civil que reza:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

El artículo 1603 *ibídem* dispone:

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

Como consecuencia de lo anterior, es más que evidente señalar que las partes están obligadas en primer lugar a la literalidad del contrato si su contenido literal permite la ejecución sin contratiempo de las obligaciones contractuales, en virtud del principio *pacta sunt servanda* que ha sido desarrollados por la jurisprudencia nacional, así:

“Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...) el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.”¹⁰

En el mismo sentido esta H. Corporación¹¹ ha sostenido:

“Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el *pacta sunt servanda*, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La doctrina francesa ha considerado al respecto, que:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente (E). Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del veintinueve (29) de agosto de 2012. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-01059-01(21315).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente (E). Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217).

“En general la voluntad debe unirse a otra voluntad. En regla general no es bastante una declaración unilateral de voluntad para producir efectos jurídicos; para llegar a sus fines la voluntad debe ligarse a otra voluntad, es decir, una convención debe existir entre dos o más personas. Sin embargo, esta impotencia de la voluntad aislada para crear o modificar las relaciones jurídicas no es siempre constante y sucede a veces que una volición unilateral tenga efectos obligatorios (...).

“Pero, en tesis general, no podemos ni adquirir una acreencia ni ser deudores por medio de una manifestación unilateral de voluntad y esto es muy lógico porque el establecimiento de una relación obligatoria entre dos personas implica, razonablemente, su previo acuerdo; de esta manera en nuestro derecho positivo francés, una promesa de recompensa no obliga a su autor, mientras otra persona no se haya apoderado de ella, transformando así, por medio de su adhesión, la promesa en un acuerdo”¹².

En cuanto a la fuerza obligatoria del contrato, Ripert y Boulanger, consideran que el contrato tiene fuerza de ley, el Artículo 1134 expresa en la forma más enérgica la fuerza obligatoria del contrato.

“Las convenciones formadas legalmente tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho”. Esta fuerza obligatoria tiene un doble fundamento: una idea moral, el respeto a la palabra dada; y un interés económico, la necesidad del crédito”¹³.

Así las cosas y mientras no medien circunstancias anormales que justifiquen el apartamiento de las partes de las condiciones dispuestas en el contrato y sus modificaciones, deben estarse a lo allí contenido y proceder a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones a las que se encuentran sujetos contractualmente.

Así las cosas, el Tribunal debe escudriñar la intención de las partes en el contrato sobre la alternancia de varios métodos alternativos de solución de conflictos.

En primer lugar, se detecta que dentro del contrato las partes acuden a la alusión de la amigable composición o el arbitraje como vías para la resolución de disputas. Bien vale la pena citar, que para algunos eventos

¹² JOSSERAND, Louis. Curso de Derecho Civil Positivo Francés. Medellín: Impresiones “La pluma de Oro”. 1977. P. 143 y 144.

¹³ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Buenos Aires: Ediciones La Ley. 1964. P. 283 y ss.

se prevé en el texto contractual como mecanismo excluyente la amigable composición, y en tales casos, ella resultará prevalente y excluyente en cuanto a la posibilidad primaria o inicial de recurrir a los árbitros. En estos casos el verbo rector utilizado hace alusión a que "las partes acudirán" – del infinitivo "acudir"–, lo que indica no una alternativa sino la obligación de recurrir a esa vía determinada para solucionar una discrepancia. Al efecto resulta útil transcribir un ejemplo extraído del contrato como se cita en la siguiente cláusula:

"3.16 Cambio Tributario (...) (e) Variación NIIF: Si la variación en el valor del impuesto de renta efectivamente pagado por parte del Concesionario (directamente o a través del Patrimonio Autónomo), originada por la Variación NIIF, genera un efecto desfavorable para el Concesionario, el Concesionario podrá solicitarle a la ANI que se le reconozca la diferencia aplicando en lo pertinente lo dispuesto en la Sección 7.2(e)(iv) de esta Parte General. El giro que la ANI haga en virtud de lo acabado de señalar será entendido como una liquidez transitoria provista por la ANI que será objeto de devolución por parte del Concesionario en los términos que más adelante se señalan. Las sumas pagadas deberán ser devueltas – ajustadas con la variación del IPC– por el Concesionario a la ANI, de conformidad con lo señalado a continuación: (...) (2) Si la ANI no acepta el monto de la Variación NIIF que se desprende de los estados financieros presentados por el Concesionario y las Partes no logran un acuerdo, **las Partes acudirán al Amigable Componedor.**" (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Este tipo de cláusulas riñe por lo pactado en torno a lo resuelto por las partes frente a la resolución de las diferencias atinentes al tema de diseños, en torno a las cuales, donde por el contrario, el verbo rector utilizado se expresa en términos de posibilidad o facultad pero no de forma imperativa. Dice así el aparte respectivo:

En adición, señala que el aparte del Contrato de Concesión invocado por la ANI para fundamentar su excepción la desvirtúa toda vez que dicho aparte establece lo siguiente:

"6.2 Revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y los Estudios de Detalle (...) (f) En caso de desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle **se podrá acudir al Amigable Componedor**, salvo que la ANI comparta la posición del Concesionario." (Negrillas y subrayado fuera de texto).

La cláusula es pues de naturaleza permisiva y por ello en esta la facultad jurídica aparece a través de una proposición potestativa o discrecional.

Tal sentido es tan claro que ni siquiera es dable atribuir alcance distinto, bajo la alusión que cuando el sentido de lo pactado es claro no le es factible al intérprete desafiar o contrariar su contenido.

La doctrina es clara en cuanto para establecer el sentido y alcance de un contrato se requiere de una labor interpretativa, de calificación y de integración¹⁴ de la declaración de voluntad común de los contratantes; ha dicho la Corte Suprema de Justicia que:

“(...) el proceso interpretativo, entendido en sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico y teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley interpretativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta- lealtad, corrección o probidad-.”

Teniendo en mente estas tres fases o momentos de la actividad hermenéutica señaladas por la jurisprudencia, el Tribunal encuentra que en este caso su labor debe centrarse en la primera de ellas, esto es, en la interpretativa en sentido estricto, para lo cual, con base en el proceso de formación del contrato, en el contrato mismo y en la conducta de las partes, debe dar aplicación a los criterios de interpretación de los contratos previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, normatividad ésta que es aplicable a los contratos estatales de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

No puede entonces pretenderse con tamaña claridad desvirtuarse para este caso la aplicación facultativa de la Amigable Composición para la resolución de las disputas concernientes a los Diseños, que emerge diáfana de la simple lectura de la cláusula aplicable. Tal claridad de la literalidad no da por ende lugar a la aplicación de reglas de interpretación

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Arturo Solarte, 19 de diciembre de 2011, ref. 110001-31003-005-2000-01474-01.

adicionales como por ejemplo la que guía el rastreo *ex post* de la intención común. Evidentemente porque bajo la alusión del “podrán” el contrato refleja, *prima facie*, precisión, y ella no debe plegarse a elementos distractores que riñan con ella.

Esta directriz literal, en últimas, tiene el propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación comercial sobre este particular, sin que sea viable estimar interpretaciones divergentes.

Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que “Si la misión del intérprete, ..., es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas” (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577).

En ese orden de ideas, como la expresión de los contratantes fue y es clara, ya que para superar el desacuerdo relacionados con los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle se “podrá”, dicha claridad del tenor literal de las estipulaciones prevalece porque reivindica sin complejidad la intención común.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral observa pues, como tal principio de interpretación preserva o conserva la efectividad de las declaraciones de voluntad, consagrado en el artículo 1620 del Código Civil, de conformidad con el cual: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Y resulta que la observación destacada arriba se plasma en el texto contractual mencionado, en el cual confluyeron las partes, sin que les sea dable unilateralmente desacatarla. A lo que se suma que de dicha regla no se deriva ambigüedad contractual que deba ser resuelta. Se reitera que los negocios jurídicos de derecho privado como los de derecho público se rigen por el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, previsto en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes, y obligan en lo que allí se dispone, en consecuencia, solo pueden invalidarse por su voluntad o por causas legales. Esta disposición se armoniza con el principio de buena fe contractual, que rige todos los negocios jurídicos, previsto en el artículo 1603 del Código Civil.

Estas ideas, junto con los principios de transparencia, información, estarse a lo pactado y respeto de las condiciones pactadas a que están obligadas las partes, permite concluir que los acuerdos de voluntades que se suscriben sin atentar contra la autonomía de voluntad de las partes, de

conformidad con los requisitos legales e invocando la libertad que tienen las partes para contratar, constituyen una ley inquebrantable para ellas.

Consecuentemente con lo hasta aquí expuesto, este Tribunal Arbitral reitera frente al específico caso de los desacuerdos relacionados con los Diseños, el carácter facultativo de la amigable composición dentro del contrato.

De manera complementaria para despachar este asunto, también puede decirse que la controversia sobre los Diseños no concierne a las llamadas especificaciones técnicas sino al alcance del Contrato de Concesión. Y ello es así, porque las pretensiones aluden más claramente al alcance de las Intervenciones de Mejoramiento y a la exigencia de aplicación de los parámetros del Manual de Diseño, con lo que el asunto en controversia no desciende a una particularidad técnica como la sujeción de un elemento constructivo o de servicio a las Especificaciones del proyecto, sino más bien se refiere a la definición de cuáles son las fuentes que contractualmente quedaron señaladas como referentes vinculantes para las partes en materia técnica y cuál es la interrelación normativa de dichas fuentes para precisar su prelación, complementariedad, subsidiariedad o carácter apenas ilustrativo, aspecto que reviste un talante esencialmente jurídico.

Por ende, es evidente a este respecto, que el Tribunal debe decidir no sobre tales especificaciones, sino sobre el alcance contractual mismo, y por ello tiene plena competencia para conocer de este asunto.

II. PRETENSIONES RELATIVAS AL PLAZO

Uno de los temas de controversia en este proceso arbitral hace relación con el plazo o término para adelantar la etapa preoperacional previsto contractualmente para iniciar luego la etapa de construcción de la obra, pues la parte convocante considera que se trata de un plazo estimado o indeterminado mientras la convocada afirma que se trata de un plazo fijo. Ahí radica el problema jurídico planteado por las partes.

1. Posición de la Convocante

1. 1. Pretensiones en materia de plazo

A título de pretensiones principales, según el numeral 5.2.1 de la demanda reformada, la convocante solicita "que se declare que el plazo estimado para ejecutar la Fase de Preconstrucción establecido en la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato de Concesión es un plazo tácito, indeterminado y no fijo o máximo", (**primera**); de donde resulta que éste sería el plazo indispensable para cumplir con las Condiciones

Precedentes, (**segunda**); a lo cual está sujeto la finalización de la Fase de Preconstrucción, (**tercera**), y en consecuencia el inicio de la Fase de Construcción, (**cuarta**). Que, como consecuencia de ello, se declare que el 3 de septiembre de 2016 no era la fecha máxima para cumplir con las Condiciones Precedentes (**quinta**), por lo que solicita declarar que esa diferencia de interpretación no constituye incumplimiento contractual de su parte (**sexta**) así como que el Plan de Obras iniciará en la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción (**séptima**).

A título de pretensiones subsidiarias, según el numeral 5.2.2, de no accederse a las pretensiones principales, la convocante solicita que se declare que el alcance de la expresión "duración estimada" hace referencia al tiempo o plazo indispensable para cumplir con las Condiciones Precedentes para dar inicio a la fase de construcción, el cual puede ser superior a 360 días, (primera subsidiaria de la primera principal); que se declare que el plazo estimado para ejecutar la Fase de Preconstrucción no es un plazo máximo, (segunda subsidiaria de la primera principal); que se declare que las obligaciones de la Fase de Preconstrucción están sujetas a condición y no a plazo (tercera subsidiaria de la primera principal); en fin, que, como consecuencia de las pretensiones subsidiarias, se declare que la Fase de Preconstrucción termina con la verificación del cumplimiento de las Condiciones Precedentes, (**cuarta, denominada primera consecucional**).

1.2. Fundamentos

La convocante considera que su interpretación se encuentra respaldada en un sinnúmero de estipulaciones precontractuales, contractuales, en la propia ley y en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.3. Estipulaciones precontractuales y contractuales

Respecto de la etapa precontractual, dice: "Desde el inicio del Proceso de Selección del Proyecto el plazo para las Fases de la Etapa Preoperativa fue previsto como estimado. Esto se evidencia en los respectivos documentos precontractuales, como lo es la Minuta que fue suscrita por COVIORIENTE, la cual hace parte del Pliego de Condiciones y, por ende, del Contrato de Concesión, conforme a lo previsto en las Secciones 1.33 y 19.14 de la Parte General de éste. El texto del numeral 3.8. de la Parte General de la Minuta en el que se prevé la duración estimada de la Fase de Preconstrucción es idéntico al texto del Contrato de Concesión"¹⁵.

Con fundamento en el literal b de la Sección 2.5 de la Parte General y de la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, considera la convocante que el plazo de ejecución de la Fase de Preconstrucción no es

¹⁵ Vd. Demanda reformada, pág. 59.

un plazo máximo sino un plazo estimado sujeto a las condiciones que el mismo contrato establece.

La Sección 4.4. de la Parte General del Contrato establece los requisitos que deben ser cumplidos previamente para que se pueda dar inicio a la Fase de Construcción, los cuales son las Condiciones Precedentes. El cumplimiento de éstas no depende únicamente del concesionario sino también de terceros, por lo que el Inicio de la Fase de Construcción no está ligado al acaecimiento de una fecha cierta sino que está supeditado a "la verificación de la totalidad de los requisitos establecidos, en especial el cumplimiento de las condiciones precedentes, en donde además se prevén justificaciones de retardo, por ejemplo, la fuerza mayor predial y ambiental así como la consulta previa.

A pesar de ello, agrega, la convocada considera que el plazo no es estimado sino que es un plazo máximo, con término el 3 de septiembre de 2016, según lo manifestado en comunicación de la Interventoría 4G21VIYO215-285-16 del 29 de marzo de 2016. Allí se afirma respecto del adjetivo "estimado" que : "...la inclusión del mencionado adjetivo no altera la naturaleza de los plazos fijados en el Contrato de Concesión, los cuales se deben entender como extintivos...", por lo que para la ANI el concesionario debe cumplir las Condiciones Precedentes en la fecha indicada. Así también lo manifestó a la Cámara Colombiana de Infraestructura cuando dijo que "... el plazo estimado establecido en la parte especial de cada contrato se traduce, en un término máximo...".

De su lado, el concesionario considera que el contrato fija un plazo estimado por oposición a un plazo máximo para el inicio de la etapa de construcción, "toda vez que el inicio de esta Fase está sujeto al cumplimiento y verificación de una serie de condiciones precedentes, muchas de las cuales no están bajo el control del Concesionario", tal como lo manifestó en la comunicación 2015-705-0256 de octubre 28 de 2015, dirigida a la Interventoría. En abono de su tesis, cita los numerales 1.64, 2.5 (a), 1.3,3.8 (a) de la Parte General, y 4.4 y 4.5 (e) de la Parte Especial del Contrato de Concesión.

1.4. Documento CONPES

Agrega que en el documento CONPES 3762 de agosto 20 de 2013 se identificaron las principales dificultades que se presentaban en los proyectos de infraestructura para establecer la política que permitiera mayor agilidad y viabilidad de los mismos. Así mismo, que la ANI, con base en la estructuración de expertos en la materia, estableció en los contratos de primera y segunda ola de la Cuarta Generación de Concesiones (4G) que la duración o plazo de la Fase de Preconstrucción es

estimado, por lo que el plazo puede variar¹⁶.

1. 5. El plazo en otros procesos contractuales

La variabilidad del plazo se evidencia en la séptima matriz de respuestas a las observaciones jurídicas del Proceso VJ-VE-IP 001-2013 (autopista Giradot-Honda Puerto Salgar), o en el proceso No. VJ-VE-IP-002- 2013/ VJ-VE-IP-LP-0022013 (autopista Mulaló-Loboguerrero), o en el proceso VJ-VE-IP-009-2013/ VJ-VE-IP-LP 009-2013 (proyecto Conexión Pacífico 3)¹⁷.

Dice la convocante que la ANI es consciente de la multiplicidad de terceros que intervienen en el trámite de las Condiciones Precedentes y la complejidad que ello implica. Además, que en el Contrato de Concesión No. 002 de 2017, suscrito para el proyecto Pamplona-Cúcuta, se eliminó el término estimado para el plazo de duración de la Fase de Preconstrucción. De allí concluye la convocante que "... después de las experiencias de los contratos de primera y segunda ola, la ANI estructuró los contratos de la tercera ola de manera que, si la Fase de Preconstrucción dura más de lo estimado, quedará menos tiempo para que el Concesionario construya las Unidades Funcionales" así como también que la Ley 1682 de 2013 -ley de infraestructura- impone a las entidades públicas en los contratos de concesión que pacten el cumplimiento de unas obligaciones previas al inicio del proceso de selección en materia de estudios de prefactibilidad, factibilidad y consulta previa.

1.6. Fondo de la subcuenta

Agrega que otra estipulación del Contrato de Concesión que evidencia la indeterminación del plazo es la contenida en el literal (e) del numeral 4.5 de la Parte Especial, en donde se indica la consecuencia prevista si la Fase de Preconstrucción dura más tiempo del estimado, la cual, contrario a lo que afirma la ANI, no es la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Concesión, sino la obligación de COVIORIENTE de "seguir fondeando la subcuenta en el monto correspondiente a la Fase de Preconstrucción de manera proporcional a la duración adicional." Así las cosas, el transcurso del número de días indicado en la estimación del plazo no puede tener como consecuencia el inicio de un trámite sancionatorio.

El mismo Contrato de Concesión establece fuerzas mayores especiales que se configuran con el transcurso de un tiempo superior a los 360 días estimados previstos en el mismo para la Fase de Preconstrucción, como es el caso, por ejemplo, de la fuerza mayor ambiental por demoras en (i) la

¹⁶ Vd. demanda, página 17.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 18.

expedición de la licencia ambiental o (ii) el proceso de consulta previa. Evidencia lo anterior que el propio Contrato de Concesión prevé que esa Fase dure más de 360 días. Incluso dichas estipulaciones le otorgan el derecho a COVIORIENTE de solicitar la declaratoria de fuerza mayor una vez transcurrido ese tiempo, si fuere el caso.

1.7. Interpretación sistemática del contrato

Sumado a lo anterior y dando aplicación al criterio de interpretación sistemática de los contratos, se puede evidenciar que en el contrato de concesión existen dos tipos de plazos: los fijos o máximos y los estimados. Esto quiere decir que cuando la ANI quiere que cierto hito contractual tenga un plazo máximo, así lo establece expresamente en el contrato. Este es el caso del Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, el cual "(...) corresponde al término de ciento ochenta (180) días contados a partir de la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento".

Agrega la convocante que lo expuesto pone en evidencia que la ANI, conscientemente, estructuró el Contrato de Concesión para que en el caso de que la duración estimada de la Fase de Preconstrucción fuera superior a los 360 días, ello tuviera consecuencias diferentes a la declaratoria de incumplimiento del contrato, permitiendo, incluso, que se configuren situaciones de fuerza mayor especial, como se explicó antes¹⁸.

Ello es así ya que la ANI conoce que los contratos de concesión son por naturaleza incompletos, tal y como lo ha considerado la Corte Constitucional. Esa situación no pone a COVIORIENTE en posición de incumplimiento y por ende en manera alguna procede un proceso sancionatorio de la administración, toda vez que, de llegar a suceder, se estaría desconociendo el principio de que los contratos de concesión son por naturaleza incompletos y relacionales, y que, por ello, no se pueden prever a priori todas las variables y contingencias que pueden afectar la ejecución de esta clase de contratos dada la amplitud de su objeto contractual y la relación a largo plazo que se establece entre el particular inversionista y la entidad contratante.

La convocante llama la atención sobre el hecho que, si fuera cierto que la ANI siempre ha dejado claro que el plazo para la Etapa de Preconstrucción es máximo, aun cuando el propio contrato dice que es estimado (en contraposición a otras secciones que explícitamente si lo son), no existiría razón para que en el borrador de la Parte Especial del Contrato para el proyecto Pamplona – Cúcuta esta palabra fuera eliminada.

Ese cambio permite evidenciar de manera más clara que los argumentos

¹⁸ *Ibidem*, pág. 64.

jurídicos de la ANI, además de no encontrar fundamento en los diferentes documentos del Proceso de Selección ni en el propio Contrato de Concesión, van en clara contravía de los actos propios, en tanto que es esta misma entidad la que presentó los términos del Contrato de Concesión en donde se lee claramente que el plazo para la Fase de Preconstrucción es estimado y frente a lo cual se obligó ésta y COVIORIENTE, por lo que ahora no le asiste razón alguna para pretender desconocerlo¹⁹.

Las cláusulas del Contrato de Concesión deben ser interpretadas unas con otras y conforme a la totalidad del espíritu del mismo, por lo que no tiene sentido atribuirle un alcance diferente al Plazo Estimado de la Fase de Preconstrucción, tal y como el mismo lo prevé en el último párrafo de la Sección 19.14 el cual establece que "en todo caso, los documentos que hacen parte del presente Contrato deberán interpretarse armónicamente y con observancia de la ley aplicable (...)"

De otra parte, la convocante respalda su posición con citas de sentencias del Consejo de Estado en donde dice que ese organismo judicial ha interpretado lo que se debe entender por un plazo estimado, cuando consideró lo siguiente:

"En este caso interpreta la Sala que **el plazo** de dos años **fijado en el contrato** de prestación de servicios ahora cuestionado **era un plazo meramente estimativo inicial que se encontraba sujeto a la ampliación de los términos judiciales, es decir, se trató de un plazo tácito e indeterminado, toda vez que el término indispensable para cumplir las obligaciones del apoderado judicial dependía a su vez de la duración de los procesos judiciales** inclusive hasta la segunda instancia, términos que para el momento de la celebración del contrato se desconocían"¹³
(Negritas y subrayas por fuera del texto).

En el mismo sentido, la convocante cita un concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado.

En el caso analizado por el Consejo de Estado el plazo era estimado debido a que el mismo dependía de la duración de unos procesos judiciales.

Citando el artículo 1551 del Código Civil, agrega que siendo la convocada la que previó un término estimado, ahora no puede ir en contra de sus propios actos y pretender darle a ese término un significado diferente al

¹⁹ *Ibidem*, pág. 65.

que naturalmente tiene. Si la ANI hubiera querido establecer un término máximo —como ahora lo pretende— debió haberlo dispuesto así tanto en los documentos precontractuales como en los contractuales.

Finalmente, anota que para el Concesionario no tiene sentido alargar las fases del contrato porque tal eventualidad afecta directamente su patrimonio al no poder obtener la retribución esperada, a la cual se accede con la conclusión de las obras, según la previsión del artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, que se refiere al “pago por disponibilidad”²⁰.

Así las cosas, concluye la convocante, la naturaleza de las Condiciones Precedentes pone de presente que para la convocada era extremadamente complejo determinar desde el inicio del Proyecto una duración o un plazo fijo o máximo para la Fase de Preconstrucción, por lo que la interpretación sobre esta duración debe ser, sin lugar a dudas, que es estimada, pues se trata del plazo indispensable para cumplir con la obligación.

2. Posición de la Convocada

La convocada estima que el plazo previsto contractualmente para el adelantamiento de la Etapa de Preconstrucción en el contrato de concesión que se analiza es determinado, cierto y máximo, razón por la cual deben denegarse las pretensiones de la demanda al respecto. Su posición está fundamentada en las consideraciones fácticas y jurídicas siguientes:

Después de calificar un número de hechos de la demanda como no ciertos, parciales y subjetivos, la convocada considera que los términos de las etapas que componen la fase preoperativa del contrato corresponden a plazos máximos dentro de los cuales el concesionario debe cumplir con las obligaciones que contrajo libre y voluntariamente mediante la presentación de la propuesta y la firma del contrato de concesión. El contrato establece los requisitos que deben cumplirse previamente al inicio de la fase de construcción, los cuales corresponden a riesgos asumidos expresamente por el concesionario.

En cuanto a la cita que la demanda hace del documento CONPES 3762 de agosto 20 de 2013, considera la convocada que si bien es cierto que allí se identificaron diferentes problemas en la ejecución de los proyectos de infraestructura, también se estableció la implementación de medidas de planeación, racionalización, optimización, gestión y coordinación para superarlas, especialmente de parte de los concesionarios. El documento no hace mención a que los problemas identificados sean generales para todos los proyectos y mucho menos los asigna al proyecto Villavicencio-

²⁰ *Ibidem*, pág. 63

Yopal. Además, los permisos y licencias ambientales y la adquisición predial fueron asumidos como riesgos a cargo del concesionario, tal como se desprende de la matriz de riesgos que hace parte del contrato de concesión.

2.1. Matriz de riesgos

De otra parte, en la séptima matriz de respuestas dadas a las preguntas formuladas por los interesados en el proceso de selección que menciona la convocante, de abril 7 de 2014, la ANI fue clara y enfática en señalar que el término de la Etapa de Preconstrucción era de 360 días.

Si se revisa la matriz de respuestas a las preguntas formuladas por los interesados en el proceso de selección del proyecto Mulaló-Loboguerrero, que menciona la convocante en el hecho 34, en ningún momento la ANI dio una respuesta definitiva en el sentido de que el plazo estimado es plazo máximo y no mínimo, pues dijo que la observación sería revisada posteriormente y en caso de ser procedente se ajustaría el contrato, modificación que nunca ocurrió y por tanto la respuesta de la entidad al concesionario debe entenderse como negativa.

En el mismo orden, en las respuestas dadas en la audiencia de aclaración de pliegos y asignación de riesgos, de fecha 22 de noviembre de 2013, cuando se solicitó la ampliación del término de la etapa de preconstrucción en la observación No 50, la ANI respondió en forma clara que no era procedente porque la entidad había considerado dicho plazo como suficiente, teniendo en cuenta las variables legales y de ejecución²¹.

Agrega la ANI que el hecho de que otros instrumentos negociales de naturaleza semejante contengan una regulación distinta sobre un mismo punto, ningún efecto jurídico modificadorio produce respecto de cada acuerdo individualmente considerado, pues, se debe advertir que las disposiciones convencionales de un contrato no tienen la virtualidad de extender sus efectos ni sobre quienes no son parte del mismo ni sobre acuerdo distintos.

En todo caso, debe tenerse presente que la ANI en los contratos 4G de concesiones, tanto en 1, 2 y 3 olas e iniciativas privadas, ha mantenido la misma política para la duración de las fases de preconstrucción y de construcción de manera que los cambios introducidos no modifican la esencia de los contratos 4G.

Así mismo, anota la convocada que "las situaciones alegadas por la convocante como fundamento de sus pretensiones, son riesgos asumidos expresamente por el concesionario, de manera que no pueden ser

²¹ Vd. Alegato de Conclusión de ANI, pág. 6.

avaladas como fundamento de su incumplimiento”, pues, “desde el inicio del proceso de selección, en la audiencia de revisión de riesgos, y con base en la información técnica que fue publicada, sabía que dicha responsabilidad y tales riesgos estarían en cabeza del concesionario, y peor aún, que las mismas le fueron asignadas como riesgos previsibles, todo lo cual fue aceptado con la presentación de la propuesta y la firma del contrato.”²²

2.2. Excepciones de mérito

Con base en las anteriores consideraciones fácticas, la ANI expuso como mecanismo de defensa las excepciones de mérito siguientes:

1ª. Respuesta en otros procesos. La convocante interpreta erróneamente los documentos de respuesta de la ANI a las preguntas de los participantes en otros procesos de selección, pues edifica su tesis acerca del entendimiento del plazo de la etapa de preconstrucción a su conveniencia y sin soporte alguno respecto de las respuestas que se dieron en esa sede, como lo demuestra la séptima matriz de respuesta a las preguntas en el proceso de selección de Autopista Girardot-Honda-Puerto Salgar, en donde la ANI fue clara y enfática en señalar que el término de la etapa de preconstrucción es de 360 días. Así mismo, se infiere de la respuesta 673 dada en el proceso de selección en el Contrato de Concesión Mulaló-Loboguerrero, y con mayor razón en cuanto a lo dicho por la convocante en el proceso Río Magdalena y Pacífico, las cuales constituyen simples afirmaciones sin respaldo probatorio.

Al referirse al laudo proferido por el Tribunal Arbitral denominado Pacífico 1, de mayo 3 de 2018, en donde se dijo que el plazo estimado de la fase de preconstrucción es tácito y no expreso y determinado, la convocada consideró que este laudo no puede servir de precedente ni fundamento a la decisión que se adopte porque la situación fáctica del referido proceso es diferente, pues la ANI no había podido entregar la infraestructura correspondiente a Covipacífico, de ahí que la etapa de preconstrucción solo podía iniciarse cuando la ANI entregara efectivamente esos segmentos, situación distinta a la *sub iúdice* en donde la entidad no tiene asuntos pendientes con el concesionario en lo que se refiere a la entrega de la infraestructura que hace parte del proyecto a cargo de Covioriente.

2ª. Respuestas en el contrato controvertido. Las respuestas dadas por la ANI en el proceso de Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-015-2013, que originó el contrato de concesión No 010 de 2015, fueron claras en señalar que la etapa de preconstrucción tenía una duración de 360 días. Esas respuestas son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes y

²² *Ibidem*, pág. 11

tienen prevalencia interpretativa en relación con lo señalado en el contrato, las cuales no dejan duda acerca del plazo máximo fijado para la etapa de preconstrucción²³. En efecto, revisadas las respuestas dadas por la ANI en el marco de la precitada licitación, tanto en la etapa de prepliegos, pliegos definitivos y extemporáneas, se encuentra que hay absoluta claridad respecto de la duración de la fase de preconstrucción. Así lo indica la respuesta No. 26 dada a la compañía Cintra Intervial, a las compañías Andrade Gutiérrez y Pavcol.

La ANI por vía de las respuestas a las observaciones presentadas en el marco de la licitación fue clara en señalar que dicho plazo era suficiente, justificado y que se ajustaba a las necesidades del proyecto, al punto que se negó a su ampliación, postura que no fue modificada durante el proceso de selección, razón por la cual así quedó plasmado en forma definitiva en el contrato.

Las respuestas de la entidad a las observaciones presentadas en un proceso licitatorio generan plenos efectos jurídicos vinculantes y obligatorios tanto para la entidad como para el contratista, según lo ha establecido por la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, que ha dicho: "... sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación ... si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones." (Cita a ese propósito las sentencias del Consejo de Estado de la sección tercera de junio 25 de 2014. M. P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 33319; en igual sentido: sentencia de 1 de octubre de 2014. M. P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 30614. Sentencia de 29 de enero de 2014. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 30250).

Agrega que "resulta improcedente acudir a los métodos de interpretación de los contratos previstos en la ley civil, pues tratándose de un contrato estatal que fue producto de un proceso licitatorio, la primera fuente de interpretación y de orientación para el entendimiento de las reglas es lo expresado por la entidad en el marco del proceso licitatorio, y especialmente por vía de las respuestas que emite a los interrogantes planteados por los interesados".

²³ Vd. Contestación de la demanda de ANI, pág. 51.

Concluye en su alegato de conclusión que "...por más que en la redacción de la parte general y especial del contrato de concesión se hubiesen empleado los adjetivos de "estimado" respecto de la duración de la fase de preconstrucción, ello jamás puede significar como lo entiende y pretende la convocante que no hay plazo cierto de duración y que por lo tanto queda al arbitrio del concesionario cumplirlo o no."

3ª. Incumplimiento contractual. La convocada incumplió el contrato de concesión No. 010 de 2015 suscrito con la ANI porque el término de 360 días de la etapa de preconstrucción terminó el 3 de septiembre de 2016, sin que en dicha fecha se hubiera iniciado la etapa de construcción.

4ª. Valor jurídico de documentos precontractuales. El Pliego de Condiciones y los documentos que lo integran, adendas y respuestas aclaratorias tienen supremacía interpretativa. Cuando quiera que surjan discrepancias entre el clausulado del contrato y lo señalado en el pliego, se privilegiará para fines interpretativos el contenido de este último documento.

5ª. Condiciones financieras del contrato. Lo que pretende el concesionario con la controversia planteada en este proceso sobre el plazo estimado es mejorar a su favor las condiciones financieras del proyecto pactadas originalmente, con violación del principio de la buena fe objetiva en materia contractual. Agrega en su alegato que "... quedó demostrado en las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial financiero elaborado por el perito Carlos José Espinosa, el beneficio económico que obtiene el concesionario por el desplazamiento de las obras en el término de dos (2) años, es la suma de \$ 111.836 millones de pesos en el valor presente de flujo, sumado a que acumula vigencias futuras obteniendo mayor flujo de dinero en el proyecto, luego la discusión del plazo estimado tiene un claro trasfondo de orden económico"²⁴.

3. Posición del Ministerio Público

La Agente del Ministerio Público solicita al Tribunal que se denieguen las pretensiones del numeral 5.2 de la reforma de la demanda, relacionadas con el plazo del contrato, con fundamento en las consideraciones siguientes:

El esquema o modelo 4G modifica la minuta del contrato de concesión utilizado en otra clase de concesiones, asigna riesgos en cabeza de la sociedad concesionaria, y el esquema planteado implica una remuneración variable sujeta al cumplimiento de la disponibilidad, calidad y servicio esperados bajo el contrato, el cual depende del cuadro de financiación de

²⁴ Vd. Alegato de conclusión de ANI, pág. 11.

flujos y de un plazo estimado con término cierto y determinado. El contrato bajo análisis se ubica dentro de la llamada primera ola de las concesiones de esa clase.

Las etapas de ejecución contractual son fijadas en el numeral 2.5 de la parte general del contrato, así: Etapa Preoperativa, Etapa de operación y mantenimiento, y Etapa de reversión

La Etapa Preoperativa está compuesta a su vez por las fases de preconstrucción y de construcción. La primera fase corre desde la fecha de inicio del contrato hasta la fecha en que se suscriba el acta de inicio de la fase de construcción, a partir de allí comienza a correr la fase de construcción, la cual terminará cuando se suscriba el acta de terminación de la última unidad funcional.

El literal b) del numeral 2.5 de la parte general del contrato señala que la duración de las fases de la etapa preoperativa indicadas en la parte especial "tienen solamente alcance estimativo", no obstante, a renglón seguido dispone que el "inicio y terminación de cada fase dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este Contrato".

3.1. Aceptación del contrato

De acuerdo con el literal a) del numeral 2.6 de la parte general del Contrato, el concesionario aceptó el contrato y específicamente aceptó haber leído cuidadosamente sus términos así como sus apéndices, anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo.

Esa misma disposición señala que el interesado realizó los comentarios que a su juicio fueron necesarios y "con la presentación de la Oferta, determinó que las modificaciones que se efectuaron por parte de la ANI durante el proceso de selección fueron adecuadas y suficientes para atender sus inquietudes. Declara asimismo que en los términos del artículo 24²⁵ de la ley 80 de 1993 y en general de las normas y principios aplicables a la contratación pública, puso en conocimiento de la ANI aquellos apartes que a su juicio no eran claros y con la presentación de la Oferta considera que tales apartes fueron debidamente aclarados de manera que en el presente Contrato no existen apartes confusos ni contradicciones o de existirlos, están claramente solucionados con base en los criterios y reglas de interpretación contenidos en el mismo contrato. El Concesionario declara que acepta los términos y condiciones del Contrato en la medida en que los ha estudiado y ha valorado con la diligencia

²⁵ Principio de Transparencia.

necesaria, el costo que implica el cumplimiento cabal, oportuno y conforme a los términos del Contrato de la totalidad de las obligaciones y de la asunción de los riesgos previstos en el Contrato y sus apéndices y Anexos. Particularmente, declara que ha efectuado una valoración de los riesgos a su cargo conforme a los términos del presente Contrato y acepta dicha asunción de sus efectos favorables y desfavorables sin limitación alguna.”

De otro lado, la ANI declaró y garantizó que puso a disposición del concesionario la información que tiene a su disposición en relación con el proyecto; no obstante, “no garantiza que tal información sea completa, adecuada o suficiente para la ejecución del proyecto, siendo responsabilidad del concesionario la realización de la debida diligencia sobre cada uno de estos aspectos.”²⁶

3.2. Etapa Preoperativa

Ahora bien, en cuanto a la etapa preoperativa propiamente dicha, el capítulo IV establece las condiciones precedentes para el inicio de la fase de preconstrucción.

Durante esa fase el concesionario, según el numeral 4.2, tiene entre otras la obligación de:

- **Celebrar los contratos de diseño y de construcción en la oportunidad y en los términos señalados en el contrato.**

Es importante resaltar que, conforme con lo previsto en la sección 19.14 de la parte general, la parte especial del contrato de concesión prima expresamente en lo regulado en su contenido sobre cualquier otro documento que haga parte del contrato.

En ese orden, el numeral 3.3 literal b) de la parte especial del contrato consagra que el Concesionario “deberá ejecutar todas las actividades que resulten necesarias para el cumplimiento de las obligaciones de resultado establecidas en el contrato y sus apéndices técnicos, en especial lo establecido en el apéndice técnico” 1.

Los plazos estimados de la Etapa Preoperativa se establecen en 360 días para la fase de preconstrucción, contados desde la fecha de inicio, y en la fase de construcción de 1440 días, desde el acta de inicio de dicha fase.

²⁶ Numeral (iv) literal b) numeral 2.6 parte general del contrato.

El numeral 4.4. del Contrato señala las condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción, entre las cuales se mencionan, entre otras, las siguientes:

- a) Haberse obtenido la no objeción de los Estudios de trazado y diseño geométrico de todas las unidades funcionales, de conformidad con lo previsto en la sección 6.2 de la parte general;
- b) Fondear las subcuentas del patrimonio autónomo.

En cuanto a la presentación de estudios, el numeral 6.1 de la parte general señaló que a) dentro de los 210 días siguiente a la fecha de inicio se debía haber elaborado y entregado al interventor los estudios de trazado y diseño geométrico para las unidades funcionales, y en el literal b) que el concesionario debía presentar al interventor en el mismo término los Estudios de detalle correspondientes a las unidades funcionales, lo cual a la vez es una obligación contenida en los literales g) y h) del numeral 4.2. de la parte general.

Agrega la agente del Ministerio Público que de los testimonios recepcionados en el proceso se destacan los del ingeniero David Díaz, quien da a conocer lo relacionado con la estructuración del contrato y el cuarto de datos; los de los peritos de Spiral Ingeniería S.A., Ingenieros Camilo Andrés Reyes y Luis Mojica González, quienes afirman que en el evento de existir diferentes criterios técnicos de expertos se debe acudir a la amigable composición y el de Mauricio Castro Vives, que explica lo relacionado con la ubicación del Anillo Vial, entre otros aspectos.

De lo expuesto, la agente del Ministerio Público considera que si bien en la fase de preconstrucción el concesionario debe adelantar el estudio de trazado y diseño geométrico necesarios para el trámite del licenciamiento ambiental y de gestión predial, en especial en lo que tiene que ver con la adquisición de predios, lo cierto es que el contrato establece claramente un plazo de 210 días que parte de la fecha de inicio de esta etapa para presentar dichos estudios junto con el EIA y el plan de adquisición de predios, quedando un término aproximado de 110 días, luego del término de revisión por parte de la interventoría (45 días). Esas circunstancias fueron conocidas por el concesionario desde los pliegos de condiciones, razón por la que al elaborar la oferta el interesado debió partir del mencionado plazo y prever las circunstancias que hoy pone de presente a este tribunal de arbitramento, las cuales eran previsibles gracias al conocimiento y experiencia en el tema.

Resalta, además, que el literal b) del numeral 2.5 del contrato establece que la duración de la etapa preoperativa indicada en la parte especial tiene alcance estimativo así como también que el inicio y terminación de

cada fase dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en el contrato, como por ejemplo, el plazo determinado y cierto para llevar a cabo esa fase, el cual el concesionario conocía, tal como se evidencia a continuación. (Ver igualmente comunicaciones contenidas en la Prueba No. 8 allegada por la ANI en la contestación de la demanda).

3.3. Responsabilidad del Concesionario

Al respecto debe tenerse presente que de las declaraciones y garantías descritas en el numeral 2.6 de la parte general del contrato se evidencia en el literal a) numeral (v) que el Concesionario, como se dijo, aceptó haber leído cuidadosamente los términos del contrato, parte general y especial, sus apéndices y anexos y demás documentos que hacen parte del mismo; igualmente, que hizo los comentarios que a su juicio fueron necesarios y con la presentación de la oferta determinó que las modificaciones que se efectuaron por la ANI durante el proceso de selección fueron adecuadas y suficientes para atender sus inquietudes.

Igualmente, el concesionario declaró que, en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en general de las normas y principios aplicables a la contratación pública, se puso en conocimiento de la ANI los apartes que a su juicio no eran claros y con la presentación de la oferta consideró que tales apartes fueron debidamente aclarados de manera que en el presente contrato no existen apartes confusos ni contradicciones entre sus términos y condiciones debido a que los ha estudiado, ha valorado con cuidado el costo que implica el incumplimiento cabal, oportuno y conforme a los términos señalados en el contrato de la totalidad de las obligaciones y de la asunción de los riesgos previstos en el mismo, sus apéndices y anexos. Es más señala que "Particularmente, declara que ha efectuado una valoración de los riesgos a su cargo conforme a los términos del presente contrato y acepta dicha asunción de sus efectos favorables y desfavorables sin limitación alguna."

En cuanto a la responsabilidad del concesionario y la asunción de riesgos, la agente del Ministerio Público agrega que el capítulo V establece lo relacionado con la etapa preoperativa – contrato de diseños, construcción y operación, y el capítulo VI, lo relativo a estudios y diseños, los cuales son obligaciones asumidas por el concesionario a su costo y riesgo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar la obtención de los resultados exigidos en el contrato y en caso de desacuerdo entre el concesionario y el interventor en la etapa de revisión de los estudios se puede acudir a un amigable componedor.

De otro lado, el numeral 10.2 de la Parte General del Contrato señala que el concesionario contará con un plazo de cura para sanear el

incumplimiento detectado, el cual será determinado por el interventor, previa no objeción del vicepresidente de gestión contractual de la ANI, basado en la gravedad del incumplimiento y el tiempo razonable para remediarlo, el cual no puede exceder de 60 días.

Vencido el plazo de cura sin que el concesionario haya saneado el incumplimiento se causarán las multas correspondientes hasta que lo saneé. Si éste persiste por más tiempo de los plazos previstos en el parte especial, la ANI podrá aplicar la sección 11.1 que regula las cláusulas excepcionales al derecho común, en especial la de caducidad, sin perjuicio de los derechos de los prestamistas.

3.4. Interpretación del Contrato

El literal f) de la sección 6.2 señala expresamente que en "caso de desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle se podrá acudir al Amigable Compondedor, salvo que la ANI comparta la posición del Concesionario."

La agente del Ministerio Público agrega que el literal b) del numeral 11.3 de la parte general del contrato regula lo relacionado con la interpretación unilateral, cuyo texto prevé que en caso de surgir discrepancias entre las partes sobre la interpretación de alguna de las estipulaciones del contrato que puedan conducir a la paralización o a la afectación del servicio, la ANI, si no se logra acuerdo, previo cumplimiento de los requisitos que establece la ley, interpretará en acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones objeto de la diferencia.

En tal sentido, tal como se mencionó anteriormente, la lectura de las partes general y especial del contrato, sus apéndices y anexos evidencian que efectivamente el término de la fase de preconstrucción de la etapa preoperativa es expreso y determinado debido a que la cláusula 3.8 de la parte especial, la cual se recuerda prima sobre la parte general, señala bajo la denominación de plazo estimado, el término de 360 días, plazo que se extiende desde la fecha de inicio hasta la fecha en que se suscriba el acta de inicio de la fase de construcción.

Así mismo, obra en el proceso copia de la matriz de respuestas a las observaciones a los pliegos de condiciones de las Licitaciones VJ-VE-IP-LP-006-2013, VJ-VE-IP-LP-007-2013, VJ-VE-IP-LP-008-2013, VJ-VE-IP-LP-009-2013, VJ-VE-IP-LP-001-2013 (Honda - Puerto Salgar- Girardot) y VJ-VE-IP-LP-002-2013 (Mulaló - Loboguerrero), las cuales no corresponden a la convocatoria objeto de este proceso, por lo que no pueden ser objeto de análisis teniendo en cuenta que las mismas no fueron dadas en

desarrollo del proceso contractual que se adelantó previo a la adjudicación de la presente concesión, por ende no hacen parte integral del contrato y mucho menos pueden ser tenidas en cuenta como criterio de interpretación.

Igual acontece con la minuta de los contratos de concesión APP allegados y que obran en el cuaderno principal No. 1 pertenecientes a la concesión Pamplona – Cúcuta, en donde dicho sea de paso se establece la duración de la fase de preconstrucción en 12 meses contados desde la fecha de inicio.

3.5. Precedente del Consejo de Estado

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado se analizarán algunos aspectos contractuales, a fin de establecer el criterio de interpretación que se debe aplicar al “Plazo Estimado” establecido en el contrato de concesión. Dichos criterios son:

- a) La prevalencia de la intención o voluntad de las partes²⁷;
- b) La interpretación por la naturaleza del contrato²⁸;
- c) La interpretación lógica²⁹ y sistemática del contrato

Respecto de la prevalencia de la intención o voluntad de las partes se evidencia que desde el pliego de condiciones los plazos estipulados en la convocatoria y en el contrato se encuentran expresamente determinados como se registró en párrafos anteriores, los cuales corresponden a términos máximos para el desarrollo de cada fase y de cada actividad que se debía cumplir al interior de la misma.

Adicionalmente, dichos plazos fueron evaluados y aceptados por el concesionario al presentar la propuesta, toda vez que en el acápite relacionado con las declaraciones y garantías de las partes descritas en el numeral 2.6 de la parte general del contrato se evidencia en el literal a) numeral (v) que el concesionario, como ya se dijo, aceptó haber leído cuidadosamente los términos del contrato, parte general y especial, sus apéndices y anexos y demás documentos que hacen parte del mismo; y que con la presentación de la oferta consideró que tales apartes fueron

²⁷ Artículo 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

²⁸ Artículo 1621. INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”

“Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

²⁹ Artículo 1620. INTERPRETACION LÓGICA. “El sentido en que una de las cláusulas pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

debidamente aclarados de manera que en el presente contrato no existen apartes confusos ni contradicciones entre sus términos y condiciones debido a que los ha estudiado y valorado con cuidado³⁰.

Además, durante la etapa precontractual fue clara la intención de la ANI respecto del plazo, pues, debe tenerse en cuenta la matriz de respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones del proceso de selección de la licitación pública Villavicencio – Yopal No. VJ-VE-IP-LP 015-2013, respuesta No. 14, en la que se determinó el tiempo de duración de la fase de preconstrucción en 360 días, en condiciones de normalidad, el cual puede variar frente a circunstancias de fuerza mayor señaladas en el contrato, plazo que consideró la ANI, suficiente, justificado y que se ajustaba a las necesidades del proyecto, tal como se evidencia en la prueba No. 6 presentada por la parte convocada al dar contestación a la demanda inicial. Igualmente, en la respuesta No. 26 dada por la ANI a Cintra Intervial, sobre el plazo de la fase de preconstrucción, dijo que “los plazos establecidos se consideran suficientes”.

Así las cosas, es evidente que la ANI siempre consideró el plazo de 360 días como el plazo máximo dentro del cual debían cumplirse las condiciones precedentes en condiciones de normalidad y por ende el mismo ostenta la calidad de determinado y expreso y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, constituye una fuente de interpretación en el marco del proceso licitatorio.

No puede considerarse, entonces, que el inicio de la fase de construcción se encuentre sometida a condición y no a plazo, por cuanto, como se mencionó anteriormente, la condición es un evento futuro e incierto del cual depende la existencia misma de la obligación, evento que no puede predicarse en el caso bajo estudio debido a que la obligación como tal ya existe y lo que se está discutiendo es su exigibilidad o mejor aún la duración de la obligación. El cumplimiento de las condiciones precedentes no puede ser catalogada como una condición, pues, se trata de obligaciones adquiridas por el concesionario, debidamente detalladas en el contrato.

Agrega la señora procuradora delegada que el objeto real del debate sometido a consideración del presente tribunal consiste en establecer si en el término de 360 días era viable contar con la NO OBJECCIÓN DE LOS DISEÑOS, debido a las diferencias de criterios existentes entre el concesionario y la interventoría respecto de la aplicación o no al 100 % del Manual de Diseños Geométricos del INVÍAS.

³⁰ Vd. Concepto del Ministerio Público, pág. 37.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la parte convocante, considera la agente del Ministerio Público que la etapa de pre construcción no está sujeta a una condición y mucho menos el plazo es determinable y tácito, toda vez que de la lectura del contrato, sus anexos, otrosí, apéndices, respuestas dadas en la etapa precontractual, entre otros, se evidencia que siempre se establecieron plazos ciertos, expresos y determinados para la ejecución de esta etapa.

3.6. Amigable Composición

Señala la agente del Ministerio Público que dentro del proceso se encuentra probado que la única condición precedente no cumplida dentro de los 360 días fue la relacionada con la no objeción de los diseños geométricos, debido a las diferencias o discrepancias presentadas entre el Concesionario y la Interventoría, las cuales podían ser solucionadas fácilmente a través de la Amigable Composición, mecanismo que fue dejado de lado pese a que para estos eventos estaba debidamente consagrado antes de acudir a la convocatoria del Tribunal de Arbitraje³¹.

3. 7. Fondo de la subcuenta

La afirmación que efectúa la convocante en el escrito de demanda relacionada con el hecho de que en el contrato se consagró en la parte especial, numeral 4.5 literal e), que "En caso de que la fase de pre construcción tenga una duración superior a la estimada en la estructuración, el Concesionario deberá seguir fondeando la subcuenta en el monto correspondiente a la fase de manera proporcional a la duración adicional", no conlleva a que al interpretar el contrato de acuerdo a la naturaleza de la concesión bajo la modalidad de APP, se pueda concluir que la etapa preconstructiva estaba sometida a un plazo tácito y mucho menos a una condición.

Adicionalmente, el hecho de que se estableciera en la parte especial del contrato, específicamente en el numeral 3.8, los plazos estimados de las fases de la etapa preoperativa, al interpretarse en forma sistemática, se refiere al tiempo en que se espera llegar a un resultado, meta o destino, es decir, en el presente caso sería los 360 días consagrados en la mencionada norma en condiciones de normalidad, plazo que la ANI siempre consideró adecuado con base en los documentos presentados por los estructuradores y así lo dio a conocer en la etapa precontractual al dar respuesta a las preguntas formuladas por los intervinientes en el proceso, como se hizo referencia anteriormente.

³¹ Vd. Concepto del Ministerio Público, pág. 38.

3.8. Otros contratos

Al referirse a la cita jurisprudencial hecha en la demanda reformada, considera la agente del Ministerio Público que dicha sentencia no es aplicable en el presente caso toda vez que el elemento fáctico no es similar al discutido, por cuanto la naturaleza del contrato de prestación de servicios y la labor encomendada a través de éste difiere ostensiblemente del contrato de concesión bajo la modalidad de APP, que es el objeto de la presente controversia.

Finalmente, la suscrita agente del Ministerio Público considera que el precedente establecido en el laudo proferido en mayo 3 de 2018 por el tribunal de arbitramento promovido por la Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S. – COVIPACÍFICO SAS en contra de la ANI, no puede ser tenido en cuenta en este caso porque las circunstancias fácticas difieren ostensiblemente de las puestas en conocimiento del tribunal, por cuanto, en el caso mencionado la ANI desde el inicio incumplió con la entrega de la infraestructura especificada en la sección 3.5(b) de la parte especial del contrato relacionada con la entrega de tramos de vías necesarios para poder realizar los diseños, efectuar la gestión predial y la ambiental. Adicionalmente, se presentaron problemas respecto de la gestión predial y ambiental debidamente probados.

3.9. Consecuencias del desconocimiento del plazo

El desconocimiento del plazo implica vulnerar los principios de buena fe, igualdad, planeación y concurrencia, toda vez que al variar las condiciones contractuales, los demás oferentes no habrían participado en las mismas condiciones que el actual concesionario³².

De acuerdo con lo dicho en la sentencia de noviembre 19 de 2012 de la subsección C) de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, exp. 22043, el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar en la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia³³.

³² Vd. Concepto del Ministerio Público, pág. 39.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual³⁴.

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según el dictado de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

Con base en lo anterior, se evidencia que, analizados los documentos contractuales, el contrato de concesión bajo la modalidad de APP estableció en forma clara y precisa un plazo determinado para la realización de la etapa preconstructiva de 360 días, tiempo suficiente en condiciones normales para cumplir con las condiciones precedentes para dar posteriormente inicio a la etapa de construcción, criterio de interpretación al que se llega no solo del estudio de los documentos contractuales sino también del análisis de la intención o voluntad de las partes³⁵; del análisis de la naturaleza del contrato³⁶, y de la interpretación lógica³⁷ y sistemática del contrato³⁸.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la agente del Ministerio Público solicita se nieguen las pretensiones del numeral 5.2 de la reforma de la demanda.

³⁴ Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

³⁵ Artículo 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

³⁶ Artículo 1621. INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato."

"Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen."

³⁷ Artículo 1620. INTERPRETACION LÓGICA. "El sentido en que una de las cláusulas pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno."

³⁸ Vd. Concepto del Ministerio Público, págs. 41 y 42.

4. El problema jurídico

En el asunto *sub iúdice* se trata de un contrato de concesión celebrado bajo el esquema de APP, cuya ejecución comprende una Etapa Preoperativa compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción, la Etapa de Operación y Mantenimiento y la Etapa de Reversión.

La ejecución de la Etapa Preoperativa en fase de preconstrucción tiene un término previsto contractualmente de 360 días. Algunas cláusulas del contrato hablan de plazo estimado. El asunto gira en torno a la interpretación de dichas cláusulas y de otros documentos contractuales, con el propósito de establecer si el plazo estimado es un plazo indeterminado, indefinido, condicionado al cumplimiento de unos requisitos, tal como lo sostiene la convocante, o, por el contrario, como lo sostienen la ANI y la agente del Ministerio Público, se trata de acuerdo con el contrato y otros documentos contractuales de un plazo fijo, tal como se puede deducir de las posiciones expuestas en los acápites precedentes.

Las cláusulas del contrato invocadas por las partes para sustentar sus posiciones son prácticamente las mismas pero con diferencias sobre el alcance dado a la expresión "estimado". Esas cláusulas son las siguientes:

Parte General

Sección 1.33. "Contrato de Concesión" o "Contrato". "Será el presente documento (la Parte General), la Parte Especial, sus Apéndices y Anexos, la Invitación a Precalificar, el Pliego de Condiciones con sus adendos y anexos, la Oferta del Concesionario, el Acuerdo de Garantía y el Acuerdo de Permanencia, debidamente suscritos de conformidad con lo previsto en la Invitación a Precalificar y en el Pliego de Condiciones. Todos los anteriores documentos se entienden incorporados al Contrato, por lo que su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes".

Sección 19.14. "Prelación de Documentos. El siguiente será el orden de prelación de los documentos que hacen parte del presente Contrato, el cual hará referencia a lo expresamente regulado en el contenido de cada uno de dichos documentos" :

Parte Especial

Parte General

Oferta del Concesionario

Apéndices Técnicos 1, 9, 4, 2, 5, 3, 6, 7 y 8

Apéndices Financieros 1, 2 y 3

Pliego de Condiciones con sus adendos y anexos
Invitación a Precalificar.

Sección 2.5 literales a) y b): Etapas de Ejecución Contractual, literal (a), Etapas de Ejecución Contractual. La ejecución del Contrato se hará en las Etapas que se señalan a continuación. La **duración estimada** de las fases de la Etapa Preoperativa se especifica en la Parte Especial: "..."; **literal (b)**, "La duración de las fases de la Etapa Preoperativa que se señala en la Parte Especial, tiene solamente **alcance estimativo**. El inicio y terminación de cada fase dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este Contrato".

Sección 1.64. Fase de Preconstrucción. Es la primera fase de la Etapa Preoperativa que se extenderá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción".

Sección 1.3. Acta de Inicio de la Fase de Construcción. "Es el documento que suscribirán el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI o quien haga sus veces, el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la Fase de Construcción, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la verificación de la totalidad de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial las condiciones precedentes señaladas en la Sección 4.4 de esta Parte General".

Sección 3.8 (a). Cierre Financiero. "El (Los) Cierre (s) Financiero(s) del Proyecto, según se defina en la Parte Especial y de acuerdo con los valores que allí se indican, será(n) acreditado(s) mediante la presentación a la ANI de los siguientes documentos (sin perjuicio de aquellos otros documentos y requisitos adicionales que se puedan solicitar en la Parte Especial), según corresponda a la finalidad de financiación escogida por el Concesionario, dentro del plazo establecido en la Parte Especial".

Parte Especial

Sección 3.8. " Plazos Estimados de las Fases de la Etapa Preoperativa.

- (a) **Duración estimada** de la Fase de Preconstrucción: Trescientos sesenta (360) días contados desde la Fecha de Inicio
- (b) **Duración estimada** de la Fase de Construcción: Mil cuatrocientos cuarenta (1440) Días contados desde la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Construcción."

Sección 4.4. Giros de Equity. “El Concesionario deberá girar como mínimo a la Cuenta Proyecto los siguientes valores dentro de los plazos que a continuación se establecen: ... ”

Sección 4.5 (e). Fondo de Subcuentas del Patrimonio Autónomo. Subcuenta Interventoría y Supervisión. Durante la vigencia del contrato y como parte de las obligaciones a su cargo, el Concesionario deberá efectuar los aportes que a continuación se expresan, a la Subcuenta Interventoría y Supervisión. Allí se establecen los Aportes durante las Fases de Preconstrucción y Construcción, y luego la cláusula prescribe: “En caso de que la Fase de Preconstrucción tenga una duración superior a la **estimada** en la estructuración, el Concesionario deberá seguir fondeando la subcuenta en el monto correspondiente a la Fase de manera proporcional a la duración adicional”.

5. Consideraciones del Tribunal

La pretensión de la convocante es la de que el Tribunal declare que el plazo de 360 días de la fase de preconstrucción no es un plazo fijo sino tácito e indeterminado, mientras que la convocada y la agente del Ministerio Público lo consideran un plazo expreso y fijo. Para resolver la controversia, el tribunal hace las siguientes consideraciones:

5.1. Fines y principios de la contratación estatal

El último inciso del artículo 3º de la Ley 1508 de 2012 dispone que las reglas para la ejecución de los contratos de asociación público-privada son las previstas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo las materias especialmente reguladas por el régimen jurídico especial propio de las asociaciones público-privadas.

La Ley 1508 de 2012 no prevé disposiciones especiales para la interpretación de los contratos ni para el tratamiento de obligaciones sometidas a plazo, por lo que en dichas materias se debe acudir al Estatuto de Contratación Estatal y subsidiariamente a los derechos civil y comercial, conforme a lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, los contratos que celebren las entidades estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en el Estatuto de Contratación Estatal.

El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 ordena que, en la interpretación de las cláusulas y estipulaciones contractuales, se debe tener en consideración los fines y los principios de la contratación estatal, los mandatos de buena

fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

A continuación se hará breve referencia a algunos de los aspectos anteriormente mencionados por tener incidencia directa en el caso en estudio:

5.1.1. Fines de la contratación estatal

Los fines de la contratación están previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, cuyo texto ordena a los servidores públicos tener en consideración los cometidos estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, a la hora de celebrar y ejecutar los contratos estatales.

En relación con los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado que los contratos de la administración son un instrumento de materialización de la función pública y que por lo tanto se encuentran sujetos al interés general:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”³⁹

5.1.2. Principios de la contratación estatal

Los principios de contratación estatal están consagrados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, la gestión contractual se debe adelantar con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, la norma indica que se deben aplicar los preceptos que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C - 713 de octubre 7 de 2009. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa

interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Al aplicar el principio de economía a la interpretación de los contratos estatales, se tiene que el numeral 5º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ordena adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten con motivo de la celebración y ejecución del contrato.

Ese principio de economía ha sido desarrollado por el numeral 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, norma que establece en cabeza de las entidades estatales el deber de i) actuar de modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ii) corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieren presentarse, y iii) acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Finalmente, como precepto rector en la interpretación de los contratos estatales, debe recordarse que el principio de responsabilidad señala claramente en el numeral 3º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que las entidades y los servidores públicos, deben responder cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma ambigua o confusa, que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos.

5.1.3. La buena fe

Consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, el principio de la buena fe reviste la naturaleza de un mandato de aplicación directa a todas las relaciones jurídica entre los particulares y la Administración, en virtud del cual se impone a las partes el deber moral y legal de ceñir sus actuaciones a los postulados de lealtad y honestidad.⁴⁰

Conforme con los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, hecho que genera a las partes de un acuerdo de voluntades el deber de preservar una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y de

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C - 892 de fecha 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación.⁴¹

El quebrantamiento del principio de la buena fe conlleva necesariamente el desarrollo de una conducta antijurídica que puede generar responsabilidad contractual y tener consecuencias patrimoniales para quien infringe dicho postulado constitucional y legal.

5.1.4. El Contrato y los documentos precontractuales

Además de los principios generales previstos en la Constitución Política y en códigos y leyes especiales, el intérprete debe tener presente que el contrato es ley para las partes así como el carácter vinculante de los documentos precontractuales, entre los cuales se cuentan, entre otros, los pliegos de condiciones, los adendos, otrosíes, respuestas a las observaciones de los participantes en el proceso. Esos diferentes elementos se integran al contrato y contribuyen a determinar el alcance de sus cláusulas.

Así mismo, para mayor claridad frente a las pretensiones de la convocante, el tribunal tendrá presente que el contrato define los conceptos relacionados con las etapas y fases de preconstrucción y de construcción. En ese orden, la Sección 1.64 de la Parte General define la Fase de Preconstrucción como "... la primera fase de Etapa Preoperativa que se extiende desde la Fecha de Inicio hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción". Y ésta es definida por la Sección 1.3 como "... el documento que suscribirán el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI o quien haga sus veces, el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la Fase de Construcción, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la verificación de la totalidad de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial las condiciones precedentes señaladas en la Sección 4.4 de esta Parte General".

5.2. Interpretación del plazo

Al margen de las reglas de hermenéutica enunciadas en párrafos anteriores, se advierte que ni la Ley 1508 de 2012 ni el Estatuto de Contratación Estatal prevén reglas especiales de interpretación de las obligaciones sometidas a plazo, por lo que es necesario acudir a las disposiciones civiles y comerciales, en acuerdo con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, precedentemente analizado.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia de fecha 30 de agosto de 2008. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 23003

1) Debe entonces tenerse presente que el artículo 1551 del Código Civil define el plazo como "... la época que se fija para el cumplimiento de la obligación ...".

El plazo es el límite de tiempo en el cual debe cumplirse el desarrollo de una actividad futura, en el sentido de acontecimiento futuro y cierto. El plazo se divide en legal, convencional y judicial; suspensivo o resolutorio; determinado o indeterminado. El convencional puede ser a su vez expreso o tácito.⁴²

En relación con cada una de las clases de plazo previstas en la legislación civil, es de recordar lo siguiente:

- Cuando el plazo es suspensivo, el pago de la prestación debida no puede exigirse antes de expirar el término, de ahí que la exigibilidad de la obligación se halla pendiente hasta tanto no se cumpla el plazo señalado por las partes. En cambio, si el plazo es resolutorio el cumplimiento del término marca la extinción o caducidad de la obligación.
- El plazo determinado es el que necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, e indeterminado aquel que también ha de suceder, pero no se sabe cuándo, en qué fecha ni época, como el día de la muerte de una persona.⁴³
- El plazo es expreso cuando las partes lo estipulan en términos explícitos, es tácito en cambio cuando las partes no lo señalan de forma clara, caso en cual debe ser el indispensable para cumplir la obligación, según lo dispuesto en el artículo 1551 del Código Civil.

2) Habida cuenta de las distintas clases de plazo admitidas en la legislación colombiana, corresponde al Tribunal determinar qué clase de plazo o término fue estipulado por las partes en el contrato para el cumplimiento de la Fase de Preconstrucción.

Lo anterior, partiendo de la base que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1551 del Código Civil, al juez natural del contrato: i) no le es dado señalar plazo para el cumplimiento de una obligación, sino en los casos especiales que las leyes designen, ii) sólo puede interpretar el plazo

⁴² Colombia – Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 29 de junio de 2018, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. Rad. 44650-31-89-001-2008-00227-01 (SC2468-2018).

⁴³ *Ibidem*.

concebido “en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

3) Los artículos 1618 a 1624 del Código Civil disponen las reglas de hermenéutica jurídica que deben ser utilizadas para interpretar un contrato, señalando como criterios los siguientes: i) la prevalencia de la intención de las partes; ii) la limitación del contrato a su materia; iii) la preferencia del sentido en que una cláusula pueda producir efectos; iv) la interpretación por la naturaleza del contrato; v) la interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica; vi) la interpretación extensiva por la inclusión de casos en el contrato; y, por último, vii) la interpretación a favor del deudor de las cláusulas oscuras como criterio residual.

Las reglas hermenéuticas previstas en el Código Civil han sido tradicionalmente divididas en subjetivas y objetivas.

La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los términos siguientes:

“Del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos. Según la doctrina especializada, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones, esto es, (i) la búsqueda de la común intención de las partes —*communis intentio o voluntas spectanda*— y (ii) la buena fe contractual. Las reglas, por su parte, son cinco: (i) la especificidad, (ii) la interpretación efectiva, útil o conservatoria (iii) la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y en la interpretación usual; (iv) la interpretación contextual, extensiva y auténtica; (v) la interpretación incluyente o explicativa y (vi) la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente. En lo que aquí incumbe, hay que decir que la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato. La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los

contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios. (...) la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio* a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación que ya fueron reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación.”⁴⁴

Vistas las reglas de exégesis vigentes en Colombia, procede el Tribunal a interpretar qué tipo de plazo fue estipulado por las partes para el cumplimiento de la Fase de Preconstrucción, para lo cual acudirá a la regla de hermenéutica prevista en el artículo 1618 del Código Civil, conforme a la cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

4) Para desentrañar la intención de las partes, el Tribunal reconocerá valor probatorio a la matriz de respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones del proceso de selección de licitación pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 - Villavicencio / Yopal.

En particular a las respuestas dadas a las observaciones 14 y 26, que se reproducen a continuación:

No	Presenta la observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI	Documento o sección que observa	Tipo observación
14	ANDRADE GUTIÉRREZ PAVCOL - S.	El Contrato establece para la fase de preconstrucción una duración estimada en 360 días. Se establecen plazos para decretar la fuerza mayor predial y ambiental así :• 90 días contados desde la presentación de la demanda sin que se haya logrado la entrega de los predios. • 180	La ANI considera que los plazos establecidos en el contrato para que opere la Fuerza Mayor en cualquiera de los tres eventos contemplados en la observación, son justificados y se ajustan a las necesidades del proyecto. <u>Debe tenerse en cuenta que el término de 360 días estipulado como plazo estimado de duración de la</u>	Contrato Parte General	Financiera

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de fecha 21 de junio de 2018. Magistrada Ponente María Adriana Marín.NR: 2116749 13001-23-31-000-2003-01681-01 (40353)

días a partir de la ejecutoria del acto administrativo que decide la expropiación predial. • 150% adicional del plazo establecido en la ley para la expedición de la licencia ambiental. • 360 días después de la primera convocatoria a la comunidad afectada para la consulta previa, sin que haya logrado acuerdo entre las Partes. Se solicita: Adaptar los pliegos a la nueva normatividad sobre gestión predial y directiva presidencial sobre consulta previa. En tanto, se hace necesaria una reducción significativa de los plazos anteriores puesto que de lo contrario el cronograma de la etapa de pre-construcción, con duración de 360 días, no será factible de cumplir teniendo en cuenta que la sumatoria de la duración de las actividades precedentes (diseños definitivos y trámites ambiental y predial) tienen estipuladas duraciones que cubren el plazo de los 360 días.

Fase de Preconstrucción, consiste en el término contractual establecido para la ejecución de la Fase respectiva en condiciones de normalidad.
Dicho plazo estimado podrá variar frente a las circunstancias de Fuerza Mayor señaladas en el contrato.

No	Presenta la observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI	Documento o sección que observa	Tipo observación
26	CINTRA - INTERVIAL	El Plazo estimado de la Fase de Preconstrucción. Numeral 3.8. Plazos estimados de las Fases de la Etapa Preoperativa. El plazo de un (1) año previsto en el Contrato resulta insuficiente para la realización de los diseños, la	Las condiciones de ejecución de los proyectos del programa 4G han sido debidamente debatidas con las diferentes instancias del gobierno y los plazos establecidos	Contrato Parte Especial	Técnica

obtención de la licencia se consideran ambientales, la obtención del cierre financiero y la adquisición del porcentaje de los predios requeridos para dar inicio a la ejecución de la primera unidad funcional. Este plazo deber ser como mínimo de dieciocho (18) meses si nos acogemos a la realidad y antecedentes de proyectos recientes en Colombia y más realista si el mismo se acota en dos (2) años. suficientes. No se acepta su observación.

Al analizar las respuestas dadas por la convocada respecto de la naturaleza del plazo para desarrollar la Fase de Preconstrucción, se observa que la entidad fue clara al responder la observación No 14 en indicar que:

“(…) el término de 360 días estipulado como plazo estimado de duración de la Fase de Preconstrucción, consiste en el término contractual establecido para la ejecución de la Fase respectiva en condiciones de normalidad.”

Así mismo, la respuesta dada por la ANI a la Observación No. 26 formulada por CINTRA INTERVIAL indica igualmente que se trata de un plazo fijo, pues responde:

“Las condiciones de ejecución de los proyectos del programa 4G han sido debidamente debatidas en las diferentes instancias del gobierno y los plazos establecidos se consideran suficientes. No se acepta su observación”.

Se tiene entonces que la voluntad de la entidad contratante al diseñar el pliego de condiciones fue la de que el plazo fuera expreso, fijo y de naturaleza suspensiva.

En el mismo sentido, el presidente de la ANI, en respuesta dada a una comunicación del Presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura, distinguida como la No. 2015-705-0256604-1, le dice que el plazo de la fase de preconstrucción es un término máximo.⁴⁵

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 490 y ss.

También se observa que la intención de la entidad contratante fue la de que el plazo sólo se pudiera prorrogar más allá del término previsto si llegaren a ocurrir situaciones anormales, que impidieren transitoriamente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, como eran los casos de fuerza mayor en temas relacionados con la gestión predial y ambiental, en los términos señalados en las secciones 7.4 y 8.1 literal (e) de la Parte General del contrato, que se transcriben a continuación:

7.4 Fuerza Mayor Predial

- (a) Se entenderá que ha ocurrido un Evento Eximente de Responsabilidad ("Fuerza Mayor Predial") cuando se presente cualquiera de los siguientes eventos:
 - (i) En el caso en que de conformidad con lo previsto en el Apéndice Técnico 7 proceda la expropiación por vía judicial, si transcurrieren noventa Días (90) Días contados desde la admisión de la demanda sin que se haya conseguido la entrega de(los) Predio(s) por parte de(los) propietario(s) (los "Predios Faltantes"), y: (i) siempre que dicha situación no se deba a causas imputables al Concesionario; y (ii) la entrega de dichos Predios Faltantes sea necesaria para A) concluir una Unidad Funcional, o B) completar el porcentaje de Predios exigido en este Contrato como prerrequisito para iniciar las Intervenciones de una determinada Unidad Funcional.
 - (ii) En el caso en que de conformidad con lo previsto en el Apéndice Técnico 7 proceda la expropiación por vía administrativa, si transcurrieren ciento ochenta Días (180) Días contados desde la ejecutoria del acto administrativo que decide la expropiación, sin que se haya conseguido la entrega de los Predios Faltantes, (i) siempre que dicha situación no se deba a causas imputables al Concesionario; y (ii) que la entrega de dichos Predios Faltantes sea necesaria para A) concluir una Unidad Funcional, o B) completar el porcentaje de Predios exigido en este Contrato como prerrequisito para iniciar las Intervenciones de una determinada Unidad Funcional.
 - (iii) Ocurran las circunstancias previstas en el Apéndice Técnico 8, identificadas en dicho Apéndice como generadoras de Fuerza Mayor Predial."

- (b) Ocurrida una Fuerza Mayor Predial, la ANI procederá a revisar el alcance de la Unidad Funcional respectiva a fin de eliminar de la misma las obras asociadas al (los) Predio(s) Faltante(s), o modificar el trazado, entre otras opciones, procurando que se mantengan los requisitos previstos en la Ley para que la Unidad Funcional siga siéndolo.
- (...)

8.1 Gestión Social y Ambiental

- (e) Fuerza Mayor Ambiental. Habrá Fuerza Mayor Ambiental si ocurrir cualquiera de los siguientes eventos:
 - (i) Transcurriere más de un ciento cincuenta por ciento (150%) adicional del tiempo máximo establecido por la Ley Aplicable para la expedición de la Licencia Ambiental –en caso de requerirse dicha Licencia–, contados a partir de la radicación del Estudio de Impacto Ambiental por el Concesionario (o de la última complementación de dicho estudio, si es que la Autoridad Ambiental requiere complementaciones por parte del Concesionario), sin que la Autoridad Ambiental otorgue la Licencia Ambiental, o
 - (ii) Si de acuerdo con la Ley Aplicable la consulta previa con comunidades fuere necesaria para ejecutar el Proyecto, y transcurrieren más de trescientos sesenta (360) Días contados desde la primera convocatoria – formulada de conformidad con lo previsto en la Ley Aplicable– a la comunidad afectada por el Proyecto, sin que se hubiere logrado culminar el procedimiento de consulta previa.”
- (f) Si la Autoridad Ambiental sujeta el trámite y/o el otorgamiento de la Licencia Ambiental a modificaciones en los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o a la ejecución de obras no previstas en el Apéndice Técnico 1, se procederá como sigue, siempre que la condición impuesta por la Autoridad Ambiental no se deba a causas imputables al Concesionario:
 - (i) La ANI asumirá el sobrecosto (entendido como la diferencia entre el costo de las obras no previstas y el de las obras previstas en este Contrato) que se derive de la decisión en firme de la Autoridad Ambiental,

previo acuerdo entre el Interventor, el Supervisor de la ANI y el Concesionario sobre el valor del sobrecosto (y/o sobre el impacto en el Plan de Obras cuando aplique). Para estos efectos, previa aprobación del Interventor y de la ANI, el Concesionario pagará los sobrecostos respectivos y la ANI reembolsará al Concesionario lo que corresponda, para lo cual se aplicará *mutatis mutandi* el mismo procedimiento previsto en la Sección 7.2 (e) de esta Parte General.

5) Además de las consideraciones precedentes, es menester advertir que la intención de la entidad contratante fue la de someter las obligaciones de la Fase de Preconstrucción a un plazo (hecho futuro y cierto) y no a una condición (hecho futuro e incierto). Lo anterior, bajo el entendido que las obligaciones contraídas por el concesionario eran de resultado, por lo que dichas prestaciones se debían cumplir en el transcurso de la vida del contrato.

Además, observase sobre este aspecto que varias de las obligaciones de la Fase de Preconstrucción dependen exclusivamente de la voluntad del concesionario, como por ejemplo la suscripción del contrato de construcción, el giro de "equity" y la entrega de diseños.

Como quiera que las obligaciones de la Fase de Preconstrucción no son potestativas, no puede interpretarse que dichas prestaciones estén sometidas a condición, entendida como hecho futuro e incierto, pues el artículo 1535 del Código Civil indica con claridad que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga".

En el mismo orden de ideas, los elementos anteriores indican que las cláusulas del contrato en donde se habla de plazo estimado no son oscuras, pues durante la etapa precontractual y en el propio contrato quedó establecido que se trata de un plazo máximo, excepcionado solamente en los casos previstos en el contrato mismo.

Por lo anterior, se desestima la argumentación según la cual las obligaciones de la Fase de Preconstrucción están sometidas a una condición y no a un plazo.

6) Valor de los documentos precontractuales. Para establecer la intención de las partes, como se ha dicho, es necesario tener presente el contrato y los documentos precontractuales. En ese sentido el mismo contrato, numeral 19.14, establece la prelación de documentos que hacen parte del mismo, así:

- Parte Especial
- Parte General
- Apéndices Técnicos 1, 9, 4,2,5,3,6,7,8
- Apéndices Financieros 1,2,3
- Reglas del proceso de selección
- Invitación a Precalificar

Ahora bien, examinada la intención de las partes, el Tribunal comparte la posición de la entidad convocada en cuanto al valor del pliego de condiciones frente al contrato:

“El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último.”⁴⁶

De igual manera, el Tribunal ha de señalar que comparte el criterio jurisprudencial según el cual las respuestas dadas por la entidad a las observaciones realizadas al pliego de condiciones son vinculantes para las partes que celebran el contrato, tema reiterado en sus decisiones por la sección tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“La Sala estima la necesidad de reiterar las consideraciones que en pasada oportunidad expuso esta Subsección en relación con la fuerza vinculante de que están revestidas las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones, con independencia de que las mismas se encuentren o no vertidas en un documento identificado con el rótulo de adendo:⁴⁷

“5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

“(…)”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de fecha 24 de julio de 2013. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. NR: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de fecha 25 de junio de 2014. Magistrado Ponente (e) Hernán Andrade Rincón. NR: 250002326000200100707 02 (33319)

Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

(...)

Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de "adendo", la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual

quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.”⁴⁸

No puede entonces la entidad eximirse de responsabilidad por la información suministrada o las respuestas dadas a las observaciones de los interesados en un proceso contractual, ni pueden estos considerar que las respuestas dadas por la administración no tienen carácter vinculante para las partes. En ese sentido, las respuestas dadas por la ANI a las Observaciones al proyecto de Pliego de Condiciones sobre el alcance de las expresiones término o plazo estimado son vinculantes para las partes.

5.3. Otras consideraciones de la Convocante

La convocante hace consideraciones adicionales para reforzar su tesis de la indeterminación del plazo o término que debe durar la Fase de Preconstrucción, así:

5.3.1. **El CONPES 3762 de agosto 20 de 2013.** La parte convocante considera que en este Conpes se identificaron las dificultades que presentaban los proyectos de infraestructura así como que para la ANI en los contratos de Cuarta Generación, primera y segunda ola, el plazo de Preconstrucción era variable, a lo cual el tribunal responde que las dificultades mencionadas en dicho documento no estaban referidas específicamente al proyecto Villavicencio-Yopal. El tribunal considera que se trató en ese Conpes de problemas generales atinentes a las dificultades propias de esos proyectos así como de eventuales soluciones, pero que de allí no puede deducirse que el plazo de la Fase de Preconstrucción se considerara indefinido o variable como principio general⁴⁹.

5.3.2. **Otros Procesos Contractuales.** La convocante argumenta que en otros procesos contractuales (Girardot-Honda-Puerto Salgar; Mulaló-Loboguerrero, o Conexión Pacífico 3) se evidencia la variabilidad del plazo en la matriz de respuestas a las observaciones jurídicas, así como que en el Proyecto Pamplona-Cúcuta se eliminó el término estimado. El tribunal considera que cada contrato tiene su individualidad, por lo que su interpretación deberá hacerse en función de su clausulado y de sus antecedentes. Y en el contrato analizado existen elementos suficientes que le permiten al tribunal establecer el alcance de

⁴⁸ Consejo de Estado. Subsección A, Sección Tercera, 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁹ Vd. CONPES 3760 de agosto 20 de 2013, Cuaderno de Pruebas No 01. Págs. 508 y ss.

las cláusulas en donde se prevé el plazo, por lo que resultan inaplicables otras regulaciones contractuales. Comparte el tribunal el concepto de la agente del Ministerio Público cuando afirma que las matrices de respuestas de otros contratos no pueden ser objeto de análisis en este proceso porque no fueron dadas en desarrollo del proceso contractual *sub iúdice* por lo que no hace parte del contrato y no pueden ser tenidas en cuenta como criterio de su interpretación.

5.3.3. **La obligación de fondear la cuenta.** La obligación de la convocante de continuar fondeando la subcuenta de Interventoría y Supervisión prevista en el numeral 4.5 (e) de la Parte Especial del Contrato de Concesión en el evento de que se prorrogue el plazo más de lo previsto para la Fase de Preconstrucción, según la convocante, es evidencia de su indeterminación. En acuerdo con la Agente del Ministerio Público, no puede concluirse de la cláusula contractual precitada que el plazo sea tácito y mucho menos sometido a una condición. No comparte el tribunal la apreciación de la convocante porque dicha previsión opera en las hipótesis de prórroga del plazo por causa de fuerza mayor, tal como fue previsto contractualmente. No significa esa previsión que el concesionario pueda discrecionalmente prorrogar el plazo de la Fase de Preconstrucción, sin la existencia de una fuerza mayor, pues de ser así el cumplimiento de los términos en los contratos estatales de concesión dependería de la voluntad del concesionario, con grave perjuicio para el interés público.

5.3.4. En atención a las anteriores consideraciones, el tribunal concluye parcialmente que:

- Debe limitar su análisis al contrato objeto de controversia, buscando cuál fue la intención de las partes al hablar en sus cláusulas de "plazo estimado", sin tener en cuenta otros contextos contractuales originados en circunstancias diferentes.
- Los documentos precontractuales indican que la entidad entendió siempre que el plazo estimado era un plazo fijo y así se lo manifestó a los interesados en el proceso contractual, quienes al continuar participando en el proceso aceptaron dichas respuestas, aclaraciones y precisiones, tal como lo manifestaron en sus ofertas.
- El plazo establecido en la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato de Concesión de 360 días para la ejecución de la Fase de Preconstrucción, como "**Plazos Estimados** de las Fases de la Etapa Preoperativa", o de "duración estimada" en otras cláusulas, no tiene el alcance que le da la convocante dentro de ese contexto

contractual de plazo indeterminado o condicional sino por el contrario se trata de un plazo expreso y determinado, de naturaleza suspensiva.

- Excepcionalmente, ese plazo puede ampliarse por las partes en el evento que llegaren a ocurrir situaciones anormales, que impidieren transitoriamente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, como sucedería en los casos de fuerza mayor temporal en temas relacionados con la gestión predial y ambiental.

5.4. Diferencias en la interpretación de cláusulas contractuales

En la reforma a la demanda, la parte convocante solicita en la sexta pretensión que se declare que la diferencia en la interpretación del contrato de concesión no constituye un incumplimiento del mismo para COVIORIENTE.

Para decidir sobre esta pretensión, el Tribunal tiene en cuenta las siguientes consideraciones:

1) En la regulación civil no se encuentra prevista una definición general de incumplimiento contractual, sino que dicha noción deriva de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (art. 1545 *Código Civil*), del pago como forma de extinción de las obligaciones (art. 1567 y concordantes), y algunas reglas de cómo debe realizarse el pago, previstas en los artículos 1627 y 1649 del Código Civil, normas según las cuales:

- El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida
- El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

Conforme a las disposiciones antes reseñadas, en materia civil se identifican tres tipos de incumplimiento contractual:

- i.* *El cumplimiento tardío de las obligaciones contractuales*, que se genera cuando el deudor no cumple sus obligaciones dentro del término o plazo fijado en el contrato o cuando no las cumple luego de que ha sido constituida en mora.
- ii.* *El cumplimiento defectuoso o imperfecto*, que se genera cuando hay una actividad desplegada por el deudor, sin embargo, ella no coincide con el alcance de la obligación estipulada por las partes.

- iii. *El incumplimiento total o absoluto de las obligaciones contractuales*, que se da cuando el deudor no cumple absolutamente en nada la prestación debida.

2) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido la tesis de que en contratación estatal se identifican tres tipos de incumplimiento contractual al indicar que:

“Los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato). (...). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio *'lex contractus, pacta sunt servanda'*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma codificación, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...).”⁵⁰

3) El ordinal 1º del artículo 1608 del Código Civil dispone que el deudor de una obligación está en mora, cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. A su vez, el inciso 3º del artículo 1616 del Código Civil dispone que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

De su parte, el artículo 1603 del Código Civil señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de fecha 30 de enero de 2013. Consejero ponente (E): Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01 (24217).

A su vez, el ordinal 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 establece en cabeza de la entidad contratante dos deberes, a saber: i) actuar de tal modo que por causas a ella imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ii) acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse en desarrollo del contrato.

El anterior deber legal en cabeza de la entidad contratante, se reafirma en el principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuyo ordinal 5º prescribe que se deben adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

4) Ante la diferencia contractual surgida respecto de la naturaleza del plazo de ejecución de la Fase de Preconstrucción, la entidad contratante debió: i) acudir oportunamente a los métodos alternativos de solución de conflictos previstos en el contrato, para dirimir las diferencias en torno a la naturaleza del plazo y al alcance que debía tener la aplicación del Manual de Diseño Geométrico; ii) hacer uso de las facultades excepcionales de interpretación unilateral previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley 80 de 1993, para que la disputa surgida entre las partes no ocasionara la parálisis del contrato.

No significa lo anterior que el tribunal acepte la tesis de que la diferencia de interpretación de una cláusula contractual justifique el incumplimiento de las obligaciones del concesionario que consagra dicha cláusula, pues una facultad de esa naturaleza no está reconocida en el contrato, ni tampoco en la ley. De ser hipotéticamente así el cumplimiento de las obligaciones contractuales dependería del criterio interpretativo unilateral del contratista. Si la interpretación del clausulado del contrato hecho por el contratista, en este caso el concesionario, conduce al desconocimiento de sus obligaciones, se configurará el incumplimiento con las consecuencias de ley.

Por las consideraciones expuestas en párrafos anteriores, no se accederá a declarar que la diferencia en la interpretación de cláusulas del contrato de concesión no constituye incumplimiento en cuanto que en este caso la pretensión está vinculada al cumplimiento en plazo indeterminado.

6. Decisión sobre las pretensiones de este Capítulo

El tribunal observa que las pretensiones relacionadas con el plazo estimado del acápite 5.2. de la demanda reformada guardan estrecha conexidad entre sí, pues en una u otra forma llevan expresa o

implícitamente la consideración de que el plazo de la etapa de preconstrucción es indeterminado. De los razonamientos expuestos en los apartes anteriores, el tribunal concluye que el término previsto en el Contrato suscrito entre COVIORIENTE y ANI, para la Etapa de Preconstrucción es un término o plazo fijo, de manera que cuando en las cláusulas contractuales se hace referencia a plazo estimado no significa que éste sea indeterminado o condicionado, pues el alcance de dicha expresión debe entenderse en el sentido que respondió la entidad en la respuesta 14 a las Observaciones realizadas al proyecto de pliego de condiciones: " ... el término de 360 días estipulado como plazo estimado de duración de la Fase de Preconstrucción, consiste en el término contractual establecido para la ejecución de la Fase respectiva en condiciones de normalidad. Dicho plazo podrá variar frente a las circunstancias de Fuerza Mayor señaladas en el contrato". Como no se ha probado en el proceso la existencia de fuerza mayor alguna, el término a que se ha aludido permanece inalterado.

En el mismo sentido, el tribunal concluye que si bien es cierto que la diferencia de interpretación de una cláusula contractual no constituye *per se* incumplimiento, cuando ello repercute en el cumplimiento de las obligaciones sí habrá lugar a deducir tal incumplimiento, independientemente de que ello pueda coexistir en algún grado con la responsabilidad de la entidad.

6.1. Pretensiones principales

El tribunal no accederá a las pretensiones relacionadas con el plazo estimado previstas en el numeral 5.2 de la reforma de la demanda arbitral, en las modalidades de pretensiones principales y pretensiones subsidiarias, en cuanto que el plazo establecido en la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato de Concesión no es un plazo tácito, indeterminado y no fijo o máximo, ni tampoco el tribunal entiende dicho plazo como el indispensable para cumplir las Condiciones Precedentes, razón por la cual se negarán las pretensiones primera y segunda. En consecuencia, se negará la pretensión quinta referente a que el 3 de septiembre no es la fecha máxima para cumplir las Condiciones Precedentes.

El tribunal tampoco accederá a las pretensiones tercera y cuarta, relativas a la declaratoria de que la finalización de la Fase de Preconstrucción está sujeta al cumplimiento de las Condiciones Precedentes, a lo cual estaría condicionado el inicio de la Fase de Construcción, pues una y otra pretensión vinculan las declaratorias solicitadas a la declaratoria del plazo indeterminado de las pretensiones anteriores.

Respecto de la pretensión sexta, no se accederá a declarar que la diferencia en la interpretación del Contrato de Concesión no constituye un incumplimiento del mismo en la medida que tal incumplimiento se presente.

En cuanto a la pretensión séptima, el tribunal no accederá a ella porque la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Construcción sería indeterminada al estar en consonancia con las pretensiones precedentes.

6.2. Pretensiones subsidiarias

El tribunal negará la pretensión primera subsidiaria de la primera principal, en relación con la solicitud de declaratoria del alcance de la expresión "duración estimada" entendida como el tiempo o plazo indispensable para cumplir con las Condiciones Precedentes porque, como se decidió frente a las pretensiones principales primera, segunda y quinta, el cumplimiento de dichas Condiciones Precedentes debe realizarse dentro del término de 360 días.

Se negará, así mismo, la pretensión segunda subsidiaria de la primera principal, por la cual se solicita la declaración de que el plazo estimado para ejecutar la Fase de Preconstrucción no es un plazo máximo porque el Contrato sí lo establece como plazo fijo, prorrogable solamente por razones de fuerza mayor.

Igualmente, el tribunal negará la pretensión tercera subsidiaria de la primera principal, en donde se solicita la declaratoria de que las obligaciones de la Fase de Preconstrucción están sujetas a condición y no a plazo, pues las obligaciones previstas en el Contrato no son condicionales sino puras y simples.

Finalmente, en cuanto a la pretensión primera consecencial de las pretensiones subsidiarias, relacionada con la solicitud de declaración de que la Fase de Preconstrucción termina con la verificación del cumplimiento de las Condiciones Precedentes, se negará en cuanto que esta pretensión es consecuencia de las pretensiones subsidiarias que han sido denegadas, amén de que de que la Sección 1.64. de la Parte General del Contrato define que la Fase de Preconstrucción como primera fase de la Etapa Preoperativa se extenderá "hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción...", la cual tendrá lugar "... dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la verificación de la totalidad de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial las condiciones precedentes ...", de manera que además del cumplimiento de las "condiciones precedentes", la cláusula exige la verificación de la

totalidad de los requisitos previstos en el contrato, incluido obviamente el término o plazo previsto para ello.

III. PRETENSIONES RELATIVAS A LA APROBACIÓN DEL DISEÑO

1. Las pretensiones de Covioriente

Una vez analizado lo relevante respecto a las pretensiones relacionadas con la interpretación del "plazo estimado" del contrato de Concesión, el asunto que ocupa al Tribunal en el presente apartado se centra en la controversia suscitada entre las partes en relación con los diseños del proyecto, disputa que encuentra fundamento en las pretensiones propuestas por Covioriente, las cuales, se transcriben a continuación:

"PRIMERA: Que se declare que el Apéndice Técnico 1, respecto de las Intervenciones de Mejoramiento, refleja el contenido de los documentos elaborados por el Estructurador del Proyecto.

SEGUNDA: Que se declare que las Intervenciones de Mejoramiento y Construcción tienen alcances diferentes conformes lo establece el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión.

TERCERA: Que se declare que COVIORIENTE tiene la obligación de realizar las Intervenciones de Construcción única y exclusivamente en las Unidades Funcionales 1 y 7.

CUARTA: Que se declare que las Intervenciones a ser ejecutadas por COVIORIENTE en la Fase de Construcción del Contrato de Concesión en las Unidades Funcionales 2 a 6 del Proyecto consisten única y exclusivamente en el Mejoramiento, en los términos definidos en el Apéndice Técnico 1.

QUINTA: Que se declare que en los términos de la Sección 1.1. – Introducción del Manual de Diseño Geométrico Inviás 2008 en los casos particulares en que no sea posible cumplir a cabalidad con los parámetros estipulados en el Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008, quedará al buen juicio y justificada sustentación por parte de los responsables del proyecto, que corresponde en este caso al Estructurador del Proyecto en virtud del encargo de la ANI, la decisión de cambios en las características del mismo, siempre y cuando estos no afecten negativamente la seguridad ni la comodidad de los usuarios, ni impliquen exceder significativamente el presupuesto para la ejecución del proyecto.

SÉXTA: Que se declare que el Estructurador del Proyecto, contratado por la ANI, determinó excepciones al cumplimiento de los parámetros establecidos en el Manual de Diseño Geométrico Inviás 2008, con el objeto de aprovechar al máximo el corredor existente para minimizar las afecciones ambientales, prediales y sociales.

SÉPTIMA: Que se declare que la ANI no objetó los estudios y diseños, presentados por el Estructurador del Proyecto, que dieron origen al Proceso de Selección del Contrato de Concesión.”

OCTAVA: Que se declare que para las Intervenciones de Mejoramiento para las Unidades Funcionales del Proyecto se pueden exceptuar algunos criterios y/o parámetros previstos en el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008”

NOVENA: Que se declare que los parámetros de diseños exigibles a **COVIORIENTE** son radio mínimo de curvas y pendiente máxima, ambos señalados en el Apéndice Técnico 1.

DÉCIMA: Que se declare que la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008 exigidos por la **ANI** para las Unidades Funcionales 2 a 6 implica un cambio en el alcance del Contrato de Concesión.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se declare que la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS para las Intervenciones de Mejoramiento altera las condiciones iniciales en las que **COVIORIENTE** presentó la oferta y contrató.

DÉCIMA TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que **COVIORIENTE** no está obligado a la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS para las Intervenciones de Mejoramiento.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que **COVIORIENTE** no está obligado a asumir los efectos económicos y efectos en el tiempo de ejecución del Contrato de Concesión que conlleve la aplicación de la totalidad de los parámetros del Manual de Diseño INVIAS y el cambio del alcance del Contrato de Concesión.”

Si bien las pretensiones incoadas por Covioriente en los apartados 5.3.1. y 5.3.2. hacen parte de un mismo eje temático o bloque conceptual referente a los diseños del Contrato de Concesión, el Tribunal analizará los asuntos propuestos por la Convocante agrupando las pretensiones en tres

sub-bloques de forma concreta la disputa y los problemas jurídicos planteados.

Entonces el Tribunal se referirá a la caracterización de las diferentes formas de intervención de la vía que fueron asignadas contractualmente al Concesionario, es decir, precisará el alcance de las intervenciones de 'construcción' y 'mejoramiento' de conformidad con el referente jurídico y contractual aplicable, para así emitir un pronunciamiento respecto a las pretensiones, Segunda, Tercera, Cuarta, y Octava del apartado 5.3.1. de la reforma de la demanda.

El Tribunal estudiará las pretensiones Primera, Sexta y Séptima del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, con el fin de delimitar la información contenida en el cuarto de datos y en los estudios y diseños desarrollados en la etapa de estructuración de la Licitación Pública que determinaba el trabajo de diseño del Concesionario o si era ilustrativa, es decir, analizará el alcance del contenido de los diseños Fase II del proyecto, respecto a los diseños Fase III ejecutados por el Concesionario una vez adjudicado el Contrato de Concesión.

Finalmente, la Convocante pretende que se establezca que ésta no estaría obligada a la aplicación de los parámetros del Manual de Diseño Geométrico (en adelante 'MDG' o 'el Manual'), puesto que busca que el Tribunal declare que hacerlo llevaría a una modificación del alcance del Contrato de Concesión, y de las condiciones inicialmente pactadas, con lo que se le impondría una carga adicional a las obligaciones adquiridas con el Contrato. En este sentido, el Tribunal deberá pronunciarse respecto a las pretensiones Quinta, Novena, Décima a Décimo Cuarta del apartado 5.3.1. –teniendo en consideración que la pretensión Décimo Quinta fue desistida por la parte Convocante. La controversia en torno a la cual giran las declaraciones que la Convocante reclama en las pretensiones aludidas, versa en específico sobre la interrelación de los documentos contractuales que imponen las especificaciones técnicas a las cuales se encuentran sometidos los diseños (la Parte Especial, los Apéndices Técnicos 1 y 3 y según las pruebas recaudadas, el Otrosí No. 3 del 13 de noviembre de 2018), con el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008; en otros términos, corresponderá al Tribunal definir si el papel del Manual de Diseño reviste un carácter supletorio o complementario e imperativo, o simplemente ilustrativo, frente a las especificaciones técnicas definidas por las partes en el Contrato.

El Tribunal observa desde ahora que si bien el lenguaje de la pretensión Novena del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, que se viene examinando, incluye elementos de índole técnica, realmente plantea una controversia de carácter jurídico que se centra en la delimitación del

referente objetivo que sirve de derrotero a las obligaciones de diseño, para que el Tribunal establezca si es el Apéndice Técnico 1 —en concordancia con el Apéndice 3 y la Parte Especial del Contrato, sin la aplicación de directrices técnicas adicionales— o si por el contrario, podría entenderse que esos documentos están sometidos a la aplicación complementaria, subsidiaria, prevalente de cualquier otra índole, de los parámetros consignados en el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008.

Ahora bien, el orden de exposición estará dictado, primero, por la fuerza obligatoria o carácter de norma aplicable al contrato que ostenta el MDG, en donde el Tribunal determinará su aplicación, o no, de forma complementaria con las otras fuentes contractuales que se erigen como derrotero técnico aplicable a los Diseños. Luego, una vez definido lo anterior, analizará cómo la denominación de las partes de las actividades a realizar como “Mejoramiento” no excluye la de construcción y, a su vez, que la especificación del estructurador en diseños Fase II no excluyan la aplicación complementaria del MDG a las actividades del Concesionario. Este orden permitirá, finalmente darles solución completa a los tres bloques de pretensiones. Antes, sin embargo, deberá reseñar suscintamente las excepciones propuestas por la convocada, los argumentos principales de las partes en el tema que analiza y delimitar la controversia ante el hecho sobreviniente, que ya obra como prueba, del Otrosí No. 3 celebrado el 13 de noviembre de 2018 entre Covioriente y la ANI.

2. Las excepciones propuestas por la ANI

En lo que atañe a las excepciones propuestas por la Convocada, en el numeral 4.8 de la contestación de la reforma de la demanda, la ANI realizó una enunciación de las que a su consideración constituyen excepciones de mérito en relación a las pretensiones incoadas por la Convocante en materia de diseños, a saber:

“Concesionario está obligado a aplicar la totalidad de los parámetros del manual de diseño geométrico INVIAS 2008 en intervenciones de mejoramiento /

No le asiste razón al Concesionario en cuanto a la supuesta limitación para este proyecto, de la aplicación del mencionado manual de diseño geométrico INVIAS 2008 en intervenciones de mejoramiento /

El contrato es claro, preciso y contundente en la exigencia de todos los parámetros del Manual de Diseño Geométrico de INVIAS y solo en caso de que, por diferentes condiciones, su cumplimiento desbordara el alcance del contrato, en el contrato se estableció un

ítem que se llama excepciones a la velocidad de diseño, excepciones al radio mínimo, excepciones a la pendiente máxima /
El contrato es ley para las partes y obliga a lo allí pactado /
El riesgo de diseño es del Concesionario, razón por la cual el argumento de construir variantes, o realizar rectificaciones del alineamiento, depende de la experticia, ingenio y creatividad del diseñador vial /
No es lícito ir en contravía de los actos propios, el concesionario manifestó que aceptaba el contrato, sus apéndices y anexos /
Violación de la buena fe objetiva.”⁵¹

En síntesis, las excepciones desarrolladas por la ANI plantean que el Concesionario se encontraba en la obligación de aplicar la totalidad de los parámetros exigidos en el Manual de Diseño Geométrico, de una manera equiparable a las Especificaciones Técnicas, al punto que solo en condiciones especiales podría el Concesionario exceptuarse del MDG en las variables de velocidad de diseño, radio mínimo y pendiente máxima. Así las cosas, la ANI señala una aplicación del MDG equivalente a las Especificaciones Técnicas en materia de diseños, como postulados técnicos que se complementan. Para atribuir al MDG este talante imperativo equivalente al de las especificaciones convencionales que las partes consignaron positivamente en el Contrato (su Parte Especial, Apéndices 1 y 3 y recientemente el Otrosí 3), la ANI arguye fundamentalmente que el Contrato de Concesión, sus apéndices técnicos y anexos definen el alcance de las intervenciones a partir de la aplicación de los parámetros contenidos en el Manual, siendo éste un instrumento de unificación de criterios de diseño geométrico que “debe cumplir cualquier proyecto de carreteras en Colombia” con el fin de proporcionar a los usuarios garantías de seguridad y comodidad que sean compatibles con la funcionalidad de las vías⁵².

También expone la Convocada que el riesgo de diseño se encuentra contractualmente asignado a cargo del Concesionario, de conformidad con la sección 13.1 del Contrato de Concesión, por lo que no es dable que dicho riesgo sea trasladado a la ANI como es pretendido en la demanda bajo el argumento de que, mantener todos los parámetros de diseño del Manual haría necesario modificar el alcance del Contrato de Concesión, haciendo que las intervenciones de mejoramiento pasen a ser concebidas como intervenciones de construcción, circunstancia que tendría como consecuencia desbordar las obligaciones a su cargo y generando un mayor valor.

⁵¹ Contestación de la Reforma de la Demanda. Cuaderno principal No. 2, fl. 68

⁵² *Ibidem*, fl. 73.

3. Las posiciones de las Partes

En lo que atañe a lo alegado por la Convocante respecto al primer bloque de pretensiones que abordará el Tribunal, es decir, sobre la naturaleza de las intervenciones constructivas definidas en el Contrato, la Convocada manifiesta que la limitación en la aplicación de parámetros del Manual determinada en los diseños Fase II del estructurador se reflejó en las condiciones técnicas establecidas en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión para las Unidades Funcionales (UF) cuyo alcance corresponde a mejoramiento. Por lo que, de acuerdo con las tablas contenidas en dicho Apéndice, no se estipuló de forma expresa la obligatoriedad de todos los parámetros de diseño geométrico para intervenciones de mejoramiento, sino solo de algunos criterios como son el radio mínimo, la velocidad de diseño y la pendiente máxima.

En tal sentido, para la Convocante, es evidente que las exigencias de aplicación del MDG a las UF de mejoramiento *en su totalidad* contraviene no solo el Manual de Diseño sino también el contrato de Concesión, modificando su alcance, ya que, tanto las intervenciones de mejoramiento como las de construcción tienen ámbitos de aplicación diferenciados y la aplicación de los criterios del MDG conllevaría a una extensión de las intervenciones de mejoramiento, a aquellas caracterizadas como de construcción, aspecto que ineludiblemente implicaría cargas adicionales a las pactadas contractualmente.

Por su parte, la Convocada considera que, las intervenciones definidas contractualmente corresponden a rótulos meramente indicativos, que no eximen al Concesionario del cumplimiento de las obligaciones de resultado que envuelve el objeto contractual y de la asunción del riesgo de diseño adquirido. Además, tomando en cuenta lo dispuesto en el referente contractual, específicamente en relación al Apéndice Técnico 3 y sus anexos, considera que no hay lugar a la modificación del alcance del contrato de Concesión cuando se da aplicación a la totalidad de parámetros del Manual en intervenciones de mejoramiento, pues dicha exigencia se encuentra plenamente justificada.

En lo referente al bloque de pretensiones relacionado con I de los estudios y documentos proferidos en etapa de estructuración, la Convocada manifestó que al analizar las condiciones técnicas del sector 3.1 Villavicencio-Yopal, el estructurador limitó la aplicación de aquellos parámetros del MDG que eran entendidos como secundarios con el fin de procurar la conservación de la vía existente. Según la Convocante, la omisión del estructurador tenía fundamento en el mismo Manual, pues dicho documento abre la posibilidad al Concesionario de apartarse de los

parámetros en él consignados, siempre que –justificadamente- no sea posible lograr su cumplimiento.

Expone que, tanto la Interventoría como la ANI, dieron su aprobación –sin objeción alguna- a los Estudios y Diseños del Estructurador los cuales, por la razón expuesta no incluían la totalidad de los parámetros definidos en el MDG, y que al constituirse en los diseños fase II del proyecto, serían usados posteriormente como base de los diseños fase III ejecutados por el Concesionario, que son actualmente objeto de esta controversia. Es por ello por lo que la Convocante afirma que apartarse de los criterios definidos en el Manual no implica per se un incumplimiento del Contrato de Concesión, en tanto que, desde la determinación de las premisas básicas de diseño en etapa de estructuración se omitió la aplicación de ciertos parámetros, excepción que fue conocida y no objetada por la ANI.

Al respecto, considera la ANI que por expresa disposición del Pliego de Condiciones, no puede el Concesionario fundamentar su reclamación sobre los estudios y conceptos contenidos en el Cuarto de datos, pues la información contenida en él y en los diseños fase II elaborados por el Estructurados, es meramente referencial, pues su finalidad es facilitar el acceso a la información de estructuración, por lo que, dar prevalencia a dichos documentos significaría desconocer los pactos contenidos en los documentos contractuales.

Adicionalmente, de conformidad con las secciones 1.9.2, 1.9.3 y 1.10.1 del Pliego de Condiciones, la ANI manifiesta que era obligación del Concesionario realizar sus propios estudios con el fin de verificar si se encontraba o no en capacidad de ejecutar el Contrato, por lo que, considera que no puede el Concesionario escudarse en su “propia impericia y ligereza” a la hora de realizar los estudios necesarios para estructurar su oferta con la intención de excusar su incumplimiento en la entrega defectuosa de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y con ello dilatar el inicio de la Fase de Construcción.

Finalmente, en relación al tercer bloque de pretensiones que serán estudiadas, la Convocante considera que la excepción de los parámetros de diseño no estaría fundamentada solamente en la autorización que otorga el mismo MDG y en los documentos elaborados por el estructurador, sino también en las especificaciones técnicas pactadas por las partes del Contrato de Concesión, pues según alega el Concesionario, las tablas contenidas en el Apéndice Técnico 1 contienen excepciones a varios parámetros de diseño geométrico, por lo que, lo pactado en el Manual no constituye parámetros de carácter obligatorio, siendo prevalente la aplicación de los criterios pactados en ejercicio de la voluntad contractual de las partes.

Por el contrario, la ANI estima que, si bien el MDG contempla ciertas excepciones a la aplicación de sus parámetros en casos particulares, resalta que corresponden a excepciones puntuales a la norma, las cuales, fueron tenidas en cuenta en la sección 6.5 sobre parámetros de diseño del Informe de Estudio de Topografía y Geometría del Estructurador. En cuanto a lo alegado sobre el contenido de las tablas del Apéndice Técnico 1, éstas se refieren a las características de entrega de ciertas UF, por lo que buscan caracterizar condiciones mínimas de obligatorio cumplimiento pero que no implican en sí mismas un listado de la totalidad de los parámetros aplicables, los cuales, dependerán de la ley vigente aplicable.

4. Las consideraciones del Tribunal

En primer término, antes del análisis de las pretensiones y excepciones propuestas por las partes en lo que concierne a los diseños, el Tribunal se referirá a la definición de la controversia, específicamente en cuanto ello pudiera resultar afectado o no por el advenimiento del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 10 de 2015, y en tanto éste fue traído al acervo probatorio de oficio y luego de las reflexiones que en torno a su impacto en la Litis hiciera en sus alegaciones la señora Agente del Ministerio Público. Una vez determinado el alcance del Otrosí No. 3 sí procederá el Tribunal a resolver lo sometido a su consideración.

4.1. El Otrosí No. 3 del Contrato

4.1.1. Su aportación al debate probatorio. La solicitud del Ministerio Público. El alcance técnico apenas parcial sin integrar ni unificar las Especificaciones Técnicas

Por medio del Concepto rendido por la Procuraduría Primera Judicial II Administrativa el 23 de enero de 2019, el Ministerio Público solicitó "oficiar a la ANI para que allegue copia auténtica del Otrosí No. 3, del Acta de Inicio de la fase de Construcción, y de la comunicación 4G2IVIYO-215-2710-18 con radicado ANI No. 2018-409-117999-2 a través de la cual se informa sobre la No Objeción a los Estudios de Trazado y Diseño geométrico de todas las unidades funcionales del proyecto, documentos todos de fecha 13 de noviembre de 2018; así mismo se allegue copia de los diseños no objetados."⁵³

Lo anterior, ya que si bien se hizo mención al aludido Otrosí en la solicitud presentada dentro del trámite arbitral por la Convocante, en donde esta manifestó su intención de desistimiento respecto a la Pretensión Décima

⁵³ Concepto Procuraduría Primera Judicial II Administrativa. 23 de enero de 2019. Pg. 53.

Quinta de la demanda reformada, el documento no fue allegado en esa oportunidad y tampoco se hizo referencia alguna a la suscripción del Acta de inicio de la fase de construcción.

Adicionalmente, la Agente del Ministerio Público señaló que las pretensiones relacionadas con los diseños geométricos, contenidas en el numeral 5.3. de la demanda reformada no pueden ser evacuadas para lo cual esa delegada consideró la desaparición del objeto de la controversia. Esto lo alega pues la circunstancia sobreviniente consistente en que los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las Unidades Funcionales del Proyecto presentados por el Concesionario ante la Interventoría, no fueron objetados por esta última, de modo que en su concepto sería improcedente entrar a evaluar el diseño y su conformidad con las Especificaciones.

En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones de la señora agente del Ministerio Público, el contenido de las pretensiones relacionadas con los diseños del proyecto no tendría ya asidero alguno, ya que las intervenciones de mejoramiento que originaron la controversia que se resuelve ahora por este Tribunal, parecen haber sido clarificadas con la suscripción de los documentos señalados en la solicitud de pruebas realizada a través de los alegatos.

De conformidad con lo anterior, se advierte que la suscripción del Otrosí No. 3 es un hecho sobreviniente a las circunstancias que fueron expuestas por las partes dentro del trámite arbitral. Si bien se trata de un documento contractual que se encuentra publicado en el SECOP II conforme a las normas de la contratación pública, en razón a la carga adicional que implica para las partes de un contrato estatal la obligación de publicidad del proceso contractual, el Tribunal no tenía conocimiento de los pactos suscritos por las partes en el aludido Otrosí pues no fue aportado, ni tampoco fue mencionada ni detallada la relevancia de su celebración.

De hecho, no pasa desapercibido para el Tribunal el pacto incorporado en la cláusula séptima del Otrosí 3, según el cual "**LAS PARTES** acuerdan que este Otrosí no podrá ser usado para efectos probatorios en el marco del tribunal de Arbitramento en curso" (negrillas del original). Dicho pacto, pudo incidir en que este Tribunal no conociera del documento una vez se celebró el Otrosí No 3, el cual -como se verá en el apartado correspondiente- constituye un elemento de gran relevancia para el análisis de la disputa que se encuentra bajo estudio, y que por ello, solo asumiera su conocimiento a partir del decreto oficioso originado en la revelación del Ministerio Público. Dicho esto, observa el Tribunal que en cumplimiento del deber de lealtad exigible en el marco de un trámite que

tiene por finalidad administrar justicia, es deseable que todos los hechos con incidencia en el debate sean puestos en conocimiento del juez para que éste pueda acometer su función de manera cabal, pues para el ejercicio de dicha función se requiere que los intervinientes “procedan de buena fe y sean veraces, con el fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad”⁵⁴, más aún cuando son ellos quienes convocan al juez del contrato y tienen interés directo en la resolución de la controversia planteada.

Entiende sin embargo el Tribunal que las Partes no han incurrido en una deliberada actuación de ocultamiento de los hechos, cuando incluso en sus alegaciones finales han mencionado el Otrosí No. 3. En cambio, lo que se ha puesto en evidencia es una forma distinta de percibir la incidencia del Otrosí No. 3 en la litis por las partes, no obstante lo cual el Tribunal avocará el estudio del Otrosí No. 3 como una prueba arrimada al trámite y valorará, como corresponde a su función jurisdiccional, su incidencia en la controversia, considerando la expresa voluntad de las partes al momento de suscribirlo.

Ahora bien, volviendo al análisis de la prueba aportada, se evidencia que hasta la celebración del Otrosí No. 3 las especificaciones técnicas del proyecto, como lo reconocen las partes en la consideración 13 del aludido Otrosí No. 3 estaban contenidas en la Parte Especial y en los Apéndices Técnicos 1 y 3 del Contrato de Concesión No. 10 del 2015, respecto a todas sus unidades funcionales y sus subsectores.

En ese contexto contractual surgió la controversia que dio origen al presente trámite arbitral, dentro de cuyos aspectos más relevantes, se estudian en este acápite: el contenido y alcance del concepto de Mejoramiento y, particularmente, si éste permite en sí mismo la intervenciones de adaptación de tramos de vía que conlleven la actividad de construcción; si los documentos de estructuración determinan el contenido que deben tener los diseños Fase III del Concesionario y en general el diseño geométrico del proyecto; y, por último, la interrelación de las fuentes contractuales en las que se consignaron las especificaciones del proyecto con el Manual de Diseño Geométrico 2008 de Invías particularmente si este ‘Manual’ se encuentra en función de complementariedad, subsidiariedad, apenas ilustración, o cualquier otra que determine su jerarquía normativa para el Concesionario.

Con la celebración del Otrosí No. 3, surge para las partes un elemento contractual, con fuerza vinculante, que impacta la forma en que deben ejecutarse sus obligaciones en materia de especificaciones técnicas, por lo

⁵⁴ López Blanco, Hernán Fabio (2016) Código General del Proceso. Parte general. DUPREE Editores. Pg. 124

que resulta insoslayable para el Tribunal el análisis de dicho documento para resolver las controversias planteadas. Es por esta razón que comenzará el Tribunal sus consideraciones estableciendo cómo incide el Otrosí No. 3 en las previsiones contractuales relacionadas con la controversia planteada.

4.1.2. El alcance del Otrosí No. 3

a. Alcance técnico

i. Las longitudes de los pasos urbanos y centros poblados

El Otrosí No. 3 consigna dentro de los antecedentes que llevaron a su suscripción que las partes identificaron como finalidad del mismo, entre otras cosas, preservar las condiciones socioeconómicas de la población afectada por el proyecto, específicamente en lo que se refiere a los Pasos Urbanos y Centros Poblados del trazado, al igual que reducir las dificultades relacionadas con la adquisición predial del corredor. En los considerandos 20 y 21 del mencionado Otrosí se relacionó como antecedente relevante que llevó a la suscripción lo siguiente:

“20. Que en reunión del día 10 de octubre de 2018, en el municipio de Yopal, en el Despacho del señor Gobernador del Casanare, el Concesionario Informó a las autoridades regionales y locales, a la ANI y a la Interventoría **que con el otrosí se reducirían las afectaciones en predios del corredor.**

“21. Que en la mencionada mesa de trabajo, además las autoridades locales y regionales, solicitaron a la ANI y al Concesionario COVIORIENTE S.A.S, la intervención solamente de las áreas necesarias para el desarrollo de las obras del proyecto, con **el fin de no generar desintegración social y económica de las poblaciones que se encuentran en dichos Pasos Urbanos y Centros Poblados”**

De esta manera, teniendo en cuenta estos antecedentes, las partes concluyeron que era necesario modificar el Contrato de Concesión No. 010 de 2015 para evitar las afectaciones planteadas (sociales y de adquisición predial) y por lo tanto, en la consideración 26 del Otrosí No. 3, se aclaró:

“26. Que, por estas razones, resulta necesaria la modificación del Contrato de Concesión No. 10 de 2015, en los términos aquí expuestos, para efectos de garantizar la preservación de las condiciones socioeconómicas de la población que eventualmente se

vería afectada y cuyas afectaciones tendrían repercusiones no solamente de índole económica, sino también de impacto social”

La solución que encontraron las partes para la problemática social y predial que motivó la modificación fue circunscribir la intervención prevista para los Pasos Urbanos y Centros Poblados sobre al ámbito de la vía existente y respetando la rasante y el paramento de la misma, lo que llevó a la intervención contractual de ciertos apartes del Contrato de Concesión en relación con las variables técnicas a verificar en estas secciones de Mejoramiento, como bien lo explica la consideración previamente citada.

Efectivamente, el Otrosí No. 3 buscó como efecto una reducción de las afectaciones en predios del corredor, por lo que dicho acuerdo consignó que la intervención prevista en los Pasos Urbanos y Centros Poblados debía hacerse “sobre la sección existente y respetando la rasante actual de manera que los Pasos Urbanos y Centros Poblados operen con una velocidad de 30 km/h en cumplimiento del Decreto 2976 de 2010 sin que se afecte la capacidad ni el nivel de servicio de la vía, como tampoco la seguridad vial, teniendo en cuenta que, en todo caso, en estos tramos se tienen limitaciones sobre la velocidad de operación. De esta forma se logra mantener el trazado del corredor y que su uso sea armónico con la dinámica urbana” (consideración 38, subrayas fuera de texto).

El breve recuento de los antecedentes anteriores y de la solución técnica alcanzada por las partes permite concluir al Tribunal que el acuerdo tenía como uno de sus alcances el de permitir que la ejecución de la obra se hiciera directamente en la sección ya existente de vía —únicamente para los Centros Poblados y Pasos Urbanos— y sin cambiar la rasante para que los diseños se plantearan “paramento a paramento de la vía existente, máximo hasta el ancho concertado para los andenes en las mesas de trabajo realizada” (consideración 39). Esto implicaría, a su vez, que la vía sería intervenida sin necesidad de “la adquisición de predios en sectores que no estén comprendidos dentro de dichos paramentos” (consideración 39), satisfaciendo las dos finalidades que, de acuerdo con las consideraciones reseñadas, llevaron a la necesidad de la suscripción de un Otrosí.

En otras palabras, el Otrosí No. 3 buscó modificar de esta manera la intervención a llevar a cabo en los Tramos de vía de los Centros Poblados y Pasos Urbanos, para así también mantener el trazado del corredor con una velocidad de 30 km/h que, “en todo caso” aplica en Pasos Urbanos y Centros Poblados. Es decir, el acuerdo descartó la posibilidad de diseñar variaciones o desviaciones al trazado y circunscribió la intervención a la sección ya existente, dentro de los mismos “paramentos”, con lo que

descartó también la adquisición de predios, y con ello desvirtuó la posibilidad de que la intervención de la vía arrojara mayores velocidades de diseño en las inmediaciones de los Pasos Urbanos y Centros Poblados.

Esta solución técnica implementada para la problemática de los Pasos Urbanos y Centros Poblados, explican las partes en la consideración 46, implicó igualmente que “la longitud de los Pasos Urbanos y Centros Poblados del considerando anterior no será tomada en cuenta para efectos de verificar las longitudes aproximadas de las velocidades a 80, 70, y 60 km/h, las cuales serán ajustadas de manera proporcional (...)”.

De conformidad con esas motivaciones y precisiones respecto del contenido técnico de los acuerdos alcanzados, las partes en el Otrosí No. 3 decidieron, entre otros aspectos: (i) adicionar al numeral 2.4 del Apéndice Técnico 1, la tabla 3.1. “Longitudes aproximadas de Pasos Urbanos y Centros Poblados” (cláusula primera); (ii) excluir de la verificación de las longitudes aproximadas de las velocidades a 80, 70 y 60 km/h a las longitudes de Pasos Urbanos y Centros Poblados (parágrafo 1 a la cláusula primera) y, como se había anunciado, (iii) mantener **“la geometría de la vía existente y Ancho de Corredor”** (parágrafo 3 de la cláusula primera, resaltado fuera de texto) en los Pasos Urbanos y Centros Poblados relacionados en la Tabla 3.1.”

De esta manera es claro que la modificación contenida en el Otrosí No. 3 se relacionó, en esta primera parte, con el alcance de la vía y de la intervención a realizar en los Pasos Urbanos y Centros Poblados. Por esto las partes, para precisar el efecto del pacto contractual consignado en la cláusula primera, establecieron en el parágrafo primero de dicha cláusula una regla que indubitablemente le dio preeminencia al Otrosí No. 3 en lo relacionado a las longitudes de Pasos Urbanos y Centros Poblados. En efecto, en el susodicho parágrafo se establece que en cualquier caso de contradicción entre la Tabla 3.1. que se introduce con el aludido Otrosí 3 y las demás contenidas en el Apéndice Técnico 1, o en otras Secciones o Apéndices del Contrato “primará la presente Tabla [- la 3.1. que trae el Otrosí 3-] en lo referente a Pasos Urbanos y Centros Poblados” (aclaración entre corchetes, fuera de texto). Con ello, no queda duda del carácter modificadorio del Otrosí No. 3 y de la inclusión de una especificación técnica (la Tabla 3.1.) que no admite fuente contractual que se le oponga o le contradiga, de manera tal que en lo que atañe a este aspecto (longitud de Pasos Urbanos y Centros Poblados) en primer término se consultará la Tabla 3.1. y los pactos asociados a Pasos Urbanos y Centros Poblados que contiene el Otrosí 3; mientras que cualquier otro referente contractual que guíe la conducta de las partes contratantes, diferente al acuerdo consignado en el Otrosí 3 y los parámetros que este intervino,

solo será pertinente en cuanto no aparezca tal aspecto regulado en el mencionado Otrosí No. 3.

Así las cosas, el Otrosí No. 3, a manera de conclusión sistemática de todo lo que se acaba de reseñar: (i) instaura un aspecto relacionado con las longitudes de Pasos Urbanos y Centros Poblados, señalando que en cualquier caso de contradicción entre la Tabla 3.1. que se introduce con el aludido Otrosí No. 3 y las demás contenidas en el Apéndice Técnico 1, o en otras Secciones o Apéndices del Contrato, se resolverá a favor de la susodicha Tabla 3.1., la que primará; y (ii) modifica algunos otros aspectos de las especificaciones, de manera tal que éstas deberán ser aplicadas con las modificaciones introducidas.

Por consiguiente, concluye el Tribunal que en materia de la longitud de Pasos Urbanos y Centros Poblados, y en todo lo atinente a ellos que se regula en la cláusula primera del Otrosí No. 3, es éste el referente contractual prevalente y, por consiguiente, en lo que a ello atañe, la interrelación de las especificaciones (Parte Especial, Apéndice 1 y Apéndice 3) con el Manual de Diseño Geométrico del Invías 2008, es solo aplicable y tiene incidencia alguna, en los aspectos técnicos de los Pasos Urbanos y Centros Poblados que no haya regulado el tantas veces mencionado Otrosí No. 3.

Ahora bien, el Otrosí No. 3 introdujo otras modificaciones en su clausulado.

ii. Otros aspectos modificados en el Otrosí No. 3

El Otrosí No. 3 se ocupó en sus cláusulas segunda, tercera, cuarta y quinta de modificar la tabla "Características geométricas y técnicas de entrega de cada Subsector para vía a cielo abierto, puentes y viaductos" (Numeral 2.5. Tabla 6 - UF1 del Apéndice Técnico 1); modificar la tabla "Generalidades y Subsectores" (Tabla 9 - UF2); adicionar a la Tabla 5 del Apéndice Técnico 1, una nota sobre el Centro de Control de Operación y modificar la Tabla 19 de la Unidad Funcional 4; modificar las tablas 5, 10, 15, 20 25, 29 y 34 del Apéndice Técnico 1; y hacer algunos ajustes a la obligación de adquisición de predios, entre los cuales se incluye la expresa mención a que el Concesionario no deberá adquirir predios ni será responsable de sanearlos ni de entregar títulos de propiedad a favor de la Nación en los Pasos Urbanos y Centros Poblados relacionados en el Otrosí No. 3, salvo que los diseños así lo exijan.

Entonces, el alcance técnico del Otrosí No. 3 no se circunscribe a los Pasos Urbanos y Centros Poblados, en tanto toca estos otros aspectos que se acaban de mencionar, pero tampoco sustituye enteramente la

especificación técnica del proyecto en todas sus Unidades Funcionales y Sectores, puesto que ésta, como lo establece la consideración 13 del Otrosí No. 3, sigue estando contenida en la Parte Especial y los Apéndices 1 y 3 del Contrato de Concesión.

Desde luego, respecto del Apéndice 1 que es modificado por el Otrosí 3, y respecto de cualquier otro aspecto que resulte modificado por el mencionado Otrosí No. 3 relativo a las especificaciones que constan en los demás apartes del Contrato de Concesión (Parte Especial y el Apéndice 3, específicamente), puede subsistir la controversia relacionada con los diseños planteada originalmente por las partes, controversia que en lo que toca a este grupo de pretensiones, el Tribunal resumió de manera general en otro acápite dividiéndola, a su vez, en tres temáticas principales, a saber, el alcance de la intervención de 'Mejoramiento' a adelantar por el Concesionario en las Unidades Funcionales 2 a 6 y si dicha intervención comprende actividades de construcción; el alcance que los estudios Fase II, y sus supuestos técnicos, puede tener sobre los estudios Fase III a cargo del Concesionario y, particularmente, si el Manual de Diseño Geométrico 2008 de Invías entra en función de complementariedad, subsidiariedad, mera ilustración, o cualquier otra que determine su grado de fuerza vinculante para el Concesionario.

b. El Otrosí No. 3 como acuerdo firme, modificación *per se* respecto de los aspectos que regula

Al Otrosí 3 las partes explícitamente le otorgaron un alcance jurídico, en tanto que para ellas lo consignado allí tuvo la entidad de verdaderas modificaciones al Contrato de Concesión No. 10 de 2015. En efecto, una vez acordadas las modificaciones relativas a las especificaciones técnicas, las partes declararon en la cláusula sexta del Otrosí 3 que "no se entenderá la presente modificación contractual como una interpretación al contrato, sino como una modificación *per se*", tal como lo habían previsto en la consideración 70 del mismo documento:

"70. Que, de la misma manera, esta modificación contractual no implica bajo ninguna circunstancia, ningún tipo de allanamiento de la ANI a las pretensiones del Concesionario en el marco de dicho Tribunal de Arbitramento, ni tampoco una renuncia a los argumentos de defensa de la Agencia en dicho trámite arbitral. Tampoco podrá ser usado para efectos probatorios dentro del en el marco del mismo, En el mismo sentido, **no se entenderá la presente modificación contractual como una interpretación al Contrato, sino como una modificación *per se*, que, bajo ninguna**

óptica legítima las pretensiones del Concesionario en el marco de la referida demanda. Así mismo, este otrosí no constituye una renuncia a ninguna reclamación económica que de un laudo favorable a las defensas de la Entidad se deriven.” (Negrilla fuera de texto).

Esto se pactó en concordancia con el reconocimiento que las mismas partes hicieron de que los acuerdos no implican una renuncia de éstas a sus pretensiones y excepciones en el trámite arbitral (excepto, por supuesto, a lo transado, referente a la pretensión décima quinta principal del numeral 5.3.1. de la reforma de la demanda) y a la intención inequívoca que se acogerían a lo resuelto por el Tribunal sin que la ANI o COVIORIENTE hayan declinado a las reclamaciones económicas que consideren pertinentes con posterioridad al Laudo que se está emitiendo.

Esto cobra su relevancia en relación con la controversia de la que se ocupa el Tribunal en esta sección en tanto que a partir de lo modificado por el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión fue que efectivamente se logró la “no objeción” a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las Unidades Funcionales 1 a 7. Tanto así que la Interventoría, al otorgar la “no objeción” a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las Unidades Funcionales 1 a 7, el 13 de noviembre de 2018 (fecha en la que además se había suscrito el Otrosí No. 3), señaló que emitió la susodicha *No Objeción* con base en los acuerdos del Otrosí No. 3. Así lo expresó la Interventoría:

“dado que las Partes suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, lo que permitió, entre otras cosas, descontar de las longitudes establecidas en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión las referentes con los pasos urbanos y centros poblados presentes en el corredor vial, **aspecto que se tuvo en cuenta a la hora de revisar el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico del Proyecto.**

En consecuencia, y de acuerdo con lo mencionado anteriormente, **la Interventoría emite la No Objeción** al Volumen II – Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las Unidades Funcionales del Proyecto (...)” (subrayado fuera de texto).

De ello se desprende que fue el Otrosí 3 el que permitió hacer viable la “no objeción” del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, habiendo regulado el aludido Otrosí No. 3 algunos (no todos) aspectos de la especificación técnica, particularmente aquellos que ofrecían discrepancia.

Sin embargo, de lo anterior no puede señalarse que las partes no mantengan diferencia alguna respecto a la forma en que el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico 'no objetado' deberá concretarse en la obra material, puesto que, las partes continúan planteando en sus alegaciones -producidas después de la suscripción del Otrosí No. 3- diferencias en cuanto a la interpretación que dan a las variables de diseño (velocidad, pendiente y radio, por ejemplo) y a la aplicación de otros parámetros y aspectos de diseño y si éstos deben tener como fuente el Manual de Diseño Geométrico. Tanto se mantiene la discusión entre las partes, que dentro de lo alegado de conclusión por la Convocada ANI se menciona claramente que el alcance de *todas* las Tablas del Apéndice Técnico 1—y no solo las 6 y la 9 que reemplazó el Otrosí, sino también la 11, 16, 21,26, 30 y 35— es el que debe complementarse con las especificaciones del Manual de Diseño Geométrico en tanto "Ley aplicable vigente al momento de la presentación de la oferta". De la misma forma, luego de otros argumentos, señalan los alegatos de conclusión de la ANI como conclusión a la que pretende que llegue este Tribunal:

"Forzoso es concluir **que el contrato es absolutamente claro, en la exigencia de los parámetros de diseño del Manual de Invías del año 2008** y se debe cumplir para cualquier proyecto de carreteras de Colombia"⁵⁵

Ante esto, es evidente para el Tribunal que se mantiene la controversia respecto al alcance que tiene para *todo el contrato*, y no únicamente las tablas intervenidas por el Otrosí 3, lo señalado en el Manual de Diseño Geométrico de Invías del año de 2008. Esta conclusión se refuerza también en el hecho de que de acuerdo con lo consignado por las Partes en el Contrato de Concesión No. 10 de 2015, la controversia respecto al referente objetivo que deben cumplir los diseños geométricos que elabora el Concesionario —como parte de las "Especificaciones Técnicas"— no se circunscribe únicamente a la etapa previa a la entrega y la subsiguiente "no objeción" de los diseños. Por el contrario, el riesgo de diseño y la posibilidad de modificaciones a los mismos se extienden hasta la Etapa de Construcción e, incluso, de Operación y Mantenimiento. Tal como lo establece la Sección 4.11 "Especificaciones Técnicas y calidad de las Intervenciones", que regula lo atinente a las especificaciones técnicas y señala en los literales (c), (d) y (e):

"(c) La aplicación de las previsiones contenidas en los Apéndices Técnicos genera a cargo del Concesionario obligaciones de resultado y no de medio. En todo caso, las Intervenciones deberán cumplir con las Especificaciones

⁵⁵ Alegatos de Conclusión de la ANI, p.18

Técnicas contenidas en dichos Apéndices, especialmente en materia de calidad, resistencia y durabilidad.

(d) El Concesionario, por su propia iniciativa o por solicitud del Interventor, deberá, por su cuenta y riesgo, rectificar a satisfacción de la ANI previa verificación del Interventor los errores técnicos que hubiera cometido en cumplimiento de las actividades previstas para la ejecución del Contrato"

"(e) **Durante toda la Fase de Construcción, será responsabilidad del Concesionario advertir de manera inmediata al Interventor cualquier tipo de error que detecte y consecuentemente, sin perjuicio de la aplicabilidad de las sanciones y/o garantías a que haya lugar, el Concesionario deberá corregir, revisar y arreglar cualquier desperfecto, vicio o error que se presente por su causa.** En caso de que los desperfectos, vicios o errores no hubieren sido advertidos durante la Fase de Construcción, estos deberán ser corregidos en el momento en que se identifiquen durante la **Etapas de Operación y Mantenimiento** y aún durante la vigencia de la póliza de estabilidad y calidad."

La aplicabilidad del referente objetivo técnico para el desarrollo de las obligaciones del Concesionario se extiende claramente más allá de la Fase de Preconstrucción, momento en el cual se otorga la "no objeción", y mantiene sus efectos a lo largo del Contrato. Mal podría concluir este Tribunal que obtenida la "no objeción" la controversia respecto del contenido de las "Especificaciones Técnicas" se entienda saldada, como lo pretende la Agente del Ministerio Público, cuando es incluso un riesgo asignado al Concesionario los efectos favorables y desfavorables que se desprendan de los Estudios y Diseños Geométricos "durante cualquiera de las etapas" de ejecución contractual. Dicen los apartados relevantes de la Sección 13.2 "Riesgos Asignados al Concesionario" de la Parte General de Contrato de Concesión No. 10 de 2015, lo siguiente:

"(vi) Los efectos favorables o desfavorables derivados de los estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos, y/o en **general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas**, en los términos establecidos en el presente Contrato.

(xxiii) Los efectos favorables y desfavorables derivados de las modificaciones a los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño durante **la Fase de Construcción** en los términos de la Sección 6.3 de esta Parte General”.

En realidad, las Especificaciones Técnicas son la definición en abstracto de los parámetros técnicos en que debe cumplirse la obra o la intervención de la infraestructura vial. El diseño (Estudio de Trazado y Diseño Geométrico y Estudio de Detalle) es ya la previsión técnica de las intervenciones concretas en la vía; entonces la intervención (construcción, mejoramiento y rehabilitación) es la materialización del diseño (no objetado) en obra. En cuanto el diseño aprobado (no objetado) pueda dar lugar a interpretaciones o diferencias de criterio, será de cara a las especificaciones que habrá de afrontarse el asunto y, por ejemplo, en esa eventualidad, las declaraciones que se piden al Tribunal relativas a la aplicación del Manual de Diseño Geométrico para las intervenciones contratadas podrán ser el derrotero para las partes y así procede establecer, como Juez del Contrato, el alcance del referente objetivo frente al cual las partes deberán guiar su conducta.

Todo lo anterior lleva a la conclusión ineludible de que no tendría razón alguna el Tribunal para considerar que las partes han zanjado las diferencias en torno a los Diseños Geométricos y los parámetros técnicos aplicados a los mismos, pues no media para ello desistimiento, transacción (excepto la ya tramitada por el Tribunal en relación con la pretensión Décima Quinta) o acuerdo conciliatorio que así lo acredite y, por el contrario, las disposiciones contractuales citadas y lo alegado por las partes aun luego de la suscripción del Otrosí No. 3 ratifican la necesidad de que sea el juez del Contrato —en decisión que considere lo pactado en el Otrosí No. 3— quien resuelva la controversia planteada.

De manera puntual, se reitera, el Otrosí No. 3 resolvió de una parte las longitudes y alcance de la intervención de los Pasos Urbanos y Centros Poblados, asunto que quedó contenido en él de manera preferente. Pero también se refirió a otros aspectos -que no corresponden a una unificación o integración de toda la especificación técnica restante- respecto de los cuales se introdujeron modificaciones que junto con la Parte Especial, los Apéndices Técnicos 1 y 3, habrán de interpretarse en la interrelación con el Manual de Diseño Geométrico del Invías 2008 que este Laudo arbitral establece en un acápite posterior.

En síntesis, el hecho de que hoy hay unos Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las UF 1, 7, y 2 a 6 con “no objeción” otorgada por la Interventoría (Interdiseño) el 13 de noviembre de 2018, no es óbice para

que la controversia en relación con la forma en que interactúa el MDG con las Especificaciones deba ser resuelta, porque así quedó planteada la Litis y, aunque se alegue por la Convocada la falta de competencia del Tribunal -aspecto al que este Laudo se refiere en el acápite correspondiente-, si esa objeción se supera no se considera por las partes sustraída de la controversia la diferencia relativa a la aplicabilidad del MDG y su interrelación con las especificaciones, de hecho no median ni desistimientos (excepto la ya tramitada por el Tribunal en relación con la pretensión Décima Quinta), ni conciliaciones o transacciones. Más bien, las partes hacen salvedades y reservas en el texto mismo del Otrosí No. 3, salvaguardas de sus derechos a reclamarse mutuamente como consecuencia de las declaraciones que el Tribunal hiciere respecto de las diferencias planteadas. Por ejemplo, en la cláusula Sexta en donde acordaron que “el presente otrosí no implica una renuncia de LAS PARTES a las pretensiones y excepciones que están siendo discutidas en el Tribunal de Arbitramento convocado por el Concesionario, ni a las consecuencias derivadas del fallo, de manera que LAS PARTES manifiestan que para todos los efectos se acogerán a lo resuelto por el Tribunal”, las partes salvaguardan sus aspiraciones y reclamaciones, sin revelar ni detallar el contenido de las mismas y sin haberlas incluido en la litis trabada.

Esto último propicia que el Tribunal deberá referirse a la controversia planteada en ese plano general que las pretensiones y excepciones plantea, con base en el material probatorio recaudado (incluido por supuesto el Otrosí No. 3) y, considerando las alegaciones que los intervinientes en el trámite han pretendido hacer valer.

c. La supervivencia de las especificaciones técnicas y de la controversia planteada y por ser resuelta con toda la realidad contractual, incluido el Otrosí No. 3

Se infiere claramente de todo lo anterior, que las partes entienden que subsiste la controversia, y el Tribunal acoge ese entendimiento en cuanto la materia técnica objeto del proyecto no quedó enteramente regulada en el Otrosí No. 3 cuyo alcance, se reitera, no puede entenderse de ninguna manera como integrador o unificador de todos los aspectos técnicos del contrato. En otras palabras, la controversia jurídica planteada, tal y como se ha resumido, subsiste y será objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal.

A pesar de que del acervo probatorio aportado no puede hacerse un recuento técnico preciso —ni es necesario para resolver el *petitum* planteado— respecto de cuáles aspectos técnicos concretamente son los

que quedan por fuera del alcance del Otrosí No. 3 aunque sí salta a la vista son múltiples y variados, sí es evidente que, como se ha mencionado, el susodicho Otrosí No. 3 en lo que tiene que ver con los aspectos técnicos, primero modifica y regula las longitudes de los Pasos Urbanos y Centros Poblados (cláusula primera), y en este aspecto se constituye en referente contractual prevalente. Pero además, del contenido del Otrosí No. 3 analizado por el Tribunal se desprende en segundo lugar que el susodicho otrosí también modifica (con efectos de verdadera modificación —no de simple interpretación—, al decir de las propias partes en la cláusula sexta) las especificaciones en otros aspectos acordados (cláusulas segunda a quinta), lo cual se incorpora a las especificaciones técnicas contenidas en el Apéndice 1 (y en lo que sea pertinente en la Parte Especial y el Apéndice 3), para que sea aplicado teniendo en cuenta la interrelación con el Manual de Diseño Geométrico Invías 2008 que este Tribunal establecerá más adelante.

En efecto, el Tribunal, en tanto que el debate planteado se refiere a un aspecto jurídico relacionado con la interrelación de las especificaciones técnicas con el Manual de Diseño Geométrico del Invías de la que se ocupará en el acápite siguiente, despachará las pretensiones y excepciones teniendo como base los documentos que contienen el pacto contractual en toda su integridad, incluido el Otrosí 3, con el alcance y efectos que se acaban de detallar.

d. El desistimiento de la Pretensión Décima Quinta de la reforma de la demanda

Cabe traer a colación, previo al estudio de fondo de la presente controversia, que de conformidad con la Cláusula Novena del Otrosí No. 3 las partes acordaron que el Concesionario presentaría la solicitud de desistimiento de la Pretensión Décimo Quinta Principal del numeral 5.3.1 de la reforma de la demanda, como consecuencia de la transacción celebrada en la Cláusula Octava del mismo documento, disposición en la cual, las partes acordaron que la Convocante pagaría a la ANI la suma de \$ 4.047.000.000 con el fin de resarcir las eventuales consecuencias económicas que pudieran derivarse del proceso administrativo sancionatorio referido a la entrega de los estudios de Trazado y Diseño Geométrico de las UF 1 - 7 y Estudios de Detalle de la UF 1. Por lo anterior, el Tribunal pasará a referirse de fondo sobre todas las pretensiones incoadas por la Convocada en materia de diseños, con excepción de la Pretensión Décimo Quinta, desistida con base en el acuerdo llevado a cabo entre las partes en el marco del Otrosí No. 3 y la posterior solicitud presentada por la Convocante, a la que accedió el Tribunal según consta en Acta No. 33 de 23 de enero de 2019, que contiene el auto por el que se aceptó el desistimiento.

4.2. La supervivencia de la regulación técnica apenas modificada parcialmente por el Otrosí No. 3 y de los aspectos de ésta que no fueron tocados por dicho Otrosí

4.2.1. La prelación documental y el papel del MDG en los asuntos que no haya regulado el Otrosí 3

a. Las posiciones de las Partes

La disputa planteada entre las partes se relaciona también con la aplicación diferenciada de los parámetros del MDG, cuando se trata de intervenciones de mejoramiento y de construcción.

De una parte, como fue expuesto, la Convocante considera que de conformidad con la definición de las intervenciones de *Mejoramiento* y *Construcción* contenidas en la sección 4.2 del Apéndice Técnico 1, la aplicación de los parámetros del MDG solo es exigible a las intervenciones de *Construcción* pues en este tipo de intervenciones sí se encuentra expresa remisión al aludido MDG. Acorde con ese entendimiento, el MDG se trata de una fuente que se trae a colación por pacto del Contrato y sus especificaciones. Por el contrario, la Convocada considera que la remisión al MDG que contiene el Contrato y sus Apéndices, no distingue de manera general entre las actividades que se enuncian, en función de los tipos de intervenciones, de manera que las intervenciones de *Mejoramiento* y *Construcción* ilustran una variación en las actividades a realizar pero no una diferenciación en los referentes normativos técnicos a tener en cuenta para el cumplimiento de las mismas. La Convocada se refiere a ello señalando que la denominación del tipo de intervenciones tiene "carácter simplemente indicativo", sin que determine una excepción a la aplicación del MDG para las actividades contenidas en cierto tipo de intervenciones mientras que en otras no. El Tribunal entiende que la aplicación de los parámetros del MDG es perentoria y complementaria a las especificaciones del Contrato, por lo que resultan exigibles en tanto se encuentran contenidas como parte del referente objetivo técnico de la relación contractual para desarrollar vías que garanticen condiciones de seguridad y comodidad para los usuarios, de acuerdo a las especificaciones contractuales y aquellas contenidas en el Manual de Diseño Geométrico ("MDG").

Visto lo anterior, corresponde al Tribunal definir en primer término la categoría que tiene el MDG respecto a las especificaciones técnicas que fueron acordadas por voluntad de las partes en el Contrato. Una vez definido lo anterior, se pasará a delimitar el alcance de cada una de las intervenciones a la infraestructura, para así precisar si, siendo el MDG una

fuentes complementarias imperativas de las especificaciones técnicas del Contrato, su utilización debe restringirse a las intervenciones de 'Construcción' detalladas en el Apéndice Técnico 1, sin hacerse extensiva a las intervenciones que en el mismo documento contractual corresponden a 'Mejoramiento'.

b. Las fuentes imperativas o complementarias

En primer término se aclara que no está en discusión entre las partes la plena aplicación de las normas que imponen cargas para el diseño, construcción y operación de infraestructura en materia vial. La controversia ha sido planteada a través de las pretensiones y excepciones incoadas en torno las Especificaciones convencionales, las erigidas por las partes como derrotero técnico y, principalmente, en torno a la relación de éstas con el cuerpo de recomendaciones y postulados que recoge el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008 (MDG).

La procedencia del MDG en el catálogo de referentes técnicos a considerar no ha sido tampoco discutida, pues las partes no niegan su expresa referencia al MDG y, por ende su pertinencia en las previsiones contractuales que fijan las Especificaciones Técnicas, pero sí centran su disputa respecto al carácter en que las recomendaciones del mismo MDG se interrelacionan con las Especificaciones Técnicas, esto es, si bien para ser plenamente aplicables y por ende completar o erigirse como límite a las mismas Especificaciones convenidas, o bien para resultar apenas supletorias de cualquier vacío de previsión técnica, o incluso en un carácter simplemente ilustrativo, según lo han expuesto las Partes en sus alegaciones y actuaciones procesales.

Antes de analizar los pactos contractuales el Tribunal debe analizar la jerarquía normativa con que el Manual de Diseño Geométrico es traído a colación al Contrato de Concesión No 010 de 2015, su caracterización como norma obligatoria del ordenamiento y el alcance de sus disposiciones en relación con los proyectos de infraestructura vial.

De conformidad con la introducción que contiene el propio Manual (MDG), éste tiene por objetivo ser una compilación de los criterios modernos para el diseño geométrico de carreteras, por lo que, atendiendo a las necesidades del sector, pretende establecer parámetros de diseño que permitan unificar los procedimientos y la documentación necesaria para la estructuración de proyectos viales. Tal como lo enuncia la Convocada, en el documento se hace manifiesto que al tratarse de un lineamiento que sistematiza las experiencias obtenidas en la ejecución de proyectos, no pretende ser un catálogo que reemplace el conocimiento de los

profesionales que se desenvuelven en el sector. Se cita en lo relevante del Manual:

“En los casos particulares en **que no sea posible cumplir** a cabalidad con los parámetros aquí estipulados, quedará al buen juicio y **justificada sustentación por parte de los responsables del proyecto la decisión de cambios** en las características del mismo, siempre y cuando estos no afecten negativamente la seguridad ni la comodidad de los usuarios, ni impliquen exceder significativamente el presupuesto para la ejecución del proyecto.”
(subrayado fuera de texto)

Dicho lo anterior, por disposición del mismo documento, los parámetros de diseños incorporados no pueden ser abordados desde la perspectiva de lo absoluto, pues, como se lee en la introducción, frente a aquellos casos en que no sea posible su implementación, será suficiente que a buen juicio de los responsables del proyecto se introduzcan cambios, con la debida justificación, sin que con ellos -con los cambios- se desconozcan la seguridad y comodidad de los usuarios.

En tal sentido, si bien se incluye la posibilidad de realizar ciertas excepciones a la aplicación de los parámetros contenidos en el MDG, no se trata de una normativa que pueda ser sometida a la libre disposición de los particulares, pues debe aplicarse salvo que “no sea posible cumplir”.

Resalta el Tribunal que este documento constituye una norma de naturaleza técnica que comporta previsiones imperativas en tanto la excepción a su aplicación pende de la imposibilidad en el cumplimiento de las mismas, es decir, la excepción confirma la obligatoriedad de la disposición. Nótese que lo que resulta atado al buen criterio de los responsables del proyecto no es la aplicación del MDG, sino la introducción de cambios que resulten de la inaplicabilidad por imposibilidad. El MDG no es solamente un documento de estudio, académico e informalmente invocado por el ente responsable de la infraestructura vial; por el contrario, el MDG fue adoptado mediante la Resolución número 000744 del 4 de marzo de 2009 del Ministerio de Transporte, según se señala en el propio Apéndice 3 del Contrato, constituyéndose como norma jurídica —en el sentido lato del término, en tanto que inferior a la ley expedida por el Congreso— y, así, obligatorio en lo que refiere a su consulta por los agentes operadores del sector de vías⁵⁶.

⁵⁶ Resolución 744 del 4 de marzo de 2009. Por la cual se actualiza el Manual de Diseño Geométrico para carreteras. Expedida por el Ministerio de Transporte.

Esto conlleva a que la expedición del aludido Manual tiene como finalidad salvaguardar un interés superior vinculado con la obligación que tiene el Estado de permitir la circulación de personas y bienes, la actualización de las redes de infraestructura vial en el país, tal como lo establece en su introducción el MDG, en condiciones de seguridad y comodidad para los usuarios, carácter que refuerza su obligatoriedad salvo los casos en los que expresamente el Manual permite las excepciones a sus parámetros.

El carácter imperativo del Manual es confirmado, igualmente, en los dictámenes aportados al proceso; específicamente, el Dictamen de Spiral señaló frente a la pregunta No. 2 en la cual se interrogó sobre la relevancia que presenta el MDG, que el aludido Manual es “el principal documento de consulta para el planteamiento o evaluación del trazado y/o diseño geométrico de un proyecto de vías en el país, y se considera de consulta obligatoria”.

A partir de este razonamiento, el Tribunal no puede considerar que el MDG tenga un carácter de norma supletiva, es decir, de aquellas de las que las partes pueden disponer a discreción en el marco de un contrato de infraestructura, por el contrario, atendiendo a las políticas del sector, su consulta es obligatoria, sin perjuicio de la flexibilización que admite el Manual ante la experticia del diseñador —sujeta, claro, a unos supuestos específicos de ‘posibilidad de su aplicación’ y ‘debida justificación y sustentación de la excepción’—.

Ahora, el Contenido del Manual de Diseño Geométrico debe verse reflejado en los estudios técnicos, cuyos parámetros se concretan o se integran en el Contrato de Concesión como una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, y aclarado el alcance normativo que tiene el Manual dentro de nuestro ordenamiento, la relación existente entre el Manual y las especificaciones técnicas que sean adoptadas por los contratantes -responsables de la ejecución del proyecto- revisten un carácter complementario y no podrán ‘disponer’ de ellas con el mero pacto contractual, o derivando su inaplicabilidad del solo hecho de la ausencia de mención al mismo en cada acápite que establece actividades por realizar, sino solo en aquellas situaciones en donde el cumplimiento de las especificaciones no sea posible y, esta imposibilidad, esté debidamente sustentada y acreditada.

En otras palabras, reitera el Tribunal que el Manual se integra a las Especificaciones Técnicas y las complementa, de manera que solo en caso de imposibilidad de aplicación del mismo, los responsables del proyecto harán “cambios en las características del mismo” con “buen juicio y justificada sustentación”.

Esta disposición lleva a plantearse quién debe considerarse como responsable del proyecto. Entiende el Tribunal, que esta expresión en la etapa de ejecución contractual no hace alusión a la ANI, ni a quien fue en otro momento el estructurador contratado por la entidad para llevar a cabo el planteamiento del proyecto, incluidos los diseños Fase II.

En realidad, al tratarse de un Contrato de Concesión, en donde la entidad *concede* la elaboración de los estudios y diseños y obra "por su cuenta y riesgo" (art. 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993), se traslada la responsabilidad del proyecto a la parte que ejecutará la obra y, antes de ello, en primer término, los diseños necesarios para llevarla a cabo -se reitera- "por su cuenta y riesgo".

Por supuesto, la entidad en cambio, al plantear el proyecto en la etapa de planeación y selección del Contratista, es responsable de definir su viabilidad y promover, por ende, un proyecto susceptible de ser realizado acorde con las finalidades de la contratación estatal. En ese sentido, en planeación el responsable del proyecto es la ANI y en ese momento, cuando estructura los aspectos financieros, jurídicos y también los técnicos del Contrato que pretende celebrar, elabora el planteamiento de la obra, dentro de lo cual puede también asumir aspectos técnicos que se aparten del MDG (Manual de Diseño Geométrico) dentro de las condiciones que para establecer tales excepciones el propio Manual contempla (la imposibilidad de cumplir dichos parámetros y proponiendo cambios con buen juicio y justificada sustentación). De hecho, la propia entidad reconoce que hubo aspectos en los diseños Fase II que se regularon de manera distinta al MDG en consideración a circunstancias evaluadas por el estructurador en su momento. Ello no significa, como se explicará más adelante, que las excepciones contempladas en la estructuración al MDG conlleven a una inaplicación del MDG en los demás aspectos a los que las especificaciones no hacen referencia, como parece entenderlo la Convocante. En su declaración, el testigo Camilo Jaramillo, funcionario de la ANI al momento de la estructuración del proyecto, señaló:

"DR. CHALELA: Qué son parámetros y qué es criterios inicialmente, y cómo distingue uno una cosa de otra.

SR. JARAMILLO: Digamos, que, como para intentar simplificarlo, uno escoge una velocidad de diseño, una carretera tiene una gran cantidad de parámetros que tiene que cumplir para cumplir una velocidad de diseño, si, pues estamos hablando es de radios de curvatura horizontal, radios de curvatura vertical, espirales, contra tangentes, eso es un listado gigante de parámetros. Entonces el contrato dice: usted tiene que apegarse al Manual de Diseño

Geométrico del Invías, y entonces le dice: vea, usted tiene que hacer los diferentes tramos, por diferente longitud, a diferentes velocidades de diseño y ahí hay tres parámetros que nosotros regulamos, el resto se entiende que son de obligatorio cumplimiento.

Hay tres que regulamos, que digamos que son los más visibles para la gente, por decirlo así, que es pendiente, no creo que solo dos, pendiente y radio de curvatura, pero entonces, para usted cumplir una velocidad de diseño, hay una cantidad de parámetros que tiene que cumplir, que esos son los que trae el Manual de Diseño Geométrico, nosotros no le hacemos referencia al contrato digamos directamente a todos esos parámetros, sino solo a los que les estamos dando alguna excepción, el resto sí tendría que cumplirlos”

La entidad contratante conserva ciertos prerrogativas una vez adjudicada la licitación y celebrado el contrato. Prerrogativas encaminadas a garantizar que se cumpla con el Contrato, que se emprenda una obra acorde con la finalidad de la contratación, ajustada a las especificaciones y exigencias normativas. Por ejemplo, se reserva la instancia de “no objeción” a través de la Interventoría, sobre Estudios de Trazado y Diseño Geométrico presentados por el Contratista. Pero es el Concesionario quien asume la responsabilidad del proyecto una vez se firma el Contrato y asume el riesgo de diseño, la obra y su posterior operación. Es esta parte contractual -el Concesionario- quien, además, se encuentra en la posición de determinar la posibilidad o imposibilidad de cumplir con los parámetros del MDG durante su elaboración de los diseños fase III. El Concesionario se encuentra en la posición de valorar y acreditar, tal como lo exige el mismo MDG, la ‘imposibilidad’ de la aplicación de algún parámetro que resulte de la elaboración en campo de los diseños, para usar su ‘buen criterio’ y determinar una solución constructiva idónea con las particularidades del proyecto que asumió por su cuenta y riesgo. De ese procedimiento se ocupa el Contrato las letras a y b del numeral 6.2. de la Parte General.

Conviene traer nuevamente a colación la definición factibilidad que tiene el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013:

“Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.”

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública **o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.**" (Negrilla y subraya fuera del texto).

La propia ley entiende entonces que el responsable del proyecto, una vez adjudicado el Contrato, es quien tiene a su cargo la elaboración de los diseños definitivos, esto es, el Concesionario.

Entonces no prosperará la Pretensión Quinta del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, en cuanto no es dable entender que el responsable del proyecto es, "en este caso" siempre el estructurador, pues en el ámbito de la controversia, esto es en la elaboración del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico y Estudio de Detalle de la etapa de pre construcción, el responsable del proyecto ya no es el estructurador para los efectos de proponer cambios cuando no sea posible cumplir con los parámetros del MDG, sino el Concesionario.

Aclarado lo anterior, es pertinente referirse al referente contractual previsto para los diseños geométricos de la concesión vial, antes de concluir en relación con jerarquía normativa del MDG y su incidencia en las especificaciones técnicas de las obligaciones de diseño.

El numeral 1.52 de la parte general del Contrato de Concesión define las Especificaciones Técnicas y el numeral 1.58 los Estudios de Diseño Geométrico de la siguiente manera:

"1.52. "Especificaciones Técnicas"

Se entenderán por tales las normas y parámetros contenidos en los Apéndices Técnicos, los cuales establecen los resultados y parámetros mínimos exigibles al Concesionario respecto a las Intervenciones, la Operación y el Mantenimiento. Las normas y parámetros que se establecen en los Apéndices Técnicos corresponden a mínimos cuyo cumplimiento o incumplimiento no excusa al Concesionario de la obtención de los resultados establecidos en dichos Apéndices Técnicos y en el presente Contrato, particularmente en cuanto a los Indicadores.

(...)

1.58 "Estudios de Trazado y Diseño Geométrico".

Son los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical, sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados, de acuerdo con lo previsto en el Apéndice Técnico 3"

De acuerdo con los apartes citados del Contrato, los "Estudios de Trazado y Diseño Geométrico" son los diseños en que se concreta el proyecto, con sujeción a las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical, sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados, según lo preceptuado en el Apéndice Técnico 3.

Dicho Apéndice -el número 3- establece que el Concesionario deberá cumplir las especificaciones técnicas contenidas en el Apéndice Técnico 1, y los manuales y/o normas técnicas que sean obligatorias de acuerdo con la Ley aplicable, relacionando entre otras especificaciones, el MDG. El texto del Apéndice Técnico No. 3 reza textualmente:

"(a) En el desarrollo y presentación de los Estudios de Detalle y de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico relacionados con las Intervenciones que impliquen la Construcción, Mejoramiento y/o Rehabilitación de carreteras, **el Concesionario deberá cumplir con las especificaciones establecidas en el Apéndice Técnico 1 y los manuales y/o normas técnicas que de acuerdo con la Ley Aplicable vigente al momento de la presentación de la Oferta sean obligatorias para la ejecución de estas actividades, en particular, pero sin limitarse, con las identificadas en el siguiente listado.**

(i) MANUAL DE DISEÑO GEOMÉTRICO PARA CARRETERAS, adoptado mediante Resolución No. 000744 del 4 de marzo de 2009 del INVIAAS." (subrayado fuera del texto)

De lo anterior, se extrae que el Apéndice Técnico 3 contempla la obligación del Concesionario de cumplir las especificaciones contenidas en manuales y/o normas técnicas que sean de obligatoria aplicación según la normatividad vigente, "en particular, pero sin limitarse, con las identificadas en el siguiente listado". La citada expresión "en particular", definida por la Real Academia de la Lengua Española como "1. loc. adv. Distinta, separada, singular o especialmente.", implica que los parámetros señalados deben ser observados en detalle por el Concesionario, reafirmando así la función complementaria de los parámetros del Manual (MDG).

Ahora bien, cabe traer a colación que el Apéndice Técnico 1 tiene prevalencia respecto a lo preceptuado en el Apéndice Técnico 3, lo que resulta compatible con el hecho de que aquél contiene un detalle más concreto de la especificación técnica contenida en éste, es decir, el Anexo Técnico 1 desarrolla los preceptos formulados en el Apéndice Técnico 3. Esa prelación del Apéndice 1 sobre el Apéndice 3 se establece explícitamente en las reglas de prelación de documentos contenidas en la sección 19.14 de la parte general del Contrato, las cuales serán abordadas a profundidad en un apartado subsiguiente.

El Apéndice 3 impone la aplicación en general de los preceptos del Manual. Es entonces cuando toma importancia el análisis de las excepciones que hayan sido pactadas por las partes en los documentos contractuales que tengan primacía sobre el Apéndice 3, a saber, el Contrato de Concesión (en su orden, parte especial y parte general), la oferta presentada por el Concesionario, y los Apéndices Técnicos 1, 9, 4, 2 y 5.

Como ya fue referido, la Convocante considera que la Parte General del Contrato de Concesión y la introducción misma del Manual habilitan al Concesionario para excluir excepcionalmente los parámetros del susodicho MDG, a ello se ha referido ya el Tribunal detalladamente. Pero además considera que la no aplicación de parámetros del MDG deviene del hecho de que el estructurador dio cabida a desconocer los mismos cuando incluyó como premisa básica de diseño la de "plantear soluciones que no se apartaran del trazado actual con el objeto de aprovechar al máximo el corredor existente". De otro lado, sostiene la Convocante que para las intervenciones de construcción se menciona expresamente la aplicación del Manual, de lo que desprende que el no hacer expresa mención al mismo en las intervenciones de mejoramiento implica que no es obligatoria su aplicación en la totalidad de los parámetros. Con una lógica similar, estima la Convocante que las tablas 6, 11, 16, 21, 2,6 30 y 35 del Apéndice Técnico 1 que contienen las características geométricas del diseño, solo exigen que dos de los parámetros (el de radio mínimo y pendiente máxima) deben ser cumplidos con 0 % de excepciones, de lo que deduce que los demás parámetros pueden desarrollarse sin remisión al MDG⁵⁷.

La previsión de aprovechamiento del corredor existente que el estructurador incluyó como explicación para el sustento de la intervención de 'Mejoramiento' que se plantea en el Contrato de Concesión 010 de 2015, ilustra el hecho de que el proyecto está enfocado mayoritariamente

⁵⁷ *Ibidem*, pg. 67.

a ese tipo de intervención (UF 2 a 6), pero no determina que el trazado sea inmodificable ni mucho menos que deban sacrificarse exigencias técnicas básicas como las que contiene el Manual de Diseño Geométrico de Invías, que como ya se indicó debe ser cumplido salvo que no resulte posible hacerlo.

De hecho, el propio MDG incluye en la sección 1.3.2.2 como criterio general de las intervenciones de mejoramiento, el aprovechamiento de la infraestructura existente. Entonces, la "posibilidad" de valerse del trazado sobre el que se pretende hacer intervención de *Mejoramiento*, está delimitada por el MDG (y, por supuesto, por los estudios de factibilidad elaborados para la entidad contratante por un agente estructurador).

Esa limitación que se expresa como, el aprovechamiento 'al máximo posible' en la estructuración y, 'hasta donde sea posible' en el MDG, no erige una exención genérica de cumplimiento del MDG para quien desarrolla en Fase III el respectivo proyecto. "Aprovechar 'al máximo' el trazado existente", impone un tope, una talanquera a esa sujeción al trazado que está afincada en dos pivotes de anclaje del propio MDG, a saber: (i) la obligatoriedad del mismo y sus parámetros, según se ha analizado y (ii) la factibilidad de apartarse del mismo, solo de manera excepcional, 'cuando no sea posible' su acatamiento, siempre que con ello no se afecte los criterios de seguridad y comodidad de los usuarios, criterios que son a la vez los objetivos mismos del MDG.

Ante la pregunta formulada por el apoderado de Covioriente, el testigo Amador señaló:

"DR. HERNÁNDEZ: Listo, usted, teniendo en cuenta su experiencia, nos podría indicar cuáles son las premisas de diseño que se fijaron para este proyecto?"

DR. AMADOR: La premisa básicamente del proyecto era tener un mejoramiento y maximizar, digámoslo así, el aprovechamiento de la infraestructura existente, llevarlo a ley 105 e indudablemente eso conllevaba, como dice en el documento, a que alguna premisa o algunos parámetros de los diseños no pudiera satisfacerse como si fueran una carretera nueva como el mismo manual de diseño del Invías lo manifiesta en su introducción, es muy claro, que en el manual permite que algunos parámetros no puedan ser cumplidos pero deben justificarse las zonas por las cuales no se hizo, venga le leo aquí un aparte del manual"

Entonces, el 'aprovechamiento del trazado' no viabiliza la exclusión de las exigencias del MDG, más bien, las exigencias del MDG se imponen y es el

aprovechamiento del trazado el que debe ceder para dar paso a la aplicación de los parámetros, excepto cuando esto último 'no sea posible'.

De otra parte, el Tribunal encuentra que si bien el Apéndice 1 se inspira en la estructuración, como corresponde al deber de planeación que recae sobre la entidad, el cual le exige preparar información que indique a los interesados el alcance del proyecto en el marco de las políticas económicas y las necesidades de la contratación pública, la ANI fue cuidadosa y suficientemente clara al indicar desde el proceso de selección que la (...) "disponibilidad de estudios y conceptos en el Cuarto de Información de Referencia, solo pretenden facilitar el acceso a la información que reposa en ANI y/o INVIAS (...) estarán disponibles a título meramente informativo, entendiéndose por tanto que no es información entregada por la ANI para efectos de la presentación de las Ofertas, ni generan obligación o responsabilidad alguna a cargo de la ANI (...) [t]ampoco servirán para exculpar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por las partes en virtud del Contrato".

Ahora bien, la inclusión en el Apéndice Técnico 1 de parámetros respecto de los cuales se menciona expresamente que deben ser cumplidos con 0% de excepción (radio mínimo y pendiente máxima) a lo exigido en el MDG, no implica una autorización contractual para aplicar excepciones a los demás parámetros o a aspectos regulados por el MDG, como si las excepciones pudieran inferirse por interpretación o extensión, habiendo como había un postulado de aplicación general del MDG en el Apéndice Técnico 3 del cual se desprendería la obligatoriedad como la premisa. Así mismo, la ausencia de expresa consignación en el Apéndice Técnico 1 de parámetros de diseño geométrico (distintos de aquellos como radio mínimo, velocidad y pendiente máxima, los cuales sí fueron incluidos en el texto), no excluye la aplicación de aquellos ausentes en el Apéndice Técnico 1, pues mientras sean pertinentes son exigibles por estar consagrados en el MDG, dado que el aludido Manual es expresamente exigible de manera general, según se previó en el Apéndice Técnico 3.

Dicho de otro modo, la inaplicabilidad del MDG no puede ser concluida por el hecho de que se pactó una tolerancia 0 % a excepciones respecto de ciertos parámetros del MDG, como si de ello se desprendera que en los demás parámetros la posibilidad de excepción es discrecional, enteramente libre, es decir, sin acogerse al carácter restrictivo que el propio MDG impone para apartarse de sus disposiciones en la parte introductoria del mismo, la cual ya se analizó detenidamente en este Laudo.

En virtud de lo expuesto se declarará que no prospera la Pretensión Novena del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, en el entendido de

que los criterios de radio mínimo de curvas y pendiente máxima no son los únicos criterios exigibles de acuerdo al Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión.

Para mayor firmeza, del texto mismo de las tablas del Anexo Técnico 1 se desprende esta idea, pues al final de cada una de ellas se encuentran la siguiente frase:

“El Concesionario deberá cumplir con todas las especificaciones y/o normas técnicas de acuerdo con la Ley Aplicable vigente al momento de presentación de la oferta”

Esta frase es de enorme importancia para la definición de la relación de integración normativa técnica de las disposiciones o fuentes que componen las Especificaciones Técnicas. Antes de enunciar la conclusión en este aspecto, es importante recordar que “Ley Aplicable” es un término definido en el Contrato de Concesión de la siguiente manera:

“1.90 “Ley Aplicable”

Se refiere a la ley, reglamentos, actos administrativos y demás normas vigentes en la República de Colombia”

Así, se desprende claramente de la frase reseñada y de la definición de Ley Aplicable que las tablas del Apéndice Técnico 1 se encuentran en una relación de desarrollo o especificación frente al “reglamento, acto administrativo” general que es el Manual de Diseño Geométrico.

Conviene traer a colación la conducta desplegada por las partes. En diversos apartes del debate probatorio se registra el fluido debate entre las partes para alcanzar la “no objeción” por parte de la Interventoría. En realidad, las partes aceptan que *poco a poco* fueron acercándose cada vez más a unos Estudios de Diseño Geométrico hasta llegar a un punto en que ya se habían reducido los aspectos que impedían la aludida “no objeción”, los cuales finalmente solo se superaron con la suscripción del Otrosí No. 3, en consideración al cual, la Interventoría otorga la susodicha “no objeción”. El Tribunal observa que la propia conducta de las partes invoca una convicción de ajustarse a las especificaciones técnicas, por lo que se sometieron a un proceso de sucesivas entregas y observaciones de la Interventoría, de manera que solo aquellos aspectos que terminaron siendo insalvables (por la razón que fuere) en ese proceso de ajuste, fueron objeto del Otrosí No. 3 para que respecto de ellos fuera la exigencia técnica la que se ajustare al diseño y no el diseño a la exigencia técnica.

De lo analizado en el acervo probatorio, el Tribunal observa que si bien el MDG podía ser objeto de excepciones, éstas fueron introducidas por el estructurador y la ANI en el Apéndice 1 cuando tenían bajo su responsabilidad el proyecto, en fase de factibilidad, antes de adjudicar la licitación; por otro lado, cuando el concesionario asumió la responsabilidad del proyecto y emprendió en ese cometido la elaboración de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico acogió las excepciones ya previstas en el Apéndice 1 (provenientes del estudio de factibilidad - diseños fase II- hecho por el estructurador) y además asumió la posibilidad de decidir excepciones al MDG en abstracto o en concreto, sin darle a cada caso puntual el tratamiento exigido por el propio MDG a los eventuales apartamientos de sus exigencias, de hecho pretendió en este trámite considerar que las excepciones ya introducidas al MDG daban pie a que la aplicación del mismo no fuera general sino puntual, con lo que se ambientó la controversia sobre la forma en que dicho MDG se interrelacionaba con las especificaciones.

Concluye el Tribunal que el Manual de Diseño Geométrico se encuentra en una relación de *complementariedad* vinculante entorno a lo establecido en el Apéndice Técnico 1 y 3, en tanto que se trata de una norma general con carácter vinculante por su expedición mediante Resolución. Esta norma, como Ley Aplicable, según definición del contrato, tiene firmeza y se complementa o se debe complementar con las disposiciones técnicas establecidas en el Apéndice Técnico 1, tal como lo relatan los testigos que tenían un rol de revisión técnica en el Contrato.

Entonces, para el Tribunal resulta claro que el MDG es exigible como lo declara el Apéndice No. 3; la mención parcial del MDG en el Apéndice No. 1 no comporta la aplicación apenas parcial de sus previsiones; la excepción expresa de ciertos aspectos del mismo, no implica que sea discrecional la aplicación de los demás aspectos no mencionados; ni el reconocimiento explícito de que en algunos de sus parámetros hay 0% de excepción, conlleva que los demás parámetros tengan excepción genérica pactada. En síntesis, el MDG en cuanto no ha sido excepcionado en el Apéndice Técnico No. 1 y en cuanto no resulte siéndolo por aplicación de la posibilidad de excepción que él mismo consagra, dadas las condiciones que para tal eventualidad se prevén, se integra a las Especificaciones Técnicas con carácter de complementariedad imperativa.

4.2.2. Diferencia entre el alcance de las intervenciones de Mejoramiento y Construcción

Como fue previamente expuesto, la controversia sobre la aplicación de los parámetros del MDG versa también, frente a su alcance respecto a la definición de las intervenciones de *Construcción y Mejoramiento*

establecida en el Contrato de Concesión, sus apéndices y anexos, por lo que a continuación pasará el Tribunal a pronunciarse sobre el asunto del que tratan algunas de las pretensiones del segundo bloque estudiado.

El Numeral 4.1 del Apéndice Técnico define las intervenciones como toda Obra de Construcción, Rehabilitación y/o Mejoramiento necesaria para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario. Ahora bien, las intervenciones de *Construcción* se encuentran definidas en la sección 1.104. de la Parte General del Contrato de Concesión, con la denominación de 'Obras de Construcción' y son entendidas como "aquellas consistentes en la construcción de segundas calzadas o nuevas vías para el Proyecto, de conformidad con lo señalado en el apéndice Técnico 1." De otro lado, el numeral 4.2 del referido Apéndice Técnico, dispone:

"(i) Obras de Construcción: Son las Intervenciones en las cuales, el Concesionario **deberá ejecutar un sector de vía donde no existe un carretable definido**, bien sea por necesidad de construir una variante de un centro poblado, ampliar la capacidad de la vía existente desdoblándola a segunda calzada (formado un sistema de par vial o doble calzada) o generando un nuevo corredor alternativo para garantizar una nueva conexión entre el origen y destino. **Para este tipo de Intervención, se debe cumplir con lo establecido en el Manual de Diseño Geométrico del INVIAS y lo relacionado en el Apéndice 3 y en los requerimientos de la Ley 105 de 1993**, a menos que en los requerimientos solicitados en este documento, se establezcan diferentes características. La Construcción comprende la ejecución como mínimo de las siguientes actividades: Desmonte y limpieza, explanaciones, puentes, túneles, obras de drenaje, de protección y estabilización, afirmados, subbase, base, carpetas de rodadura, señalización, sistemas inteligentes de transporte." (Negrilla agregada).

En concordancia con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013, en el cual, las actividades de Construcción son entendidas como "aquellas obras nuevas que incluyen el levantamiento o armado de algún tipo de infraestructura de transporte", las disposiciones contractuales señaladas refieren que dichas intervenciones serán realizadas cuando no exista un carretable de vía definido, es decir es una intervención que implica la colocación de infraestructura, razón por la cual, deberán observarse los parámetros del MDG.

De acuerdo con lo anterior, las tablas No. 3 y 4 del Apéndice Técnico 1, señalan que las intervenciones de *Construcción* deberán ser realizadas en la UF 1 que incluyen intervenciones mínimas, indicativas de construcción

en la variante Cumaral, en otros sectores de la misma Unidad en donde la intervención de doble calzada es concurrente con la intervención de mejoramiento, y en la UF 7, en donde según las tablas 3 y 33 el Concesionario deberá realizar intervención de construcción de doble calzada.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 1682 del 2013 definió las intervenciones de *Mejoramiento* como "Cambios en una infraestructura de transporte con el propósito de mejorar sus especificaciones técnicas iniciales (...)". En consonancia con la citada disposición normativa, el contrato define la intervención de Mejoramiento en la sección 4.2 del Apéndice Técnico 1, por remisión del numeral 1.96 de la Parte General del Contrato de Concesión como:

"(ii) Mejoramiento: Son las intervenciones en las cuales, el Concesionario deberá **mejorar las condiciones técnicas de una vía existente con el objetivo de llevarla a unas características técnicas determinadas y de mayor estándar que los que presenta la vía**, de tal manera que mejoren la capacidad o nivel de servicio, bien sea, mediante la ejecución de actividades que mínimo logren: aumentar la velocidad de diseño, rectificar o mejorar alineamientos horizontales o verticales puntuales o continuos, ampliar las secciones geométricas de las vías, ampliación de calzadas existentes o nuevos carriles, minimizar los impactos de sitios críticos o vulnerables, pavimentar incluyendo la estructura del pavimento, **construir entre otros.**" (Negrilla agregada)

La intervención de *Mejoramiento*, como se evidencia, implica una obligación del Concesionario, a través de la cual deberá mejorar las condiciones de la vía existente para aumentar el nivel de calidad de la vía y con ello el nivel de prestación del servicio. Llama la atención del Tribunal, que de la definición que contiene el Apéndice Técnico, es posible extraer que las actividades de mejoramiento no están enlistadas como un catálogo que agota el concepto, no se trata de una enumeración taxativa, por el contrario, su enunciación es abierta, de ilustración de actividades variadas que constituyen intervenciones que puedan conducir a mejorar las condiciones de la infraestructura existente.

En virtud de lo expuesto, y pese a lo manifestado por el Concesionario en sus alegatos, en donde señaló que la intervención de *Mejoramiento* nunca puede implicar la ejecución de obras de construcción, ya que el contrato no prevé que se mezclen estos dos tipos de intervenciones, es evidente que actividades de mejoramiento, puedan tener un alcance en obra que, sin ser estrictamente considerado como una intervención de construcción

—y ante la existencia de un corredor anterior— impliquen realizar actividades que por su complejidad requieran incorporar infraestructura como en la ampliación de secciones de la vía, y con ello derivar también en el uso de los parámetros de diseño contemplados en el MDG para ese tipo de actividades.

Las intervenciones de *Mejoramiento* señaladas en el Apéndice Técnico 1, se encuentran incorporadas a lo largo del tramo objeto del contrato, pues conforme a lo indicado en la Tabla 3, en las UF 1 a 7 hay intervenciones de dicha naturaleza, y en algunos tramos aquellas intervenciones son concurrentes con intervenciones de construcción.

Por lo anterior, el Tribunal sí declarará que la Pretensión Segunda del apartado 5.3.1. de la demanda prospera, pero en el sentido literal del texto, en tanto que las Intervenciones de Mejoramiento y Construcción tienen alcances diferenciados según lo señalado en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión, sin desconocer que la intervención de Mejoramiento puede incluir actividades como construir o “aumentar la velocidad de diseño, rectificar o mejorar alineamientos horizontales o verticales puntuales o continuos, ampliar las secciones geométricas de las vías, ampliación de calzadas existentes o nuevos carriles” entre otros.

De igual forma, se resolverá favorablemente la Pretensión Tercera del apartado 5.3.1., pues como bien se mencionó, la ejecución de las intervenciones de construcción está limitada a las UF 1 y 7. En cuanto a la Pretensión Cuarta del apartado 5.3.1., el Tribunal también declarará su prosperidad, pues conforme a las tablas contenidas en el Apéndice Técnico No. 1, en las UF 2 a 6 corresponde la realización de intervención de Mejoramiento, en los términos definidos en el Apéndice Técnico No. 1, explicada ésta como se ha hecho en el presente Laudo.

Si bien la posición de la Convocante se centra en considerar que la definición de la intervención de mejoramiento no incorpora la posibilidad o la obligación de hacer uso de los parámetros de diseño del MDG, de acuerdo con lo declarado en el considerando No. 15 del Otrosí 3, las intervenciones, por ejemplo, de mejoramiento, previstas en el Apéndice Técnico (Numeral 2.4. Tabla No. 3) ⁵⁸, son consideradas como intervenciones “mínimas” a ejecutar dentro de la confección de la vía, lo que significa que, para cumplir a cabalidad con el Contrato, pueden requerirse algunas actividades adicionales, y para realizarlas, deberá acudirse a las especificaciones, entre ellas, las contenidas en el MDG, de modo que la ejecución contractual esté acorde con la finalidad superior

⁵⁸ Apéndice Técnico No. 1. Pg. 5.

que persigue el objeto de un Contrato estatal. La consideración referida dispone:

“Que de conformidad con el Apéndice Técnico 1, Alcance del proyecto, Capítulo II, Descripción del Proyecto, Sección 2.4. Unidades funcionales del Proyecto, del Contrato de Concesión No. 010 de 2015, se establece el tipo de Intervención mínima a realizar en cada una de las siete (7) unidades funcionales del Proyecto”

Conforme a lo señalado, la Convocada manifiesta en la contestación de la demanda reformada que, “las tablas 11, 16, 21, 26 y 30 del Apéndice se refieren a las características geométricas técnicas de entrega de cada tramos para las UF 2, 3, 4, 5 y 6 respectivamente, y buscan garantizar las condiciones mínimas generales de entrega de cada tramo de obligatorio cumplimiento, pero jamás pretende listar todos los parámetros de diseño aplicables, por lo que cada pie de nota que acompaña a cada tabla establece el cumplimiento de las normas y especificaciones de acuerdo a la normatividad vigente.”

Ahora bien, pese a que el estructurador y posteriormente el Concesionario elaboraron los diseños del proyecto con el fin de *aprovechar al máximo la vía existente*, es evidente para el Tribunal que dicha premisa no es justificación para mejorar la vía sin tener en cuenta parámetros requeridos para garantizar condiciones de seguridad del usuario. En otros términos, que la intervención sea identificada como de *Mejoramiento* no disminuye el parámetro de calidad que debe observarse.

Al entenderse el Manual como una fuente complementaria de las especificaciones técnicas del Contrato, es evidente que no estamos frente a un vacío interpretativo como el que pretende encontrar la Convocante en la definición de la intervención de *Mejoramiento*. La propia definición refiere de manera ‘abierta’ a la realización de actividades necesarias que ‘mínimo logren: aumentar la velocidad de diseño, rectificar o mejorar alineamientos horizontales o verticales puntuales o continuos, ampliar las secciones geométricas de las vías, ampliación de calzadas existentes o nuevos carriles’. Este recuento no taxativo, apenas ilustrativo de actividades incluidas en el concepto de la intervenciones de “*Mejoramiento*” da cuenta de la imposibilidad de entender el aprovechamiento del trazado como un postulado absoluto que no admite desplazamientos respecto del trazado, aunque sea parciales, y pone en evidencia que en el aludido concepto pueden realizarse actividades que comportan obra constructiva, aunque no, por supuesto, “(...) generando un nuevo corredor alternativo para garantizar una nueva conexión entre el origen y destino”. Para el “*Mejoramiento*” debe darse aplicación al Manual, no solo por la referencia contractual contenida en el Apéndice Técnico 3,

sino porque al tratarse de una norma de consulta imperativa, era obligación de Concesionario atender a lo señalado en el Numeral 1.3.2.4. sobre Especificaciones para el diseño geométrico del mejoramiento, que establece:

“La vía mejorada debe ser una carretera cómoda, segura y adaptada a las nuevas exigencias del tránsito, por lo tanto, **es indispensable cumplir con las especificaciones indicadas en este Manual**. El resultado de mejorar la sección transversal, los alineamientos en planta y en perfil deben ser congruentes con las expectativas que inicialmente se tiene del mejoramiento, **cumpliendo con los mismos requerimientos exigidos para el diseño geométrico de una vía nueva**. Lograr el cumplimiento de estos criterios es el reto que el diseñador del mejoramiento debe asumir.” (Negrilla agregada).

Entonces, con independencia de las características de las intervenciones indicativas, el Concesionario debe observar en todo momento las especificaciones mínimas que le permitan garantizar condiciones de calidad, seguridad y adecuada prestación del servicio, incluso cuando ello implique asimilar dichos parámetros a los utilizados en intervenciones de Construcción.

Visto lo anterior, no hay lugar a considerar que la implementación de los parámetros del MDG en intervenciones de *Mejoramiento*, constituye una modificación al alcance contractual, no solo porque las intervenciones de *Mejoramiento* pueden incluir actividades que por ser similares pero no correspondientes con las de construcción requieran el uso del MDG, sino también porque el Manual como norma técnica de consulta imperativa incorpora la obligación de acogerse en intervenciones de *Mejoramiento* a los parámetros en él consignados.

Por lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad de la Pretensión Octava del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, poniendo de presente que las intervenciones de *Mejoramiento* admiten la excepción de criterios del MDG, en el entendido de que el MDG es imperativo y exceptuarse de sus previsiones es posible solo en cuanto se cumpla con las condiciones que el mismo MDG contempla como fue ya ampliamente expuesto. La Pretensión Décima del apartado 5.3.1. de la demanda reformada no prosperará en el sentido de que no se observa que la aplicación de los parámetros contenidos en el MDG a las intervenciones de *Mejoramiento* impliquen un cambio en el alcance del Contrato de Concesión, pues desde su suscripción, era exigible dar aplicación a los parámetros señalados y asumir el riesgo de diseño acorde con las Especificaciones y las *normas aplicables*, de manera que sólo sería posible

exceptuarse de la aplicación del MDG bajo las condiciones explicadas en este laudo.

Adicionalmente, el Tribunal declarará que la pretensión Décima Segunda del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, no prospera, ya que como fue señalado, las condiciones iniciales del Contrato no son modificadas por la aplicación de los parámetros del MDG y, adicionalmente, porque el riesgo de diseño se encuentra contractualmente asignado a cargo del Concesionario, por lo cual hace parte de sus obligaciones asumir las cargas que, de confeccionarlo acorde con las especificaciones y las normas aplicables (entre ellas el MDG), se deriven. De lo anterior también se desprende que no prosperarán las pretensiones Décima Tercera y Décima Cuarta del apartado 5.3.1. de la demanda reformada.

Es decir, se da aplicación a los parámetros del MDG, sin que ello implique cambiar la naturaleza de las intervenciones que fueron definidas contractualmente, simplemente se trata de dar aplicación a parámetros que permiten asegurar buenas condiciones de servicio de la vía, teniendo en cuenta las calidades del proyecto (contrato estatal e infraestructura vial de cuarta generación -4G-) y su relevancia en el sector.

4.2.3. Fuerza vinculante de los estudios realizados por el Estructurador del Contrato de Concesión

Un segundo argumento de la Convocante para exceptuar el cumplimiento de parámetros del Manual consiste en señalar que los diseños fase II (del estructurador) determinaron la elaboración de los diseños fase III a cargo del Concesionario.

Como ya fue referido en apartados previos, la Convocante manifestó que, en el marco de la etapa precontractual del Contrato de Concesión, el estructurador encargado elaboró los estudios que pasarían a convertirse en los diseños Fase II del Proyecto, que, pese a haber omitido justificadamente la aplicación de parámetros del Manual de Diseño Geométrico del INVÍAS, no fueron objetados por la ANI, por lo que una vez aprobados constituyeron la base de la información contenida en el Pliego de Condiciones y particularmente del Apéndice Técnico 1, con base en lo cual se elaborarían los diseños finales o fase III que por el Concesionario adjudicatario. Del otro lado, la Convocada considera que era una obligación a cargo del Concesionario —contenida en los pliegos de condiciones de la licitación— elaborar sus propios estudios y diseños, independientemente de aquellos que fueran aportados por el estructurador, con el fin de determinar su capacidad en la ejecución de las obras.

Expuesto lo anterior, el Tribunal deberá determinar si los diseños fase II elaborados por el Estructurador, que fueron posteriormente considerados por el Concesionario para los diseños Fase III de las intervenciones de *Mejoramiento*, se constituyen en postulados de carácter imperativo para el Concesionario o constituyen disposiciones meramente ilustrativas y no vinculantes.

De acuerdo con lo establecido en las normas de contratación del Estado, la información brindada por la entidad junto con los pliegos de condiciones de un proceso de selección, no puede estar acompañada de exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que la contengan. Ello so pena de ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones de los pliegos que así lo dispongan (artículo 24, numeral 5º, literal d) e inciso final, Ley 80 de 1993).

La claridad de esta disposición legal no deja lugar a dudas acerca de la imposibilidad de que las entidades estatales proporcionen en el marco de procesos de selección de contratistas información que luego resulte inexacta, incompleta o falaz, sin que ello derive en responsabilidad para la entidad; cualquier estipulación que pretenda librar de responsabilidad al ente contratante, es ineficaz de pleno derecho. Es uno de los postulados con que se ilustra el principio de la transparencia que orienta toda la actuación del Estado en la contratación y que está desarrollado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Por supuesto, la norma propugna porque se entregue la información con que se cuenta, que no oculte ninguna, que se complete el conocimiento de los interesados con los elementos que inciden en la preparación de la oferta y el desarrollo del contrato, con el fin de asegurar propuestas ajustadas a la realidad y contratos con vocación de cumplir la finalidad del Estado. Es decir, la norma claramente proscribida y sanciona la entrega irresponsable de información, la puesta a disposición de información que pueda llamar a engaño por falaz, inexacta e incompleta. No obstante, no puede entenderse ello como una imposibilidad para la entidad de ilustrar el contexto contractual con la información disponible, aunque esta sea apenas descriptiva, susceptible de variación o aproximada, siempre que ese estado en el que se encuentre la misma, sea advertido y transparentemente puesto en conocimiento de los interesados para que puedan ellos dar a la información el alcance y grado de certeza que corresponda según la ciencia, disciplina o arte al que tal información pertenece (técnica, científica, económica, etc.) De hecho, en el marco de la concesión de bienes y servicios, el Estado otorga la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público, la construcción, explotación o conservación de un bien público, "por cuenta y riesgo del concesionario", en razón a que son los particulares en muchos

casos los que mejor conocen y, por ende, están en condiciones de asumir las contingencias que se hallan envueltas en la prestación de ciertos servicios o la construcción de ciertas obras. Para tal efecto, brindan la información que poseen, en algunos casos los registros históricos o las perspectivas de que disponen, pero en la mayoría de los casos con la suficiente y clara explicación acerca del nivel de certeza de tales datos, que puede incluso ser precaria cuando se trata de mercados nuevos, por ejemplo.

Así las cosas, que una información sea dada no conlleva la firmeza de la misma, si se ha advertido franca y abiertamente el nivel de madurez (o inmadurez) de tal información, que puede ser primario (diseño Fase II, por ejemplo) o incluso precario como consecuencia del procedimiento utilizado para obtener ciertos datos (muestreos, pruebas aleatorias, etc.) Siempre que ello sea puesto en conocimiento de los interesados en un proceso contractual, la información dada satisface el principio de la transparencia, vincula a la entidad su provisión, pero en el alcance en que fue dada a conocer (como lineamiento, como ilustración descriptiva, como aproximación o simple contextualización etc.)

Así las cosas, no puede considerarse como un postulado absoluto que la información entregada en los pliegos, por acarrear la responsabilidad de la entidad, sea enteramente cierta o completa, pues epistemológicamente el nivel de certeza y completitud del conocimiento es variado, dependiendo, por ejemplo, de la forma en que se ha accedido a él (comprobada, empírica o por simple muestreo, por ejemplo); por ende, en contratación estatal la información dada por la entidad compromete su responsabilidad dentro del alcance de su connotación y, siempre que se haya puesto en conocimiento de los participantes de un proceso de selección el carácter o calidad de tal información, el deber de transparencia se ha cumplido y en ese contexto la responsabilidad de la entidad debe ser interpretada.

Los diseños del estructurador y la información contenida en el cuarto de datos conllevan la responsabilidad de la entidad en el grado en que fueron proporcionados: esto es diseños fase II; de suerte que, por ejemplo, al definir que la vía factible objeto de la concesión unía los puntos A y B, no podría luego señalarse que en realidad uniría los puntos D y C, en un claro apartamiento del carácter esencial de los diseños fase II, pero sí por ejemplo que para la unión de A con B, podrían darse alternativas de diseño en el marco de las especificaciones, dados ciertos elementos de la vía y su mejor forma de tratarlos según el conocimiento ingenieril de quien resultare seleccionado. Los diseños Fase II entonces describían en ese estadio el proyecto, sin definición inamovible de los elementos técnicos aplicados que podrían ser tomados para la elaboración de los Estudios Fase III o variados, afinados, precisados o aplicados según fuera

técnicamente aconsejable para el logro de la vía más ajustada a la finalidad del contrato y, por supuesto, a las Especificaciones aplicables. Contrario a lo planteado por la Convocante, el mismo MDG sí tenía la firmeza de un referente normativo a ser consultado y aplicado de forma complementaria —como se verá en sección posterior— con las especificaciones del Apéndice Técnico 1 y 3, a pesar de poder ser susceptible de excepciones particulares, de acuerdo con las condiciones restrictivas para aplicar dichas excepciones que el mismo MDG contiene.

El Tribunal destaca que el Contrato objeto de esta controversia, es un Contrato de Concesión originado por la entidad contratante, al que le son aplicables las normas de las asociaciones público privadas, modalidad de contratación que se constituye en un instrumento de vinculación de capital privado que en conjunto con una entidad estatal propende por la provisión de bienes públicos y de servicios relacionados⁵⁹. La ley 1508 de 2012 establece dos modalidades de asociación público privada: de iniciativa privada y de iniciativa pública, siendo esta última la modalidad aplicable al Contrato de Concesión que nos ocupa.

En la primera de ellas, es el particular quien estructura el proyecto por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos causados por dicha estructuración⁶⁰; mientras que, en la segunda modalidad, es decir, las asociaciones de iniciativa pública, la entidad contratante tiene a su cargo, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012:

“(i) realizar los estudios previos de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, los cuales deben contar con la aprobación del DNP o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial; (ii) elaborar “(...) **la descripción completa del proyecto** incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato”; (iii) evaluar el costo-beneficio del proyecto “(...) analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados”; (iv) justificar la utilización del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto; y (v) llevar a cabo “(...) análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de

⁵⁹ Ley 1508 de 2012, artículo 1.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-346/17. Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre”⁶¹ (subrayado y énfasis fuera de texto).

En el mismo sentido, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, compilatorio del Decreto 1467 de 2012, se exige a la entidad contratante -como requisito previo a la apertura del proceso de selección para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública- contar con los “estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera” según el numeral 5.1 del artículo 2.2.2.1.5.5 de la misma normativa, teniendo en consideración lo señalado previamente en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, específicamente el numeral 11.1. sobre “estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato.”

De lo señalado es claro que la entidad pública contratante requerirá contar con estudios técnicos previos a la apertura del proceso de selección, en los cuales definirá condiciones técnicas, sociales, económicas y financieras entre otras, que permitirán a los potenciales oferentes crearse un imaginario de las circunstancias en las cuales se llevará a cabo la ejecución del proyecto.

Llegado este punto, cobra relevancia para resolver la disputa planteada, la distinción entre los estudios fase II y los estudios fase III en materia de infraestructura, al respecto, el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013, consagra una definición de los estudios de ingeniería que deben efectuarse en materia de infraestructura de transporte terrestre, a saber:

“Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

Fase 1. Prefactibilidad. (...)

Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-595/14. Bogotá, D.C., 20 de agosto de 2014.

Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

(...)

Fase 3. Estudios y diseños definitivos. **Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto.**

El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción.” (negritas y subrayado fuera del texto)

De la definición de las fases de diseño en proyectos de infraestructura de transporte se podría evidenciar que la Fase II, que corresponde a los diseños elaborados por el estructurador, tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible, es decir, si en el trazado proyectado se evidencian variables de carácter geográfico, económico social, entre otras, que puedan constituir un obstáculo para el desarrollo del proyecto. De otro lado, la disposición permite entrever que los diseños fase III corresponden al planteamiento definitivo y en detalle de las estructuras y obras que serán ejecutadas materialmente por el constructor.

Se destaca que, los diseños Fase II muestran el diseño de un trazado que contiene simplemente una ilustración o un mapa de las intervenciones que serán ejecutadas. Ello deberá ser desarrollado al detalle por quien haya sido designado contractualmente para ello, sin que en ningún caso, los estudios realizados en etapa de estructuración (Fase II) puedan ser entendidos como una atadura para el diseñador o el constructor, quien para el caso que nos ocupa es el Concesionario, conforme al numeral 2.1 de la parte general del Contrato según la cual, en el marco del objeto contractual corresponderá al Concesionario llevar a cabo el proyecto conforme al alcance definido en la parte especial del contrato y el apéndice técnico 1, alcance que según el numeral 3.2 de la parte especial del Contrato corresponde entre otros elementos a la “elaboración de estudios y diseños”. Aunque los diseños Fase III tienen como punto de

partida los diseños Fase II según es el entendimiento común en el ámbito ingenieril, no significa que aquellos (los diseños Fase III) sean solo un desarrollo o complementación de éstos (los Fase II); la Fase III supone la confección específica y detallada de un proyecto plasmado en sus alcances en la Fase II, lo que conlleva a que la Fase III pueda contemplar especificaciones distintas a las previstas en fase II para cumplir cabalmente con el proyecto que se pretende desarrollar.

Así lo explica el testigo Camilo Jaramillo en su declaración:

"SR. JARAMILLO: Eso es digamos, clave en todo el proceso de 4 G, nosotros pues trabajamos proyectos de APP, trabajamos proyectos de APP como muy bien usted me había preguntado, transferimos el riesgo de diseño de construcción, **entonces nosotros trabajamos sobre diseños a factibilidad, sí, que se llama fase dos o diseños de factibilidad**, por qué? porque nosotros con eso, lo que armamos es las especificaciones digamos técnicas del contrato, y sacamos una línea del presupuesto necesario para abrir la licitación.

Con eso, abrimos nosotros nuestra licitación, montamos nuestro contrato, nuestros apéndices técnicos **y dejamos esto, como información de referencia, porque esa es la información a la cual puede acceder digamos el Concesionario, para pues revisar qué fue lo que hicimos nosotros, y ver que hay un escenario posible**, sin embargo, **esta es una solución de ingeniería, que tiene, podría ser yo capaz de decir que tiene infinitas soluciones, sí, conectar el punto A para conectar el punto B, pues tiene una cantidad de soluciones.**

Obviamente nosotros decimos, **conécteme el punto A, conécteme el punto B, con tales criterios de diseño, que son o criterios de diseño, parámetros, como lo quieran llamar; pero se le da libertad y eso es digamos, lo bonito de estos proyectos de APP, se le da libertad al Concesionario, a él optimizar su diseño y hacer su mejor diseño, o su mejor solución como la cree tanto, como él crea que es tanto con su equipo diseñador**, su equipo constructor y su equipo operador.

Entonces, ese tema es de referencia, porque es que él no está obligado a hacer la obra que planteamos nosotros, sino que él está obligado es a hacer la obra que el contrato le dice, y una de las posibles soluciones, es la planteada por nosotros; pero hay digamos, muchísimas soluciones y muchísimas formas de diseñar la vía." (Negrillas agregadas).

De lo anterior, da cuenta la manifestación de la voluntad del contratante quien señala que, la información contenida en el cuarto de datos sobre la estructuración del Contrato, constituye en sí misma un referente a título ilustrativo, pues corresponde llanamente a un punto de partida referencial, no una etapa previa agotada: inamovible. De la claridad del sentido de esa manifestación se desprende para el Concesionario -una vez adjudicado el Contrato- la obligación de elaborar un diseño que cumpla con todas las especificaciones técnicas que sean requeridas para materializar la ejecución del objeto contractual. Por lo que, no puede entonces pretenderse asimilar o incluso replicar de forma integral los diseños fase II respecto al contenido de los diseños fase III de un proyecto vial, en tanto que su alcance y elementos definitorios no son del todo semejantes, pues corresponden a exigencias técnicas distintas, de lo cual hace buen recaudo el pacto contractual cuando también los refleja en momentos contractuales plenamente diferenciados y con responsabilidades y riesgos característicos de cada momento.

Se hace evidente que si bien el "Capítulo II. Estudio de Topografía y Geometría"⁶² del Informe elaborado por el estructurador contiene de forma expresa en diversos apartados, excepciones a los parámetros contenidos en el Manual y relaciona algunos de obligatorio cumplimiento⁶³, dichas observaciones, expresadas en el marco de la estructuración del Contrato, no constituyen una camisa de fuerza para el Concesionario, por lo que correspondía a éste realizar los ajustes que permitieran ejecutar el objeto contractual con parámetros mínimos de diseño que permitieran garantizar condiciones óptimas de la vía, sin perjuicio de que algunos parámetros del MDG pudieran haber terminado siendo exceptuados en el Apéndice Técnico No. 1 o que en el mismo diseño definitivo terminara previéndose la excepción de algunos otros por razones de imposibilidad de su cumplimiento (si fuere el caso), sustentadas como lo exige el propio MDG en los términos ya explicados.

⁶² Cita, pg. 88.

⁶³ "La intervención a desarrollar sobre los tramos del Sector 3.1 Villavicencio – Yopal del corredor 3 descrito anteriormente y que se califican como de mejoramiento, incluyendo los tramos en doble calzada cumplen con los siguientes criterios de diseño: (...) Se omiten ciertos parámetros de diseño geométrico secundarios del Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008 con objeto de hacer cumplir las premisas anteriores. Los parámetros de diseño geométrico del Manual de Diseño Geométrico INVIAS 2008 a cumplir son:

- Radio mínimo en curvas.
- Longitud de espirales por limitación de transición de peralte (Criterio más importante desde el punto de vista de seguridad ya que garantiza el desarrollo del peralte en todas las curvas).
- Pendiente máxima.
- Curvas verticales mínimas."

Entonces, en cuanto a la pretensión primera del apartado 5.3.1. de la demanda, el tribunal declara su prosperidad, pero clarifica que los documentos del estructurador no son inamovibles y que, por su parte, el Apéndice Técnico 1 es un documento contractual sometido a las reglas de interpretación que el propio contrato establece.

Además, según lo señalado en el presente acápite el Tribunal despachará desfavorablemente la Pretensión Sexta del apartado 5.3.1. de la demanda reformada, pues si bien en los documentos de estructuración se incluyeron excepciones al cumplimiento de los criterios de diseño geométrico contenidos en el Manual con el fin de "aprovechar el corredor vial existente", como fue ampliamente expuesto, los documentos elaborados por el estructurador no '*determinan*' excepciones irrefutables por el diseñador fase III, ni las excepciones planteadas acarrear como criterio que el diseñados fase III pueda plantear libre y discrecionalmente excepciones sin acudir puntualmente, en cada caso, al criterio de imposibilidad que el propio MDG señala como pivote para cualquier excepción al mismo. De otra parte, del acervo probatorio y las declaraciones de las partes, se extrae que los diseños presentados por el estructurador no fueron objetados por la ANI, razón por la cual el Tribunal declarará que prospera la Pretensión Séptima del apartado 5.3.1. de la reforma de la demanda.

Se declarará que no prospera la Pretensión Subsidiaria de la Novena Principal del apartado 5.3.2. de la demanda reformada, pues se reitera que los criterios mencionados en la pretensión no son los únicos obligatorios para el Concesionario.

4.2.4. Clarificación de la prelación según interpretación jurídica

Ahora bien, del recuento de la argumentación hasta este punto se resalta que se concluye la aplicación en forma de complementación entre el MDG y las Especificaciones Técnicas que establece el Contrato de Concesión. En efecto, el orden de exposición dado por el Tribunal permite concluir en este punto que: la noción de "*Mejoramiento*" no excluye las actividades de construcción o la aplicación del MDG; que lo consignado por el estructurador no tiene la connotación de determinar o definir el diseño Fase III -porque no la tiene-, por lo que el diseño Fase III debe sujetarse al Apéndice Técnico No. 1 (en lo que este defina, incluidas posibles excepciones al MDG) y en general a las Especificaciones Técnicas (Apéndice Técnico No. 3) de lo que no se excluye el MDG.

Tampoco escapa al Tribunal, para el desarrollo de esta última sección, el hecho de que ya existe un Diseño Geométrico "no objetado" por las partes y que estas mismas intervinieron algunos aspectos técnicos del Contrato

de Concesión No. 10 a través del Otrosí 3. Sin embargo, como bien lo señaló el Tribunal en su momento y lo vuelve a traer a colación, la controversia entre las partes persiste respecto de: si por Especificaciones Técnicas deben entenderse un concepto que comprende únicamente los documentos contractuales de las partes (Apéndice Técnico 1, en concordancia con el Apéndice Técnico 3 y la Parte General y Especial del Contrato sin aplicación de otra normativa adicional) o si, por el contrario, debe entenderse que las especificaciones plasmadas en estos documentos se completan con aquellos parámetros definidos en el Manual de Diseño Geométrico del Invías.

A este respecto, señala el Tribunal que el Manual de Diseño Geométrico del INVÍAS, como ya se determinó, se encuentra en relación de complementación con las fuentes contractuales señaladas en el párrafo anterior, por lo que dicha controversia está ya resuelta parcialmente con la argumentación previa hecha por este Tribunal. El objetivo de esta sección es clarificar la prelación de los documentos que se encuentran en el Contrato de Concesión No. 10 de 2015.

El Contrato de Concesión No.10 de 2015 contiene dentro de sus disposiciones normativas una prelación documental relevante para el análisis que aquí se avoca por el Tribunal. El Contrato en su sección 19.14, cuyo contenido se cita completo, tiene especial relevancia:

"19.14 Praelación de Documentos

El siguiente será el orden de prelación de los documentos que hacen parte del presente Contrato, el cual hará referencia a lo expresamente regulado en el contenido de cada uno de dichos documentos:

Parte Especial
Parte General
Oferta del Concesionario
Apéndice Técnico 1.
Apéndice Técnico 9.
Apéndice Técnico 4.
Apéndice Técnico 2.
Apéndice Técnico 5.
Apéndice Técnico 3.
Apéndice Técnico 6.
Apéndice Técnico 7.
Apéndice Técnico 8.
Apéndice Financiero 1.
Apéndice Financiero 2.

Apéndice Financiero 3.
Pliego de Condiciones con sus adendas y anexos.
Invitación a Precalificar.

En todo caso, los documentos que hacen parte del presente Contrato deberán **interpretarse armónicamente y con observancia de la Ley Aplicable**, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.12 de esta Parte General sobre la modificación de Especificaciones Técnicas". (Negrilla agregada).

Se encuentra así definida contractualmente la prelación de documentos que existen en el Contrato de Concesión No 10 de 2015, señalando que dicho orden debe considerarse "en todo caso" armónicamente y con observancia de la Ley Aplicable.

En efecto, una interpretación armónica y con observancia de la Ley Aplicable es aquella que señala la complementariedad entre el MDG y las especificaciones técnicas consignadas por las Partes en los documentos contractuales que expresaron su voluntad. Aclarado lo anterior señala este Tribunal (con sujeción al orden citado en la cláusula anteriormente transcrita y consideradas primeramente las disposiciones aplicables a las Especificaciones Técnicas una a una, según su orden de prelación de la cláusula 19.14 citada), que el Numeral 3.3 de la Parte Especial describe el alcance de cada unidad funcional señalando que la Unidad Funcional 1, y la 7, son de Construcción, y las Unidades Funcionales de la 2 a la 6 son de Mejoramiento. A su vez, el Contrato de Concesión, Parte General, siguiente en prelación, define las nociones aplicables a las Especificaciones Técnicas y los diseños de la siguiente manera:

"1.52 "Especificaciones Técnicas".

Se entenderán por tales las **normas y parámetros contenidos en los Apéndices Técnicos**, los cuales establecen los resultados y **parámetros mínimos exigibles al Concesionario respecto a las Intervenciones, la Operación y el Mantenimiento**. Las normas y parámetros que se establecen en los Apéndices Técnicos corresponden a mínimos cuyo cumplimiento o incumplimiento no excusa al Concesionario de la obtención de los resultados establecidos en dichos Apéndices Técnicos y en el presente Contrato, particularmente en cuanto a los Indicadores.

1.58 "Estudios de Trazado y Diseño Geométrico".

Son **los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía** en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical, sección transversal y demás

aspectos técnicos relacionados, **de acuerdo con lo previsto en el Apéndice Técnico 3.**

1.96. "Mejoramiento":

Tendrá el sentido que le otorga el Apéndice Técnico 1". (Énfasis y subraya por fuera del texto).

De este grupo de definiciones que reseña el Tribunal respetando el orden contractual señalado para los documentos, hace notar que las mismas implican, desde ya, referencias específicas al contenido directo de otros documentos del pacto contractual, lo que exige mayor detalle para la calificación de la susodicha prelación. En efecto, desde la definición que se hace en la Parte General —segunda en prelación— ya se deriva que la noción de 'Especificaciones Técnicas' incluye la especificación que de ella se haga en los Apéndices Técnicos, o, en otras palabras, estos apéndices se entienden contenidos en la noción definida en la Parte General del Contrato. Lo mismo ocurre con el alcance de Mejoramiento, que se entiende dentro del concepto definido por la Parte General del Contrato de Concesión, lo que de su definición especifique el Apéndice Técnico 1. Es por esto que la interpretación de estos documentos contractuales debe hacerse de manera armónica.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el Apéndice Técnico 1 —cuarto en prelación— se establece lo siguiente en el Capítulo IV, Sección 4.2 (a):

"Obligaciones durante la Etapa Preoperativa": "Las intervenciones en las cuales, el Concesionario deberá mejorar las condiciones de una vía existente **con el objetivo de llevarla a unas características técnicas determinadas y de mayor estándar que los que presenta la vía**, de tal manera que mejoren la capacidad o el nivel de servicio, bien sea, mediante la ejecución de actividades que mínimo logren: aumentar la velocidad de diseño, rectificar o mejorar alineamientos horizontales y verticales, puntuales o continuos, ampliar las secciones geométricas de las vías, ampliación de las calzadas existentes o **nuevos carriles**, minimizar los impactos de sitios críticos o vulnerables, pavimentar incluyendo la estructura del pavimento, **construir entre otros**" (énfasis por fuera del texto).

A su vez, y dentro del mismo Apéndice Técnico 1, se señala el alcance que debe tener el proyecto en las tablas 6, 11, 16, 21, 26, 30, 35 —algunas de ellas intervenidas por el Otrosí No. 3— señalando al final de cada una de ellas que "**El Concesionario deberá cumplir con todas las especificaciones y/o normas técnicas de acuerdo con la Ley**

Aplicable vigente al momento de la presentación de la oferta” (negrilla fuera de texto).

Igualmente, y bajo la misma lógica, el literal (e) de la sección 4.2 (ya citada) del Apéndice Técnico 1 establece:

“En todo caso, el Concesionario deberá ejecutar todas las actividades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con las Especificaciones Técnicas, aun cuando estas no se encuentren comprendidas dentro de los conceptos [los de las intervenciones a realizar] descritos anteriormente” (aclaración entre corchetes, fuera de texto).

De los apartes citados en el documento que le sigue a la prelación definida por el Contrato de Concesión No. 10 de 2015 en la cláusula citada 19.14 (y teniendo en cuenta que no se evidencia que la Oferta haya incidido en las especificaciones técnicas a ser consideradas), queda claro que dentro de la definición del alcance de las Especificaciones Técnicas — a voces de la definición de la Parte General del Contrato 1.52—el Apéndice Técnico 1, insistentemente, se refiere a la aplicabilidad de las *especificaciones* que allí se establecen, y su complementariedad con la Ley aplicable, concepto que engloba el MDG. Es por esto que el contenido del mismo Apéndice 1 debe entenderse en tanto que *especificación* de las *especificaciones*⁶⁴ establecidas en el MDG, que complementan sus disposiciones sin necesidad de pacto expreso en cada uno de los parámetros para sustentar su obligatoriedad ya dada de manera genérica. Esto se desprende, igualmente, del señalamiento, como referente general, al MDG que contiene el Apéndice 3 del mismo contrato.

El Apéndice Técnico 3, a su vez, y en referencia a las especificaciones técnicas a las que el Concesionario se encuentra obligado a cumplir (las aludidas en el Apéndice Técnico 1 en la frase final de cada una de las tablas y en literal (e) de la sección 4.2 del mismo), establece en el literal (a) del capítulo I “Introducción” del Apéndice Técnico 3 que: “De conformidad con lo previsto en las secciones 1.59 y 1.60 de la parte general del contrato, **el presente Apéndice contiene las**

⁶⁴ Declaración del testigo David Diazgranados, ingeniero de la vicepresidencia de estructuración de la ANI:

“DR. ESTRADA: Usted podría recordarle al Tribunal, esas especificaciones técnicas de diseño, que ese Manual de diseño que... el Invías en que apartado del Contrato o en donde se encuentra en el contrato que vincula a la ANI con el aquí convocante?

Sr. DÍAZ: Si (sic), en los documentos contractuales, hay dos ítems principales, ahí van, pero digamos, uno es el Apéndice Técnico 1, que es en donde se especifican las especificaciones, bueno se dan un poquito redundante, las especificaciones específicas del proyecto, en el Apéndice... y tiene que cumplir con eso. Y ya a nivel general, las especificaciones generales, de manuales, de normas, u otras especificaciones que debe cumplir un contrato de Concesión se indican en el Apéndice Técnico 3, especificaciones generales.”

especificaciones generales que deberá atender el Concesionario para el desarrollo y presentación de los estudios de Trazado y Diseño Geométrico, los estudios de detalle, así como **para el desarrollo de las intervenciones**. En consecuencia, el Concesionario deberá cumplir **con las especificaciones y/o normas técnicas que se indican en el presente Apéndice al momento de desarrollar dichas actividades, sin perjuicio de lo previsto en la sección 4.12 de la Parte General**” (negrilla agregada).

Este mismo documento, el Apéndice Técnico 3, establece en su Capítulo II “Carreteras”, en el numeral 2.1 del mismo que: “En el desarrollo y presentación de los Estudios de Detalle y los Estudios de trazado y diseño geométrico relacionados con las Intervenciones que impliquen la Construcción, Mejoramiento y/o Rehabilitación de carreteras, el Concesionario deberá cumplir con las especificaciones **establecidas en el Apéndice Técnico 1 y los manuales y/o normas técnicas que de acuerdo con la Ley aplicable vigente al momento de presentación de la oferta sean obligatorias para la ejecución de estas actividades, en particular, pero sin limitarse, con las identificadas en el siguiente listado:**

- (i) **Manual de Diseño Geométrico para carreteras, adoptado mediante resolución No. 000744 del 4 de marzo del 2009 del INVIAS**” (negrilla agregada).

El recuento de citas que hasta aquí hace el Tribunal es suficiente para clarificar la prelación documental de esta sección. En efecto, y retomando lo dicho sobre el Otrosí No. 3, el primer documento a consultar sería este mismo, en lo relacionado con los Centros Poblados y Pasos Urbanos, en tanto que las partes inequívocamente le dieron el carácter de “*modificación per se*” a este pacto contractual, y dentro de esta modificación establecieron la prevalencia de la especificación técnica de la Tabla 3.1 frente a cualquier otra fuente contractual.

En lo restante, en donde la controversia entre las partes se mantiene, señala el Tribunal que dadas las definiciones que de forma general se encuentran en la Parte Especial y la Parte General del Contrato, es claro que estas refieren, en la especificación de sus alcances, a los Apéndices Técnicos del Contrato. En seguimiento de la indicación referencial que hacen estas nociones, deberá referenciarse, como elemento más específico de las disposiciones técnicas, el Apéndice Técnico 1 en tanto que norma que establece los parámetros ajustados a la individualidad del proyecto.

Ahora bien, en este punto es importante recordar que dicho Apéndice Técnico 1 implica, de suyo, una complementariedad con las normas aplicables a los aspectos particulares especificados en él, que por disposición expresa remite a la 'Ley Aplicable' y, de suyo, al MDG. Esta referencia es complementada por los apartes citados por el Apéndice Técnico 3 que, para que no quede duda, señala "sin limitarse" las normas aplicables como complementación a las especificaciones del Apéndice Técnico 1, esto es, el Manual de Diseño Geométrico del Invías, fuente que deberá consultarse con carácter obligatorio y como complementaria a lo establecido en el Apéndice Técnico 1, sin necesidad, claro está, de que las partes deban pactar expresamente la imposibilidad de excluir sus parámetros.

5. Decisión sobre las pretensiones de este Capítulo

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se accederá a algunas de las pretensiones del acápite 5.3. de la demanda reformada, en los términos siguientes:

- (i) Se accede a lo solicitado en las pretensiones principales primera, segunda, tercera, cuarta, séptima y octava del numeral 5.3.1 de la demanda reformada, en el alcance señalado en la parte resolutive; y
- (ii) Se denegarán las otras pretensiones del numeral 5.3.1. y la pretensión subsidiaria a la novena principal contenida en el numeral 5.3.2. de la demanda reformada.
- (iii) El Tribunal hace notar que no hay una pretensión décima primera en el acápite 5.3.1.
- (iv) La pretensión décima quinta del numeral 5.3.1. fue desistida.

IV. LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PEAJE PUENTE AMARILLO Y LA LOCALIZACIÓN CONEXIÓN VIAL

Otro grupo de pretensiones planteado por Covioriente en el proceso arbitral objeto de este laudo se relaciona con el Peaje Puente Amarillo, que frente a la presunta reubicación de la intersección del Anillo Vial de Villavicencio en dicha vía, considera que afecta gravemente sus ingresos al tener ello un importante impacto directo negativo de carácter financiero no previsto en el Contrato de Concesión No. 010 de 2015, el cual debe ser reconocido por el tribunal, pretensiones a las que se opone la ANI y el Ministerio Público.

1. Posición de la convocante

1.1. Pretensiones

La convocante solicita frente a la ubicación de la Conexión Anillo Vial en relación con el Peaje Puente Amarillo, que el tribunal acceda a las siguientes pretensiones principales y que declare lo siguiente:

- 1) Que el Contrato de Concesión establece la ubicación de la Conexión Anillo Vial en el punto de referencia o PR 7+000;
- 2) Que la ubicación de la Conexión Anillo Vial coincide con el fin de Sector 1 e inicio del Sector 2 de la Unidad Funcional 1;
- 3) Que el Proyecto está estructurado para recibir y/o obtener los ingresos generados por el flujo vehicular que converge en la Conexión Anillo Vial;
- 4) Que la ubicación de la estación de Peaje Puente Amarillo prevista en el Contrato de Concesión está en el Sector 2 de la Unidad Funcional 1, entre la Conexión Anillo Vial y Restrepo;
- 5) Que las intervenciones relacionadas con el Peaje Puente Amarillo a cargo de Covioriente y las previstas para el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 (inicio de la construcción de doble calzada) guardan estricta relación con el tráfico vehicular que se proyecta que transitará por el Sector 2 de la Unidad Funcional 1;
- 6) Que la modificación en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo constituye un incumplimiento contractual de la ANI; o, Subsidiariamente, que ello altera las condiciones iniciales en las que Covioriente presentó la oferta y contrató;
- 7) Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta principal o su subsidiaria, a Covioriente no le corresponde asumir los efectos negativos que se deriven de la modificación por la ANI de la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo;
- 8) Que la modificación en la ubicación de la Conexión Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo afecta el Derecho de Recaudo de Covioriente y en consecuencia el producto del Recaudo Peaje;
- 9) Que la modificación de la ubicación de la Conexión Anillo Vial es una situación análoga a la de instalación de las Estaciones de Peajes en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1 prevista en la Sección 3.3. literales (g) y (h) de la Parte General del Contrato de Concesión, y
- 10) Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión novena y no por ser una situación imputable al concesionario, se ordene a

la ANI dar aplicación a la Sección 3.3 literales (g) y (h) de la Parte General del Contrato de Concesión.

1.2. Fundamentos de las Pretensiones

La parte convocante dice en su alegato que "... el contrato de concesión previó que la ubicación del Anillo Vial tenía una finalidad específica" en el sentido de "ser la delimitación entre dos sectores de la Unidad Funcional 1, para efectos de las intervenciones a ejecutar; determinar un flujo de tráfico para la viabilidad del Proyecto; y condicionar la intervención a realizar en el sector 2 de la mencionada Unidad Funcional 1"⁶⁵, con fundamento en consideraciones, argumentos y pruebas que expone en su escrito. Agrega que un cambio en la Unidad Funcional 1 implica modificar el Contrato y en el mejor de los casos afectar seriamente el Derecho de Recaudo del Concesionario. En sustento de sus pretensiones, la convocante alega las consideraciones que se resumen a continuación, así:

1ª. Los fundamentos técnicos y financieros de la ubicación de la intersección Conexión Anillo Vial frente al Proyecto en el PR 7+000, al sur del Peaje Puente Amarillo (sentido Villavicencio Yopal), dan cuenta de que dicha ubicación es un elemento del Contrato de Concesión.

2ª. El Contrato de Concesión, Parte Especial y Apéndice Técnico 1, Sección 2.1, figura 1, establece clara y expresamente que la localización de la Conexión Anillo Vial y de su intersección con el Proyecto es el PR 7 +000 al sur del Peaje Puente Amarillo (sentido Villavicencio Yopal), al final del sector 1 de la Unidad Funcional 1 y al inicio del sector 2 de dicha Unidad Funcional; además, delimita y establece el alcance del Proyecto y sus aspectos económicos particulares.

3ª. La aplicación de los criterios de interpretación establecidos en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil permite establecer la localización de la Conexión Anillo Vial, a la luz de los documentos contractuales y de las cláusulas del contrato. La real intención de las partes se dilucida con fundamento en las pruebas siguientes: (i) el Informe Ejecutivo; (ii) El Estudio de Topografía y Geometría, sector 3.1; (iii) El dictamen CONPES 3820 de 2014; (iv) Testimonios de Mauricio Castro y Oscar Hernández; (v) Resolución 1070 de 2015. Las disposiciones del Contrato de Concesión que sirven de fundamento a la interpretación de la convocante son: **(a)** Sección 4.1 del Apéndice Técnico 1; **(b)** Sección 4.2 del Apéndice Técnico 2; **(c)** Tabla 3 de la sección 2.4 (a) del Apéndice Técnico 1; (d) Tabla 6 de la Sección 2.5 (a) del Apéndice Técnico 1.

⁶⁵ Vd. Alegato de conclusión de la parte convocante, pág. 95

Los documentos enunciados indican cuál fue la real intención de la ANI con la incorporación de la regulación contractual que da cuenta de la ubicación de la Conexión Anillo Vial así como también que la entidad sabía de sus efectos económicos, a pesar de lo cual no hizo los cambios en la Estructuración y en el Contrato, incumpliendo de esa manera el deber de planeación que le incumbía. De todos modos, la interpretación de la cláusulas oscuras o ambiguas se hace en contra de quien las redacta, que en este caso es la ANI.

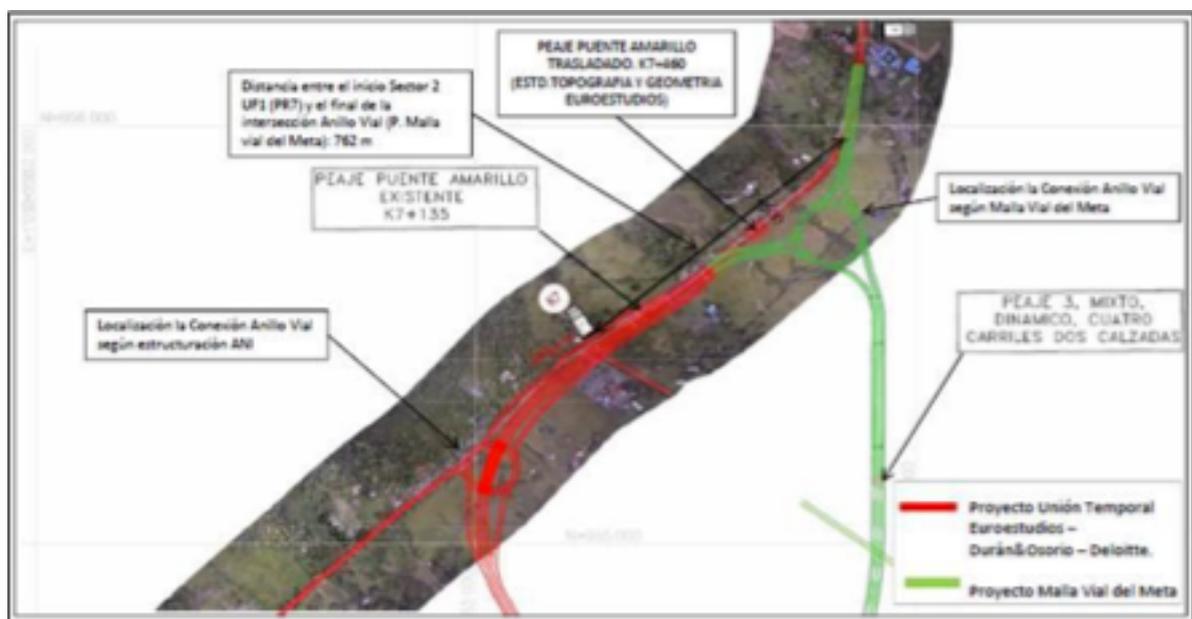
4ª. Teniendo en cuenta que la regulación precitada establece como elemento del contrato la localización de la Conexión Vial al sur del Peaje Puente Amarillo, es claro que con la modificación de dicha ubicación la ANI incumple el Contrato. Pero si ello no fuere así, la actuación de la ANI altera las condiciones bajo las cuales Covioriente celebró el Contrato de Concesión. En lugar de modificar la ubicación del peaje modificó la localización de la intersección que alimenta el peaje.

5ª. Respecto del régimen legal y contractual aplicable a las actuaciones de la ANI, la convocante afirma que la entidad desconoció: (i) sus propios actos y vulneró el principio de confianza legítima; (ii) el principio de planeación que rigió durante la Estructuración del Proyecto; (iii) el principio de relatividad de los contratos; (iv) la convocada no controvertió con éxito el dictamen financiero; (v) asumió el riesgo consistente en que sea imposible el recaudo del peaje, resultando aplicable el mecanismo de compensación por menor recaudo de que trata la Sección 3.3. (g) y (h) de la Parte General del Contrato, en la medida que el cambio de localización de la Conexión Anillo Vial genera el mismo efecto y es igual desde el punto de vista fáctico y financiero al cambio de localización de la Estación de Peaje Puente Amarillo. El cambio de ubicación de dicha infraestructura afecta el flujo de caja y altera el equilibrio económico del Contrato lo que descarta de plano que sean las Diferencias de Recaudo el mecanismo aplicable, pues éste debe ser uno que restablezca el flujo de caja del concesionario.

La convocante invocó, entre otros, los hechos siguientes:

- 1) La Sección 3.3. (a) de la Parte Especial del Contrato establece el alcance, la descripción general de la ubicación y el tipo de intervención de las UFs. Y en relación la UF1 identifica los sectores de vía comprendidos entre Villavicencio y la Conexión Anillo Vial (PR 0+000 al 7+000), de una parte, y, de otra, los comprendidos entre Conexión Anillo Vial - Cumaral y Variante de Restrepo ("Conexión Anillo Vial") (PR 7+000 al PR 25+600).

- 2) En concepto de la convocante, la Conexión Anillo Vial tiene por objeto integrar al Proyecto el tráfico vehicular proveniente de la Concesionaria Vial de los Llanos al permitir a quienes transitan con destino a Villavicencio desviarse hacia la mencionada Concesión, resultando así el Peaje Puente Amarillo un punto de paso obligado para los usuarios de la Concesión Malla Vial del Meta, con destino a Restrepo, Cumaral y poblaciones subsiguientes, así como de quienes, habiendo transitado por estas poblaciones, deseen divergir hacia dicha concesión.
- 3) Con fundamento en los elementos anteriores, Covioriente elaboró los Diseños y los entregó a la Interventoría el 5 de abril de 2016, mediante comunicación CVO-INT-0136-1173-1. Pero la ANI, mediante las comunicaciones No. 2015-306-031567-1 y No. 2016-306-007858-1, requirió a Covioriente para que modificara sus diseños en relación con la ubicación del Anillo Vial al sur del Peaje de Puente Amarillo, que pasaría de estar ubicada en el PR 7+000, a estarlo en las coordenadas 1.053.807.63 E, y 955.740.09 N. que corresponden al PR+550 de la ruta 6510.
- 4) El cambio en la ubicación lo explica en la gráfica siguiente, así:



- 5) La nueva ubicación de la Conexión desconoce el Contrato suscrito entre Covioriente y la ANI. El Contrato Malla Vial del Meta es una iniciativa privada, de la cual Covioriente no es parte, por lo que sus estipulaciones no pueden afectar los derechos, obligaciones y condiciones del Contrato de Concesión. Fue aprobada en febrero 5 de 2015 mediante la comunicación ANI 2015- 200-024001-1 y

aceptada por el originador el 6 de febrero del mismo año. Esa aprobación es posterior a la Resolución 217 de enero 23 de 2015, mediante la cual se ordenó la apertura del proceso licitatorio para ejecutar el Proyecto.

- 6) El 5 de abril de 2016, dentro del plazo, el concesionario entregó la implantación del Peaje Puente Amarillo a la Interventoría, con base en el Contrato y en su estructuración, acompañado con la proyección que todo el tráfico proveniente del Anillo Vial y del Corredor Villavicencio - Yopal debía pasar por dicho peaje. Esa versión del diseño sirvió para presentar el Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") en el marco de la solicitud de Licenciamiento ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - (la "ANLA"). Dicho EIA contó con la aprobación de la Interventoría mediante la comunicación 4G2IVIYO-215-471-16 de junio 22 de 2016 y de la ANI por medio de la comunicación 2016-603-018147-1 de junio 28 de 2016 y posteriormente con el otorgamiento de la Licencia Ambiental por la ANLA mediante Resolución 366 de abril 6 de 2017.
- 7) De otra parte, el Contrato prevé para los años 8, 13 y 18 las denominadas Diferencias de Recaudo o DR8, DR13 y DR18, respectivamente, por variación en el tráfico, con el objetivo de compensar las diferencias de recaudo en condiciones de normalidad frente a los valores ofrecidos por la ANI.
- 8) Las Diferencias de Recaudo o DRs no compensan el impacto económico que implica el cambio de ubicación de la Conexión Anillo Vial, situación ésta que se asimila a un cambio de ubicación de Peajes y no a un escenario de menor tráfico al previsto. Las DRs se asocian a causas externas, como la caída en el tráfico por cambios en las condiciones macroeconómicas de la región, pero no cuando el riesgo se origina en una decisión de la ANI que implique modificación del Contrato, según los términos de la Sección 13.2 (a) de su Parte General, caso en el cual la entidad tiene la obligación de compensar⁶⁶.
- 9) En el caso de existir un cambio de ubicación de una Estación de Peaje que afecte el Derecho al Recaudo y en consecuencia un menor Recaudo, se genera a favor del concesionario el derecho a una Compensación, la cual será calculada para cada trimestre en los términos de la Sección 3.3. (h) (iv).

⁶⁶ Vd. Demanda, página 54

1.3. Fundamentos jurídicos

La convocante considera que la decisión de la ANI sobre el cambio de la localización de la Conexión Vial es un incumplimiento del Contrato, que va en contravía del principio de planeación y de confianza legítima así como un desconocimiento de la teoría del principio de relatividad de los contratos.

Los fundamentos de sus pretensiones los refiere a los artículos 2, 3, 6, 58, 95, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 3, 4, 5, 14, 24, 27, 40, 45, 50 y concordantes de la Ley 80 de 1.993, artículo 4 y concordantes de la Ley 1682 de 2.013 y artículos 502, 1.508, 1.522, 1.530, 1.551, 1.602, 1.603, 1.613, y concordantes del Código Civil⁶⁷.

1.3.1. La relatividad de los contratos

De acuerdo con el principio de relatividad del contrato, los acuerdos, contratos, convenciones, convenios, están llamados a tener efectos *inter partes*, por regla general, sin que bajo hipótesis alguna puedan generar efectos *erga omnes*, por lo que las obligaciones que un convenio crea solo resultan exigibles entre las partes que lo celebraron y nada puede demandar sobre el particular concesionario, quien resulta ser solamente un tercero en relación con las obligaciones y derechos que de él emanan.
68

1.3.2. Los principios de planeación, buena fe y actos propios

La elaboración de los estudios técnicos previos que sirvieron de fundamento al proceso de selección fueron (i) un punto de referencia para los oferentes como la convocante y (ii) se realizaron en cumplimiento del deber legal de planeación en cabeza de la ANI .

En virtud del principio de planeación que rige la contratación estatal, las entidades públicas deben contar con documentos técnicos y financieros de soporte, cuyo contenido debe ser correcto y veraz. Este principio de planeación se encuentra, adicionalmente, íntimamente ligado al principio de buena fe, como bien lo ha señalado el Consejo de Estado.⁶⁹

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 87

⁶⁸ PÁJARO, Marta Helena. La relatividad del contrato y los terceros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 p. 23 y 40

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012. Rad. No. 22043, C. P. Jaime Orlando Santofimio

Sobre este punto es importante tener en cuenta que el deber de planeación está radicado en la ANI, que ha debido estudiar las consecuencias que podrían derivarse de la interferencia de dos concesiones a su cargo y realizar las modificaciones correspondientes en ambas (o en la que estimara pertinente) sin afectar a los contratistas o tomar las medidas para evitar la causación de daños o efectos económicos negativos. No obstante lo anterior, la entidad dejó plasmado en el contrato de concesión Malla Vial del Meta una ubicación diferente a la que pactó en el Contrato de Concesión suscrito con Covioriente.

La posición de la entidad va en contravía de lo dicho en el Contrato, en la medida en que éste sí contiene la ubicación de la Conexión, lo cual es de obligatorio cumplimiento para las Partes. Así pues, la obligación de Covioriente es la de ejecutar las obras descritas, de la manera y en los términos en los que se encuentran pactadas.

No obstante lo anterior, en cumplimiento de la buena fe contractual y con el propósito de procurar una solución a la controversia relacionada con la materia, Covioriente presentó diversos Diseños y, adicionalmente, solicitó a la ANI fijar una posición frente a las posibles consecuencias que se derivarían del cambio de la Conexión ya que, la concesionaria en todo momento ha sido enfática en afirmar que dicha modificación implica una modificación al Contrato.

Adicionalmente, la ANI ha manifestado que el cambio en la ubicación de la Conexión no supone modificación del Contrato, lo cual es a todas luces equivocado puesto que no sólo tendría un impacto frente a las Intervenciones que deberá realizar Covioriente, sino que, además tiene un gran impacto frente al Recaudo de Peajes en una de las Estaciones con mayor peso dentro del Proyecto. Es decir, esta situación tiene un efecto negativo desde el punto de vista técnico y financiero.

El Consejo de Estado ha establecido que la actividad contractual se rige, entre otros, por los principios de planeación, buena fe precontractual y actos propios en conexión con la confianza legítima, los cuales constituyen un deber de las entidades estatales a la hora de celebrar contratos para el cumplimiento de sus cometidos, toda vez que a través del cumplimiento de los mismos se busca garantizar la veracidad y suficiencia del contenido de los documentos precontractuales y contractuales. Las deficiencias o errores en tales documentos deben ser asumidas por la entidad contratante que tiene a su cargo el deber de cumplir con dichos principios.

Igualmente, ha resaltado la importancia del cumplimiento de la teoría de los actos propios en conexión con los principios de confianza legítima y buena fe.

Finalmente, el mismo Consejo de Estado ha señalado que el principio de planeación está estrechamente ligado a la buena fe precontractual y, en esa medida, la obligación de las entidades estatales en el marco de un proceso de selección es suministrar información correcta y veraz. Al respecto ha señalado lo siguiente:

“Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes (...) y por ello hoy en día también se habla de un “deber de cooperación” o de solidaridad contractual que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante. (...) Lo que se acaba de expresar se realza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad (...). Hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato. En efecto, tales casos son: a) Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; b) Cuando una parte le pide una determinada información a la otra; c) Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y d) Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes”⁵⁰. (Destacado fuera del texto)

Si la ANI conocía que la ubicación de la Conexión iba a ser diferente a la expresamente contenida en sus Estudios Previos y en el Contrato de Concesión ha debido, en virtud de los principios de buena fe, planeación y confianza legítima, advertir dicho cambio a los oferentes.

La situación descrita no solo representa una vulneración por la ANI de sus deberes y obligaciones precontractuales, sino que la intención de la entidad de modificar la ubicación de la Conexión y el Peaje constituye un cambio material del Contrato, cuyos efectos no deben ser asumidos por Covioriente, por cuanto su deber es ejecutar el Proyecto en los términos y

condiciones fijados en el Contrato de Concesión.

La ubicación de la Conexión Anillo Vial establecida en el Apéndice correspondiente del Contrato de Concesión no obedeció a un simple capricho de la entidad estatal de establecer un punto de referencia en un mapa del corredor del Proyecto sino que, por el contrario, esta ubicación quería significar que tal punto de convergencia determinaba el cambio de Intervención entre un Sector y otro y, en consecuencia, en la capacidad y las dimensiones del Peaje Puente Amarillo. La estructuración del Proyecto estableció que dicho peaje asumiera el flujo vehicular procedente de la precitada conexión. Ello se evidencia también en el dictamen pericial presentado como prueba.

Por lo anterior, la convocante considera que ante la modificación unilateral de la ANI de la ubicación del Anillo Vial (que afecta el tráfico que recibe el peaje), la circunstancia descrita en la Sección 3.3. (prevista para el caso en que se imponga la instalación de un peaje en ubicación distinta a la mencionada en el Contrato), debe ser aplicada ya que constituye una solución análoga para el caso en concreto, es decir, para la modificación de la ubicación de la Conexión, pues se trata de consecuencias idénticas en las cuales se afecta el Derecho al Recaudo que tiene la concesionaria en virtud del Contrato⁷⁰.

2. La posición de la Convocada

Dice la convocada que el Concesionario centra su argumento en el supuesto cambio de ubicación de la intersección vial, pues en su dicho ésta quedaba antes del Peaje de Puente Amarillo, y ahora queda después de ese peaje, lo cual supuestamente afecta negativamente el recaudo. Pero omite tener en cuenta que dicha infraestructura NO hace parte del presente contrato, sino de otro contrato de concesión a cargo de la concesionaria Malla Vial del Meta, así como el hecho fundamental de que la ubicación del peaje jamás se ha modificado.

Agrega que la mención que había en el cuarto de datos del contrato sobre dicha intersección es de mera referencia, y ella jamás suple el deber de diligencia y sagacidad que debía desplegar Covioriente para conocer e informarse al detalle de las circunstancias que inciden en su proyecto, más aún cuando el contrato de Malla Vial del Meta se adjudicó primero que el de Covioriente, luego bien podía haberse informado de las condiciones definitivas en que quedaba la intersección, que se reitera, no hace parte de este contrato.

⁷⁰ Vd. Demanda pág. 87.

La convocante también omite deliberadamente tener en cuenta que el contrato de concesión que ocupa este trámite arbitral, tiene previstos los mecanismos para compensar económicamente una eventual disminución del recaudo de peajes, por lo que el concesionario no sufre ningún tipo de afectación económica y menos cuando el riesgo de liquidez está en su cabeza.

Sin embargo, el concesionario pretende que le paguen la compensación económica prevista en la sección 3.3, literales g) y h) de la parte general del contrato para compensar la supuesta disminución del tráfico. Tal petición es improcedente porque dicho mecanismo solo opera en dos eventos, a saber: 1. Cuando no sea posible instalar las estaciones de peaje nuevas; 2. Cuando se tengan que ubicar peajes en sitios diferentes a los establecidos en el apéndice técnico 1, supuestos que en el presente caso no se cumplen y tampoco están demostrados, luego las pretensiones de la convocante son improcedentes.

Esas pretensiones no están amparadas por la ley, ni por el contrato y tampoco tienen soporte probatorio, pues violan abiertamente los mandatos de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, que el contrato es ley para las partes, que no es lícito ir en contravía de los actos propios, y que se fundamentan en interpretaciones sesgadas y acomodadas a sus intereses económicos.

2.1. El peaje Puente Amarillo

Esta estación de peaje que sí hace parte del contrato de concesión NO ha sufrido modificación alguna en su ubicación, circunstancia más que suficiente para denegar las pretensiones de la demanda en este punto.

En efecto:

- Frente a las solicitudes de aclaración del Gerente de proyectos de carretera sobre la ubicación del peaje Puente Amarillo (oficio 2015-306-012816-3 de noviembre 6 de 2015, prueba 60) y de la localización de la glorieta (comunicado 2015-306-014354-3, Prueba 61), el Vicepresidente de Estructuración de la ANI responde, mediante documento 2015-200-015316-3 de diciembre 9 de 2015, informándole que durante la estructuración del proyecto de Concesión Villavicencio – Yopal no se contempló la reubicación del peaje de Puente Amarillo, por el contrario, éste se mantiene en su ubicación actual (PR 7+135 de la ruta 6510), tal como está indicado en la parte especial del contrato de concesión, en el apéndice técnico 1 del mismo contrato y en la resolución 1070 del 25 de abril de 2015. Adicionalmente, le informa que los

efectos del tráfico debido a la coexistencia del proyecto Villavicencio – Yopal con el proyecto de Iniciativa Privada APP Llanos, se tuvieron en cuenta en los documentos de estructuración que posteriormente se convirtieron en el contrato de concesión. Dicha comunicación resalta que la documentación contenida en los “cuartos de información de referencia” es de carácter meramente indicativo y por ello no genera obligación alguna para la entidad⁷¹.

- Con base en lo anterior, la ANI le informó al concesionario la ubicación de la glorieta de Puente Amarillo, mediante oficio 2015-306-031567-1 de diciembre 31 de 2015. (PRUEBA 63. Oficio 2015-306-031567-1 del 31 de diciembre de 2015).
- Ante los reclamos económicos del concesionario por el supuesto cambio del peaje en cuestión, la ANI le respondió el 31 de marzo de 2016, mediante comunicación 2016-306-007858-1, poniéndole de presente, además, que por ser éste un contrato de cuarta generación, los riesgos de financiación, estudios y diseños, gestión social, ambiental y predial, así como la construcción, el mejoramiento, la operación y el mantenimiento del corredor vial es por cuenta del concesionario, de forma que sus obligaciones contractuales son de resultado. Además, le informa que estas concesiones inician con diseños fase II para que el contratista tenga la posibilidad de optimizarlos. También se dice que le correspondía al concesionario verificar y conocer el proceso de selección, efectuar sus propios análisis y estudios con la debida diligencia para determinar su propia capacidad de participación y ejecución del contrato de concesión.
- El numeral 1.6 del documento de invitación a precalificar y el numeral 1.9.1 del Pliego de Condiciones indican que la disponibilidad de los estudios en el “cuarto de información de referencia”, era para facilitar el acceso a la información que podría ser útil a los interesados pero que estaban disponibles a título meramente *informativo* y por esta razón, no servirían de base para *reclamación alguna* durante la ejecución del Contrato, ni para ningún reconocimiento económico adicional entre las partes, no previstos en el Contrato, de manera que el cálculo de los ingresos, costos y gastos, y cualquier otra información financiera, debían basarse estrictamente en los estudios técnicos y en las estimaciones realizados por cada uno de los precalificados.

⁷¹ Ver alegato de conclusión de la convocada, página 39.

(PRUEBA 65. Documento 2016-306-007858-1 del 31 de marzo de 2016).

Igualmente, la convocada le resalta al concesionario que el cierre de la licitación pública del Proyecto Villavicencio – Yopal se efectuó el 24 de abril de 2015, fecha posterior a la adjudicación del proceso de Iniciativa Privada de Malla Vial del Meta (9 de abril de 2015), lo cual indica que al momento de adjudicar el proyecto Villavicencio – Yopal, ya se conocían las condiciones de adjudicación del proyecto Malla Vial del Meta. Además, le aclara a Covioriente que la intersección del corredor Villavicencio – Yopal con el proyecto Malla Vial del Meta es estrictamente parte de la unidad funcional 5 a cargo del concesionario del proyecto Malla Vial del Meta en virtud del Contrato de Concesión 004 de 2015, prevista en su apéndice técnico 1, por lo que esa materia no constituye un elemento integrante del Contrato de Concesión 010 de 2015, ni corresponde a ninguna condición que se haya acordado con Covioriente.

No obstante, es claro que en el hipotético caso de reducción del tráfico que transita por el peaje de Puente Amarillo, el contrato prevé los mecanismos para garantizar que el concesionario obtenga efectivamente el VIP, en los términos de las secciones 3.4 y 18.3 (d) de la parte general del contrato de concesión, luego no se produce afectación alguna⁷².

2.2. Conexión Anillo Vial

El Concesionario cita, en su comunicación con radicado de entrada ANI 2016-409-056910-2 de julio 6 de 2016, lo previsto en la sección 3.3 (a), sección 4.2 de la parte especial y sección 2.1 y 2.3 y tabla 4 del apéndice técnico 1 del contrato de concesión para establecer la ubicación de la “Conexión Anillo Vial” y del peaje Puente Amarillo, por lo que según él, cualquier cambio en la ubicación de la Conexión supone una modificación material del contrato de concesión. Además, el concesionario manifiesta que debe implementarse un mecanismo de reconocimiento inmediato del menor recaudo de peaje equivalente al fijado en la sección 3.3 (h) de la parte general del contrato de concesión. (PRUEBA 66. Comunicación con radicado de entrada ANI 2016-409-056910-2 de julio 6 de 2016).

El 11 de agosto de 2016 mediante comunicado de salida 2016-306-024509-1, la ANI responde a Covioriente⁷³ lo siguiente:

⁷² Vd. alegato de la convocada, página 41.

⁷³ *Ídem*.

1. Las designaciones de los subsectores en que se divide la UF1 detallados en la Sección III, 3.3. de la Parte Especial, corresponden a los nombres con los que éstos se identificaron para distinguirlos entre sí, y los puntos de referencia en donde inician y terminan físicamente las divisiones de la citada UF, están descritos en la Tabla 4 del Apéndice Técnico 1.

En este sentido, la denominación “*Conexión Anillo Vial*” que en la Parte Especial del Contrato de Concesión se hace respecto del segundo subsector de la Unidad Funcional 1, no implica la ubicación en ese punto de la intersección que conecta con el proyecto Malla Vial del Meta, esta expresión corresponde a la identificación de dicho subsector en el que la intervención es construcción de segunda calzada, mejoramiento de trazado y sección transversal, para distinguirlo del subsector en donde la intervención a cargo del Concesionario es la Rehabilitación.

(...)

La mención que en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión No. 010 de 2015, se hace de la Conexión Anillo Vial es a manera de referencia para denominar un subsector de la UF1 donde termina la intervención de rehabilitación y comienza la intervención de doble calzada y se define el PR 7+000 de la ruta 6510 como el punto de cambio de intervención, sin que exista ninguna intervención u obligación contractual referente a la existencia de la Intersección del Anillo Vial.

Además, la entidad reitera lo manifestado en las comunicaciones 2015-306-031567-1 y 2016-306-007858-1. (PRUEBA 67. Comunicado de salida 2016-306-024509-1 11 del agosto de 2016; comunicaciones 2015-306-031567-1 y 2016-306-007858-1).

Como puede apreciarse, el Concesionario pretende hacer creer, en contravía de la realidad contractual, que la glorieta de puente amarillo hace parte de la Unidad Funcional 5 a cargo del concesionario del proyecto Malla Vial del Meta en virtud del contrato de concesión 004 de 2015; que la ubicación de dicha glorieta se establece en el apéndice técnico 1 del contrato que nos ocupa, cuando ello no es así, y no solo porque se reitera hasta la saciedad que esa obra no es de este contrato, sino porque la mención a la Conexión del Anillo Vial se hace solamente para indicar o identificar o nombrar ese subsector de la unidad funcional 1, pues fácil es entender que la ubicación exacta de dicha glorieta, se encuentra en el apéndice técnico 1 pero del Contrato de Concesión Malla Vial del Meta, luego es ilógico e inaceptable pensar que el Contrato de Concesión 010 de 2015, establece la ubicación de una estructura que no hace parte del contrato.

Ante las solicitudes de modificación contractual hechas por el concesionario, la ANI le responde el 2 de agosto de 2017 mediante el documento con radicado de salida ANI No 207-500-024518-1, no solo

ratificando lo manifestado en el comunicado 2016-306-024509-1 y 2016-306-007858-1, sino que le pone de presente que no es procedente bajo ningún punto de vista una modificación contractual, toda vez que el contrato de concesión establece con claridad la ubicación del peaje Puente Amarillo. También invoca lo estipulado en el capítulo II Aspecto Generales del Contrato numeral 2.6 Declaraciones y Garantías de las partes, literal V) y XI).

Igualmente, cita lo expresado en la carta de presentación de la oferta entregada dentro del proceso VJ-VE-IP-LP-015-2013⁷⁴:

“(...) c) Que hemos estudiado, conocemos, entendemos y aceptamos el contenido del Pliego de Condiciones, sus Anexos y demás documentos que lo conforman, incluyendo todas sus Adendas: Adenda No. 1 de Marzo 9 de 2015, Adenda No. 2 de Abril 8 de 2015, Adenda No.3 de Abril 10 de 2015, Adenda No.4 de Abril 15 de 2015, Adenda No. 5 de Abril 17 de 2015 y Adenda No. 6 de Abril 20 de 2015, así como las demás condiciones e informaciones necesarias para la presentación de esta Oferta y aceptamos totalmente todos los requerimientos, obligaciones y términos establecidos en los mismos.

d) Que nuestra Oferta cumple con todos y cada uno de los requerimientos y condiciones establecidos en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013, y no incluye excepción, salvedad o condicionamiento alguno.

e) Que hemos visitado los sitios donde se ejecutarán el Proyecto y hemos tomado atenta nota de sus características. (...)”

(PRUEBA 69. Documento con radicado de salida ANI No 207-500-024518-1 2 del 2 de agosto de 2017).

El 3 de agosto de 2017 por medio del comunicado 4G2IVIYO215-1453-17 con radicado ANI 2017-409-082483-2 la Interventoría emitió la verificación de cumplimiento con lo establecido en el contrato de concesión, en sus apéndices técnicos y las especificaciones técnicas del Manual de Diseño Geométrico del Invías de la **UF 1** con el peaje Puente Amarillo ubicado sobre el PR 7+135 de la ruta 6510, diseño presentado previamente por el concesionario.

(PRUEBA 70. Comunicado 4G2IVIYO215-1453-17 con radicado ANI 2017-409-082483-2 del 3 de agosto de 2017).

Así las cosas, la convocada presenta las siguientes conclusiones⁷⁵:

⁷⁴ Vd. Alegato de conclusión de la convocada, pág. 43.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 43 y 44

- La Intersección del proyecto Villavicencio – Yopal con Malla Vial del Meta, se encuentra en la UF 5 del contrato de concesión de Malla Vial del Meta. Es decir, no hace parte del objeto ni del alcance de este contrato.
- Durante la etapa precontractual, el cierre de la licitación Pública del Proyecto Villavicencio – Yopal se efectuó el 24 de abril de 2015, fecha posterior a la adjudicación del proceso de Iniciativa Privada de Malla Vial del Meta (9 de abril de 2015), lo que precisa que al momento de adjudicar el proyecto Villavicencio – Yopal, ya se conocían las condiciones de la adjudicación del proyecto Malla Vial del Meta.
- Los numerales 1.6 del documento de invitación a precalificar y el 1.9.1 del Pliego de Condiciones indicaron que la disponibilidad de los estudios en el Cuarto de Información de Referencia, era para facilitar el acceso a la información que podría ser útil a los interesados pero que estaban disponibles a título meramente *informativo* y por esta razón, no servirían de base para *reclamación alguna* durante la ejecución del contrato, ni para ningún reconocimiento económico adicional entre las partes, no previsto contractualmente, de manera que el cálculo de los ingresos, costos y gastos, y cualquier otra información financiera, debían basarse estrictamente en los estudios técnicos y en las estimaciones realizados por cada uno de los precalificados.
- Está probado a través de las comunicaciones ya citadas, que el Peaje Puente Amarillo jamás ha cambiado de ubicación, pues en todos los documentos del Contrato de Concesión 010 de 2015 está ubicado en el PR 7+135 de la ruta 6510, y la ANI nunca ha manifestado lo contrario y el concesionario no ha desvirtuado este hecho, razón más que suficiente para denegar la pretensión de la convocante.
- La denominación “Conexión Anillo Vial” no implica la ubicación de la intersección que comunica al proyecto Malla Vial del Meta con el proyecto Villavicencio–Yopal. Esta expresión corresponde a la identificación de dicho subsector en donde la intervención es construcción de segunda calzada, mejoramiento de trazado y sección transversal, para distinguirlo del subsector en el cual la intervención es rehabilitación.
- Es más, el concesionario ratifica que el Peaje de Puente Amarillo jamás se ha movido, con el hecho de presentar a la Interventoría sus diseños geométricos de la UF 1 con el peaje Puente Amarillo

ubicado sobre el PR 7+135 de la ruta 6510, diseño que fue avalado por la Interventoría el 3 de agosto de 2017 mediante comunicado 2017-409-082483-2.

2.3. La Compensación

El área financiera de la Interventoría, en cuanto al argumento de la Concesión de que "le perjudica la nueva ubicación, porque deja de recaudar dinero en el Peaje de Puente Amarillo", conceptúa que el concesionario no se verá afectado económicamente porque se debe tener en cuenta lo establecido en el Contrato de Concesión: Parte General, Capítulo I, sobre definiciones, numerales 1.167VPIP, 1.168VPIP168, 1.169VPIP13, 1.170VPIP18, 147 sobre Diferencia de Recaudo; Parte Especial, Capítulo II, sobre los valores de retribución al Concesionario por concepto de recaudo de peajes, definidos como VPIP8, VPIP13, VPIP18, así como también el VPIP. En ese orden, el Contrato, Parte General, Capítulo III, Aspectos Económicos, numeral 3.4, Obtención del VPIP, definió los criterios y el procedimiento para compensar la Diferencia de Recaudo, así:

"b) Si al vencimiento del año ocho (8) contado desde la fecha de inicio, el valor del VPIP_m (valor presente al mes de referencia del VPIP acumulado hasta ese momento), es inferior al VPIP8, la ANI pagará al Concesionario la DR8, ponderada por el Índice de Cumplimiento observado hasta dicho año ocho (8).

c) El mismo procedimiento señalado en el literal b) aplicará para el cálculo y pago, de ser el caso, de la DR13 y DR18.

d) Si a la fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento el Concesionario no ha obtenido el VPIP, la ANI reconocerá y pagará al Concesionario el saldo no devengado del VPIP, y para ello definió una fórmula en la sección 18.3 (d) de la parte general⁷⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera que financieramente el concesionario no será afectado, ya que en caso de que haya una eventual disminución de recaudo de peajes por la ubicación de la glorieta, el Contrato prevé que la ANI le reconocerá y pagará la diferencia de recaudo generada, para cumplir con los montos establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión.

No obstante, de acuerdo con la asignación de riesgos hecha en el Contrato, el concesionario deberá tener presente que los efectos desfavorables del tráfico, con respecto a la liquidez en el recaudo es del

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 45.

privado, Capítulo 13, numeral 13.2, subnumeral (xix), así como el riesgo relacionado con rentabilidad y utilidades subnumeral (xiii). (PRUEBA 71. Comunicado 2017-409-082483-2 del 3 de agosto de 2017; Concepto financiero de la Interventoría).

La glorieta Conexión Vial de Puente Amarillo tampoco ha sufrido modificación alguna en su ubicación en el contrato al que pertenece, esto es, al de Malla Vial del Meta, luego mal podría decirse que hubo un cambio de ubicación por una referencia en el cuarto de datos que es de mera referencia y en un contrato al que no pertenece. Así lo reconoce en el interrogatorio el representante legal de Covioriente⁷⁷.

Si se lee con detenimiento lo establecido en la sección 3.3., literales g) y h) de la Parte General del Contrato, se advierte que la compensación económica que reclama la convocante es improcedente, porque no se cumplen los supuestos pactados contractualmente, puesto que dicha compensación opera sólo para dos eventos a saber 1. Cuando no sea posible la instalación de estaciones de peaje nuevas, y 2. Cuando las estaciones de peajes se establezcan en ubicaciones distintas a las establecidas en el apéndice técnico 1.

i) El dictamen financiero de Pablo Roda

La parte convocada critica el dictamen financiero elaborado por el perito Pablo Roda, porque en su concepto incurre en yerros sustanciales e insalvables que le restan mérito probatorio, como considerar que la Conexión Vial de Puente Amarillo hace parte de Contrato de Concesión 010 de 2015 y que en el marco de dicho contrato se cambió la ubicación de la glorieta. Así mismo, el perito ubica la Conexión Vial con base en los documentos de la estructuración, pero olvida que la información del cuarto de datos es de mera referencia y no tiene en cuenta que dicha obra hace parte del contrato de Concesión Malla Vial del Meta, que es diferente⁷⁸.

Además, el perito no tiene en cuenta que el plano general en que se basa el concesionario para probar el supuesto cambio de la Conexión Vial de Puente Amarillo, no tiene como finalidad definir la ubicación de las infraestructuras sino que se trata de un plano general que describe el corredor vial, y tampoco tiene en cuenta que la conexión vial o la glorieta jamás ha cambiado de ubicación en el contrato al que pertenece.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 46.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 86.

Por otro lado, en las respuestas a las preguntas 10 y 11, el perito equipara lo ocurrido en cuanto a la ubicación de la glorieta, a la situación de reubicar una caseta de peaje a efectos de obtener la compensación económica del numeral 3.3., literales g) y h) de la parte general de contrato, pero en estricto derecho y desde el punto de vista técnico, ninguno de los dos supuestos que dan origen a la contraprestación por menor recaudo se encuentran demostrados en este caso porque el Peaje de Puente Amarillo jamás se ha modificado en su ubicación, y además porque la glorieta de puente amarillo no hace parte de este contrato.

El perito concluye que la liquidez del concesionario se ve afectada por los supuestos menores ingresos de peaje, pero olvida tener en cuenta que los DR compensan dicha disminución y que la liquidez es un riesgo que está en cabeza del concesionario, pero lo más importante es que el perito pasa por alto tener en cuenta que, como quedó probado en el dictamen del perito Carlos Espinosa, el desplazamiento de la inversión representado en la ejecución de las obras en un periodo posterior al pactado contractualmente conlleva a un beneficio económico en favor del concesionario, luego por ningún lado se evidencia afectación alguna para el concesionario.

Por las razones anteriores, concluye la convocada, no se debe otorgar valor probatorio alguno al dictamen en comento.

ii) El dictamen financiero de Carlos José Espinosa

El dictamen financiero rendido por el perito Carlos José Espinosa⁷⁹ destaca que el riesgo comercial por menores ingresos es asignado a la ANI, el riesgo financiero por cambios en las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado o condiciones del proyecto está asignado a Covioriente y el riesgo de liquidez generado por menores ingresos en el recaudo de peajes es asignado al privado. Agrega que el contrato de concesión no establece mecanismos de compensación para riesgos que son asignados al privado. Al no presentarse cambios contractuales, el mecanismo de compensación para un menor recaudo es el definido en el contrato.

En el orden financiero, por el no inicio de la etapa de construcción en los términos previstos en el contrato, el perito cuantifica la afectación para la ANI por el no incremento de las tarifas de las estaciones de peaje y el mayor valor a reconocer en el VPIP8, teniendo en cuenta el desplazamiento de inversión (Capex), cuantifica un efecto desfavorable

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 87.

para la ANI y un efecto económico favorable para el concesionario en más de 110 mil millones de flujo libre.

El perito indica que la liquidez del concesionario puede verse afectada por el no inicio de la etapa de construcción, pero esa afectación se compensa con los DR's establecidos en el contrato. Mientras que la afectación a la ANI, no se recupera a lo largo del Contrato.

Las consideraciones anteriores son suficientes para desvirtuar el dictamen financiero aportado por el Concesionario.

iii) El Informe de la ANI

El informe escrito rendido por la ANI⁸⁰ dice en lo atinente a la ubicación del peaje de puente amarillo y de la conexión vial lo siguiente:

1. El contrato de Malla Vial del Meta al que pertenecen las obras de la glorieta o anillo vial de puente amarillo se adjudicó primero en el tiempo que el de Covioriente, lo cual ratifica la negligencia de éste en la gestión del contrato.
2. También está probado que conforme al pliego de condiciones la información del cuarto de datos es de mera referencia y no sirve de fundamento para reclamaciones económicas durante la ejecución.
3. Está acreditado que el Peaje de Puente Amarillo no ha sufrido variación en su lugar de ejecución y que la ubicación exacta de la glorieta o anillo vial de puente amarillo está definida en el contrato de concesión Malla Vial del Meta y no en el de Covioriente.
4. Finalmente, quedó demostrado que la compensación económica establecida en la sección 3.3., literales g) y h) de la parte general del contrato no es aplicable a la controversia sobre la glorieta de puente amarillo, porque no se cumplen los supuestos para que opere.

Concluye la convocada: como quedó demostrado que el peaje de Puente Amarillo jamás sufrió modificación alguna en su lugar de ubicación, resulta más que improcedente la aplicación de lo dispuesto en la sección 3.3, literal g) y h) de la parte general del contrato, y menos aún cuando la glorieta o Conexión Vial de Puente Amarillo no hace parte del objeto del presente contrato, y menos aún porque la ANI paga las diferencias de recaudo a través de los DRs para mitigar una eventual disminución de recaudo.

3. Posición del Ministerio Público

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 89.

La señora agente del Ministerio Público conceptúa que no deben prosperar las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento compensatorio de la disminución del recaudo por concepto de peajes originado en la reubicación de la Conexión Anillo Vial frente al peaje de Puente Amarillo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación.

Respecto de peajes, el numeral 3.3 de la parte general del contrato prevé que se cede al concesionario el Derecho de Recaudo sobre la operación de las estaciones de peaje en la fecha de Entrega de la Infraestructura, salvo las excepciones establecidas en la parte especial.

Si por cualquier razón no imputable al concesionario, no sea posible la instalación de estaciones de peaje nuevas o se imponga la instalación de estaciones de peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el apéndice técnico I, se deberá hacer uso de las reglas previstas en el numeral 3.3. literal (h) de la parte general.

3.1. El recaudo de peajes y la asunción de riesgos

Es importante resaltar el procedimiento previsto en el contrato para establecer el flujo vehicular en las estaciones de peaje y en consecuencia el recaudo por el mismo concepto, para efectos de establecer la diferencia entre el flujo previsto y el flujo real. El literal (v) de la sección 3.3 (g) de la parte general del contrato señala que para determinar el recaudo del peaje que se hubiese producido de haberse instalado la estación nueva de peaje en los términos del apéndice técnico I, con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la sección 3.3 (h) (iii), el concesionario deberá instalar en la ubicación original de la estación de peaje afectada, a su entero costo y riesgo, un equipo de conteo de tráfico de las características descritas en el apéndice técnico 2, para cuyo efecto el interventor verificará y certificará que el equipo de conteo de tráfico sea adecuado para los fines previstos y que los conteos hechos correspondan a la realidad del tráfico de vehículos.

Del cálculo realizado se dejará constancia en Acta suscrita dentro de los 5 días siguientes a la terminación del trimestre, con base en esa información la ANI debe proceder a consignar la diferencia en la subcuenta Recaudo Peaje con los recursos disponibles en el Fondo de Contingencias. (Ver Sección 3.3 h) (vi) Parte General). Adicionalmente, el contrato señala que en caso de existir diferencias entre las partes, éstas deben acudir al Amigable Composedor para que resuelva la controversia.

De otro lado, debe tenerse presente que el cálculo del VPIP acumulado sin compensaciones se puede establecer en cualquier momento de ejecución del contrato conforme a la fórmula señalada en el literal f) de la sección 3.4 de la parte general del contrato, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 4.3 y 4.6 de la parte especial del mismo.

Además, el capítulo XIII de la parte general del contrato prevé en esta materia la ecuación contractual y la asignación de riesgos en cabeza del concesionario; es más, señala expresamente que "corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario" (ver sección 13.2 parte general del contrato).

Lo anterior, no impide que ante la ocurrencia de riesgos que no hayan sido previstos en el contrato se pueda proceder al restablecimiento de su equilibrio económico si el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible y no imputable al concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda el mencionado restablecimiento, conforme a la ley⁸¹.

Recuerda la agente del Ministerio Público que el concesionario asume el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y los riesgos que le han sido asignados mediante el contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de sus obligaciones, en virtud de que declaró con la presentación de su propuesta durante el proceso de selección que había entendido y conocido el alcance de las obligaciones derivadas del contrato objeto de estudio y había efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados, conforme lo señala los numerales 13.1 y 13.2 de la parte general del contrato.

De otro lado, el numeral 13.3 de la parte general del contrato señala los riesgos que deben ser asumidos por la ANI, dentro de los que se destacan la asunción parcial de los efectos desfavorables derivados de la ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad por mayor permanencia en obra, los de la sección 14.2, los que hacen imposible la instalación de estaciones de peaje o el cambio de ubicación indicadas en el apéndice Técnico 1, la insuficiencia del valor estimado de predios y compensaciones socioeconómicas, la fuerza mayor predial o el valor estimado de las compensaciones ambientales.

Ahora bien, la parte convocante afirma que la conexión Anillo Vial se ubica antes de la estación del peaje Puente Amarillo sentido Villavicencio Yopal,

⁸¹ Vd. Concepto del Ministerio Público, pág. 50.

en el PR7+000 y con posterioridad a ésta se encuentra el peaje en el PR7+135, debido a que hace parte del subsector 2 de la UF1, tal como obra en los estudios elaborados por el estructurador del proyecto.

El mencionado Anillo Vial, afirma el concesionario, es importante para el proyecto debido a que recoge el tráfico vehicular proveniente de la Concesión Malla Vial del Meta con destino a Restrepo, Cumaral y poblaciones subsiguientes y viceversa. No obstante, por medio de las comunicaciones No. 2015-306-031567-1 y No. 2016-306-007858-1, la ANI solicitó al concesionario modificar los diseños debido a que se cambió la ubicación de la Conexión para las coordenadas 1.053.807.63 E y 955.740.09N, lo cual desconoce lo acordado en el Contrato de Concesión y modifica las condiciones sobre las cuales se desarrolló el proceso de selección y se presentó la oferta, constituyendo un incumplimiento contractual y el desconocimiento de los principios de confianza legítima, planeación y relatividad del contrato.

Afirma la parte convocante que debía haberse informado a los oferentes sobre la existencia de la otra concesión, la cual afectaba la Concesión Villavicencio–Yopal, razón por la cual se debe dar aplicación a la circunstancia descrita en el numeral 3.3, por cuanto constituye una solución análoga para el caso en concreto.

3.2. El peaje Puente Amarillo y el Anillo Vial

Para conceptuar sobre esta pretensión, la agente del Ministerio Público parte del hecho de que el peaje de Puente Amarillo no ha sufrido modificación en su ubicación y que el anillo vial, que fue objeto de reubicación, no hace parte de la Concesión Vial del Oriente sino de la denominada Malla Vial del Meta. Igualmente, que en la respuesta dada por el Vicepresidente Ejecutivo de la ANI el 2 de mayo de 2018, visible a folio 590 del Cuaderno Principal No. 2, se evidencia que los dos proyectos antes mencionados fueron estructurados simultáneamente dentro del programa de cuarta generación de las concesiones y además en esta respuesta se reitera el contenido de la comunicación No. 201870100049491 del 19 de febrero de 2018 en la que se da a conocer que las obras de la “conexión anillo vial” o “Intersección Puente Amarillo” hacen parte del alcance del contrato de concesión No. 004 de 2015 (Iniciativa Privada Malla Vial del Meta) y la ubicación se establece en el Apéndice Técnico No. 1 en las coordenadas 1.053.807.63 E, 955.740.09 N que corresponden al PR+550 de la ruta 6510 y hace parte de la Unidad funcional 5 de ese contrato. (Ver documentos allegados con el informe rendido por el presidente de la ANI⁸², folio 126 Cuad. Pbas. 3)

⁸² *Ibidem*, pág. 51.

Obra copia de los correos electrónicos (Flio. 10 y ss Cuad. Ppal. 3) de David Díaz Granados a Santiago Gómez en los que se discute lo relacionado con la tarifa del peaje Puente Amarillo y las implicaciones que tiene el subir o no el valor de dicho peaje respecto del anillo vial. Igualmente, se analiza lo relacionado con la intersección del anillo vial sentido Cumaral-Villavicencio, la cual se ubica antes del peaje de Puente Amarillo bajo el supuesto que el "tráfico de carga obligatoriamente será restringido al anillo vial y solo los vehículos livianos" pagarían en el peaje de Puente Amarillo.

Igualmente, el correo remitido por Fernando García a David Díaz (Flio. 13 C. Pruebas 3) evidencia que "Para poder tener un resultado como el de antes habría que incrementar las tarifas de Veracruz y de Puente Amarillo un 25% y retocar el peaje del Anillo Vial de Villavicencio, para que quede igual al de Puente Amarillo, antes era igual al de la Vanguardia). Con ello aumentan los ingresos en el Anillo Villavicencio y la concesión del P3 queda más o menos como hasta ahora."

A folio 13 se allega el correo electrónico de David Díaz Granados a Fernando García de fecha 8 de agosto de 2013, en donde se analiza la eliminación del peaje Pontazgo de Vanguardia y se estudia la relocalización del anillo vial del proyecto 4) antes del peaje de Puente Amarillo en el sentido Yopal - Villavicencio, a fin de que solo paguen un peaje "según el recorrido el del Anillo Vial los que quieran atravesar la ciudad o el de Puente Amarillo los que quieran ingresar a la ciudad".

Ahora bien, se observa que la discusión sobre la ubicación del Anillo Vial se llevó a cabo en el primer semestre del año 2013, la invitación pública a Precalificar se publicó el 3 de septiembre de 2013, luego de expedido el acto administrativo respectivo se publicó el aviso de convocatoria el 29 de diciembre de 2014 y el proceso de la licitación se adjudicó el 1 de junio de 2015.

De otra parte, en el proceso de contratación VJ-VE-APPP-IPV - 001 de 2015 se realizó la apertura de manifestaciones de Interés el 6 de febrero de 2015, la audiencia de recibo de manifestaciones se llevó a cabo el 30 de marzo de 2015 y la adjudicación se realizó el 9 de abril de 2015, es decir dos meses antes de la adjudicación del contrato 010 de 2015. (Ver Fl. 138 Cuad. Pruebas 3).

Conforme al Dictamen de Pablo Roda respecto del impacto del cambio en la localización de la intersección del Anillo Vial sobre la estructura financiera de la concesión Villavicencio - Yopal, se concluyó:

-En la estructuración del contrato la conexión del anillo vial se planteó al sur del peaje de Puerto Amarillo (sic), de tal forma que el tráfico intermunicipal que capta el anillo vial, debe pagar peaje en la caseta a cargo de COVIORIENTE, no obstante esta agente del Ministerio público en ningún documento contractual evidencia que efectivamente el peaje sería trasladado dentro de la proyección realizada por el estructurador al K7+460, por el contrario lo que está probado es el cambio de ubicación del anillo vial, por tanto no se comparte la manifestación realizada por el perito a folios 85 y 86 del Cuad. de Pruebas 3.

-La modificación del punto de conexión del Anillo Vial de Villavicencio con la conexión Villavicencio – Yopal es equivalente, en términos de tráfico, "recaudo de peajes e ingresos, a cambiar la localización de la caseta de puente amarillo".

-El cambio de las coordenadas de la conexión, responde a una decisión unilateral del concedente y por lo tanto la compensación, desde una perspectiva económica, se debería regir por el mecanismo previsto en el contrato de concesión para equilibrar los flujos del proyecto (numeral 3.3. (g) ii)

Ahora bien, en el dictamen rendido por Carlos José Espinosa López al dar respuesta a la pregunta 15 se da a conocer el recaudo del peaje de Puente Amarillo del 2015 al 2017, el cual tiene una tendencia de recaudo de evolución casi estable en pesos constantes.

Adicionalmente, obra copia de la comunicación remitida por el Vicepresidente de Estructuración de la ANI al Concesionario de fecha diciembre 24 de 2015 mediante la cual informa que no se ha contemplado la reubicación del peaje de Puente Amarillo y que por el contrario se mantiene su ubicación actual (PR7+135 de la ruta 6510), es más le manifiesta que los efectos de tráfico debido a la coexistencia del proyecto Villavicencio – Yopal con la Iniciativa Privada APP Llanos, se tuvieron en cuenta en los documentos de estructuración que posteriormente se convirtieron en el contrato de concesión. (Ver prueba No. 62 aportada con la contestación a la reforma de la demanda por la ANI).

Así las cosas, considera la agente del Ministerio Público que las pretensiones del numeral 5.4. no están llamadas a prosperar debido a que en ningún momento el proyecto Villavicencio – Yopal ha sufrido cambios respecto de la ubicación del peaje Puente Amarillo, y el Anillo Vial que fue objeto de traslado no hace parte del contrato de concesión No. 010 de 2015 y que en el caso de que se llegare a reducir el tráfico con la construcción del anillo vial, el mismo contrato 010 de 2015 establece el

procedimiento para garantizar al concesionario la obtención del VPIP, en los términos de las secciones 3.4. y 18.3 literal d) de la parte general del contrato de concesión, por ende el equilibrio contractual está garantizado⁸³. (Ver discos folios 1, 2 y 3 Cuaderno de Pruebas 3 Contestación de la ANI a la reforma de la demanda).

Además, según comunicación 2017-409-082483-2 del 23 de agosto de 2017 (Concepto financiero de la interventoría – Prueba 71 Flio. 3 Cuad. Pbas. 3), la interventoría concluye que el concesionario no se verá afectado económicamente por la ubicación del anillo vial, por cuanto en el evento en que se presente una diferencia de recaudo de peaje acumulado hasta el año 8 y el VPIP 8, al igual que en los años 13 y 18, conforme con lo señalado en la sección 3.4 de la parte general del contrato de concesión, ésta será asumida por la ANI y solo se determinará si hay lugar a compensaciones por parte de la entidad, con el seguimiento a las contingencias que adelantará conjuntamente la interventoría con la concesionario dentro de las oportunidades establecidas en el contrato.

Con base en lo anterior, considera la agente del Ministerio Público que no es procedente aplicar la compensación que pretende la parte convocante (Sección 3.3. literales g) y h)) debido a que no se cumplen los requisitos establecidos en el contrato de concesión, toda vez que, no se dan los presupuestos relacionados con la posible instalación de estaciones de peaje nuevas o se imponga la instalación de estaciones de peaje en ubicaciones distintas a las mencionadas en el apéndice técnico I, evento en el que sí se aplican las reglas del literal (h) del numeral 3.3 de la parte general⁸⁴.

En conclusión, solicita la agente del Ministerio Público que se nieguen las pretensiones de la demanda relacionadas en el numeral 5.4 de la demandad reformada, toda vez que el peaje de Puente Amarillo siempre ha permanecido en la misma ubicación y el cambio de ubicación del anillo vial no hace parte del presente contrato de concesión; así mismo, no se configuran los postulados señalados en los literales g) y h) del numeral 3.3 de la parte general del contrato y mucho menos se probó la afectación económica a que hace referencia el concesionario dentro del proceso, por cuanto el dictamen emitido por el perito Pablo Roda fue desvirtuado con el dictamen pericial rendido por Carlos Espinosa, de cuyo texto se infiere que desde la fecha en que fue adjudicada la concesión al año 2017 el recaudo del peaje ha tenido una variación estable.

Finalmente, a la fecha no existe prueba que el anillo vial se haya construido por la Concesión Vial del Llano enmarcada en el Contrato 004

⁸³ *Ibidem*, pág. 52.

⁸⁴ *Ibidem*, págs. 52 y 53.

de 2015 y mucho menos que como consecuencia de ello se haya verificado una afectación económica al concesionario, la cual en caso de llegarse a presentar se encuadra dentro de la posibilidad prevista en el contrato de diferencia en el recaudo por concepto de peajes, situación que sería asumida por la ANI, conforme lo dispone el mencionado contrato de concesión⁸⁵.

4. Consideraciones del Tribunal

El tribunal abocará el examen de los planteamientos de la convocante en su demanda así como las consideraciones de la convocada y las del Ministerio Público, en lo que se refiere al cambio de ubicación de la intersección Conexión Vial frente a la Estación de Peaje de Puente Amarillo, y su incidencia financiera en el Contrato de Concesión No. 10 de 2015, determinando a cuál de las partes del contrato corresponde asumir el riesgo de una eventual disminución del tráfico por el cambio de ubicación de la Conexión y, en consecuencia, si la entidad debe responder al concesionario mediante el uso del mecanismo de Compensación previsto para situaciones especiales, tal como lo demanda la parte actora.

4.1. La estación de peaje de Puente Amarillo

El proyecto objeto de este contrato de concesión tiene una longitud total de 266.16 Km y está dividido en 7 Unidades Funcionales, así:

UF	SECTOR	TIPO DE INTERVENCIÓN	L TRAMO	LONGITUD
UF1	Villavicencio – Conexión Anillo Vial	Rehabilitación	5.52	31.32
	Conexión Anillo Vial – Cumaral y Variante de Restrepo	Construcción segunda calzada, mejoramiento de trazado y sección	16.98	
	Paso Urbano	transversal	3.4	

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 53

	de Restrepo y Cumaral Variante de Cumaral	Rehabilitación Construcción obra nueva	5.42	
UF2	Cumaral – Paratebuena	Mejoramiento de trazado y sección transversal	40.40	40.40
UF3	Paratebuena – Villanueva	Mejoramiento de trazado y sección transversal	49.60	49.60
UF4	Villanueva – Monterrey	Mejoramiento de trazado y sección transversal	41.55	41.55
UF5	Monterrey – Tauramena	Mejoramiento de trazado y sección transversal	49.00	49.00
UF6	Tauramena – Aguazul	Mejoramiento de trazado y sección transversal	28.55	28.55
UF7	Aguazul - Yopal	Construcción de Segunda calzada, Mejoramiento de	25.74	25.74

		trazado y sección transversal		
--	--	-------------------------------------	--	--

En los Estudios de Prefactibilidad (Proyecto Corredor Villavicencio-Yopal), preparado por la ANI, FONADE y los Estructuradores, con el objeto de suministrar información preliminar, aparece con claridad la ubicación de la Conexión Anillo Vial en K 6 + 820, Unidad Funcional 1, en el sector Villavicencio hacia Cumaral⁸⁶ así:

UF	Sector	Origen (nombre – abscisa)	Destino (nombre – abscisa)	Longitud aproximada origen destino	Intervención prevista	Observación
1	Villavicencio - Conexión Anillo Vial	Villavicencio K0+000	Conexión Anillo Vial K6+820	6.8	Rehabilitación	Incluye la solución al paso urbano de Cumaral
	Conexión Anillo Vial - Cumaral	Conexión Anillo Vial K6+820	Cumaral K25+600	18.8	Construcción Doble - Calzada Mejoramiento de trazado y sección	

El proyecto se representa en la siguiente gráfica, así:

⁸⁶ ANI, FONADE y UT Euroestudios-Durán&Osorio-Deloitte. Estudios de Prefactibilidad (Proyecto Corredor Villavicencio, Yopal, pag. 47



En el aparte 2.4, Estudios de demanda, se lee: “Los estudios de tráfico y demanda son entregados a nivel de factibilidad Villaviciencio-Conexión Anillo Vial, Conexión Anillo Vial-Cumaral-Paratebuena, Paratebuena-Villanueva...”, los cuales se encuentran colgados en la página <ftp://ftp.ani.gov.co> desde el 19 de diciembre de 2012 y dentro del cuarto de datos de este proceso.⁸⁷

Esta obra de infraestructura se realiza, a través de una asociación público privada mediante un contrato de concesión, en donde se prevén distintos medios complementarios de financiación como son el cobro de peajes, aportes estatales, vigencias futuras, entre otros. En el contrato de concesión suscrito entre Covioriente y la ANI, Parte Especial, capítulo IV, sobre Aspectos Económicos del Contrato, numeral 4.1, se calculó la retribución al concesionario con base en la participación en el Proyecto de las Unidades Funcionales,⁸⁸ en los porcentajes siguientes:

Unidad Funcional	% Participación Recaudo de peaje	% Participación aportes ANI 2019	% Participación aportes ANI 2020-2040
------------------	----------------------------------	----------------------------------	---------------------------------------

⁸⁷ ANI, FONADE y UT Euroestudios-Durán&Osorio-Deloitte. Estudios de Prefactibilidad (Proyecto Corredor Villaviciencio, Yopal, página 50)

⁸⁸ Contrato de Concesión No. 010 de julio 23 de 2015, Parte Especial, página 17

1	18.01%	0%	18.01%
2	11.99%	20.15%	11.99%
3	12.56%	21.11%	12.56%
4	11.02%	18.52%	11.02%
5	15.7%	26.38%	15.7%
6	8.23%	13.84%	8.23%
7	22.49%	0%	22.49%

El anexo técnico No. 1, numeral 4.1, denominado Intervención, precisa su alcance. Y en la Parte Especial, numeral 4.2, establece la estructura tarifaria de las estaciones de peaje, entre las cuales se cuenta la de Puente Amarillo.

De otra parte, téngase presente el Informe Pericial rendido por Carlos Espinosa⁸⁹, en donde se muestra la progresión año por año en el ingreso del peaje de Puente Amarillo, lo que indica el papel que el recaudo en dicho peaje juega en la ecuación económica del contrato.

El cuadro anterior muestra la importancia de la Unidad Funcional 1 en el porcentaje de participación en el recaudo de peaje del Proyecto, zona en la que se encuentra ubicado el peaje Puente Amarillo.

4.1.1. La ubicación del Peaje Puente Amarillo

Las partes están de acuerdo en que la ubicación de la Estación de Peaje de Puente Amarillo no ha sido cambiada. Así lo acepta la convocante cuando en la demanda afirma que la estación de Peaje Puente Amarillo está ubicada en el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 entre la Conexión Anillo Vial y Restrepo, de acuerdo con la Tabla 4 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión. En el Hecho 124 de la demanda reformada,⁹⁰ citando la Sección 4.2 'Estructura tarifaria' de la Parte Especial del Contrato, al referirse a la ubicación de los peajes existentes, dice que dentro del segundo subsector de la UF1 en "el tramo comprendido entre la Conexión Vial y Cumaral, el cual inicia en el PR 7+000, se ubica el Peaje Puente Amarillo, específicamente en el PR 7 + 135 de la Ruta 6510...", de acuerdo con lo indicado en la tabla siguiente:

⁸⁹ Informe Pericial de Carlos Espinosa, página 193 del Cuaderno de Pruebas No. 3

⁹⁰ Demanda reformada, página 47

Tabla 4 – CFI Generalidades y Subsectores

Subsector	Origen (nombre – PK)	Destino (nombre – PK)	Longitud mínima origen-destino	Intervención mínima	Cotas principales que debe ajustarse	Observación
1	Villavieja - PR7+000 Ruta 6510	PR7+031 (Ruta 6510)	3.32 Km	Rehabilitación	La Rehabilitación incluye las cunetas de conexión con la Transversal 24A en Villavieja.	Comenzado Inicio del Proyecto \$61,162,617 vs 1,040,535.80 B
2	PR7+000 Ruta 6510 - General	PR7+000 (Ruta 6510)	7.78 Km	Intervención Canteo - Cambio Mejoramiento de estado y sección transversal.	Reubicación del Peaje Puente Amarillo PR7+135 de la Ruta 6510, para el cumplimiento de las especificaciones relativas a las Condiciones de Pago en el Apéndice Técnico 2 y demás Especificaciones Técnicas.	
		Rodrigo PR7+100 (Ruta 6510)	Rodrigo PR7+100 (Ruta 6510)	2.32 Km	Rehabilitación para tránsito por Rodrigo	
					Las intersecciones a definir en el	

De su lado, la parte convocada, refiriéndose a las solicitudes de aclaración del Gerente de proyectos de carretera sobre la ubicación del peaje Puente Amarillo, afirma que el Vicepresidente de Estructuración de la ANI informó que “durante la estructura del proyecto Concesión Vial Villavieja no se contempló la reubicación del peaje Puente Amarillo, por el contrario se mantiene su ubicación actual (PR 7 +135 de la Ruta 6510), tal como está indicado en la parte especial del contrato de concesión...”. En su alegato agrega: “El peaje de puente amarillo que sí hace parte del contrato de concesión 010 de 2015, suscrito entre la ANI y Covioriente, NO ha sufrido modificación alguna en su ubicación...”⁹¹

En el mismo sentido se pronuncia la señora Agente del Ministerio cuando en su concepto afirma, refiriéndose al peaje de Puente Amarillo y su relación con el anillo vial que “Para resolver esta pretensión se debe partir del hecho de que el peaje de Puente Amarillo no ha sufrido modificación en su ubicación y que el anillo vial, que fue objeto de reubicación no hace parte de la Concesión Vial del Oriente sino de la denominada Malla Vial del meta...”⁹².

Resulta así un hecho indiscutido que la ubicación del Peaje Puente Amarillo se mantiene en el lugar en donde funcionaba antes de la suscripción del Contrato de Concesión.

4.1.2. La participación en el recaudo del peaje en el proyecto

En los proyectos de obras públicas realizadas a través de contratos de concesión juega generalmente un papel determinante el cobro de peajes

⁹¹ Alegato de Conclusión de la ANI, página 38

⁹² Concepto del Ministerio Público, página 51

por el concesionario como mecanismo de recuperación de la inversión, con el margen de utilidad previsto contractualmente. De ahí la importancia que reviste en un contrato de esa naturaleza el número y la ubicación de los peajes, teniendo siempre en cuenta sus fuentes de alimentación. Habrá entonces peajes muy transitados y otros menos, de acuerdo a las variables existentes en el momento de contratar.

El Peaje de Puente Amarillo, como ya se dijo, está ubicado en el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 entre la Conexión Anillo Vial y Restrepo, convirtiéndose en puerta de entrada a la vía que va de Villavicencio a Yopal, por lo que recibe el tráfico que de Villavicencio se dirige a Restrepo, Cumaral y otras poblaciones, incluida Yopal. Siendo el primer peaje en esa vía, se desprende de allí su importancia económica.

El peaje de Puente Amarillo tiene una participación del 18.01% en el recaudo total de peaje previsto en esa vía. Ese porcentaje de ingresos indica el rol jugado por dicho peaje en la Estructuración del proyecto. De acuerdo con el Informe Pericial del perito Carlos Espinosa, del mes de septiembre de 2015 al mes de diciembre de 2017, el recaudo acumulado alcanzó la importante cifra de \$ 40 061 230 000,00.

Dentro de la Unidad Funcional 1, la ubicación del Peaje en el momento de suscripción del Contrato de Concesión es posterior a la Conexión Anillo Vial, en la dirección Villavicencio-Yopal, pues mientras la Conexión está ubicada en el PR7+000, el peaje Puente Amarillo lo está en el PR7 + 135, tal como lo indica el Contrato de Concesión en su Apéndice Técnico 1 y la Resolución 1070 de abril 25 de 2015. Esa correlación entre peaje y anillo vial cambió con la suscripción del contrato de concesión Número 04 de 2015, conocido como Malla Vial del Meta.

i. El riesgo de menor recaudo en circunstancias normales

El nivel de recaudo por concepto de peaje está determinado por un cálculo que hacen los participantes en un proceso licitatorio, el cual dependerá del tráfico promedio en la correspondiente Estación de Peaje. La ecuación contractual prevista en el apartado 13.1 literal (a) de la Parte General del Contrato está conformada por el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario y por los riesgos que le han sido asignados. Agrega el literal b) del mismo apartado que "Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del concesionario estén asignados a éste, pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de

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

En el mismo sentido, el apartado 13.2. de la Parte General, entre los riesgos asignados al concesionario, consagra “(xix) Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto, respecto de la liquidez del Recaudo de Peaje únicamente”, y (xxiv) “Los efectos favorables o desfavorables derivados de la evasión de los Peajes por los usuarios, entendida ésta como el no pago de la tarifa correspondiente a los Peajes por los usuarios”.

De otro lado, salvo que la Parte Especial del Contrato, incluyendo Apéndices y Anexos, disponga algo distinto, el apartado 13.3 de la Parte General asigna a la ANI “ (c) Parcialmente, los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, o en general, se haga imposible el recaudo de las Estaciones de Peaje. Lo anterior en la medida que asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, la obligación de la ANI de hacer los pagos, en las condiciones, plazos y montos previstos expresamente en la Sección 3.3 (h) de esta Parte General”. En consonancia con lo anterior, el literal (d), regula el cambio de ubicación de las Estaciones de Peaje.

La Sección 3.3 (h) de la Parte General del Contrato, sobre Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial, dispone que “No se generará compensación alguna a cargo de la ANI sin perjuicio del reconocimiento del VPIP, de la DR8, DR13 y DR18, si es del caso por cualquiera de las circunstancias descritas en la sección 3.3 (g) de esta Parte General durante los primeros noventa (90) Días siguientes...”, contados a partir de la suscripción del Acta de Terminación, cuando no sea posible la instalación de cualquiera de las estaciones de peaje nuevas o, se imponga su instalación en ubicaciones distintas a las mencionadas en el Apéndice Técnico 1. El VPIPm es definido como el “Valor Presente –al Mes de Referencia- del Recaudo de Peaje y complementaciones por diferencia de recaudo, acumulado hasta el Mes m.”

De acuerdo con las estipulaciones contractuales precitadas, los riesgos pueden clasificarse en dos grupos: (i) los que se han previsto en el contrato y los que no habiéndose previstos, por la naturaleza de las obligaciones, han sido asignados al concesionario, y (ii) los no previstos en el contrato y que no corresponden a la naturaleza de las obligaciones del concesionario, respecto de los cuales procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que reúnan las características exigidas en las propias cláusulas contractuales.

En ese orden de ideas, son asignados al concesionario los riesgos derivados de la variación del tráfico y los de evasión de peajes por los usuarios. Y a la ANI, los riesgos en materia de recaudo derivados de la imposibilidad de instalación de nuevas estaciones de peaje, o de cambio en la ubicación de dichas estaciones, o, en general, cuando se haga imposible el recaudo en las estaciones de peaje.

ii. El riesgo de menor recaudo en circunstancias anormales

Existen así riesgos comunes asociados a las variaciones del tráfico en una estación de peaje, a cargo del concesionario, consolidables periódicamente a través de las DRs, en los años 8, 13 y 18, de acuerdo con el procedimiento establecido contractualmente.

Además, existen otros eventos, también previstos en el contrato de concesión que se relacionan con la ubicación de nuevas estaciones de peajes o de cambios de ubicación de estaciones existentes, las cuales generan un riesgo diferente, a cargo de la ANI, los cuales conducen mediante el empleo de un procedimiento especial al pago de una Compensación, en un término radicalmente más breve que el seguido para el reconocimiento de las DRs, pues dicho reconocimiento debe darse dentro de los 90 días siguientes a su demostración.

Los riesgos especiales derivados de la imposibilidad de instalar las Estaciones Nuevas de Peaje indicadas en el Contrato, sin culpa del concesionario, o cuando se haga imposible el recaudo en dichas estaciones, o cuando se cambia la ubicación de las estaciones de peaje, está a cargo de la ANI y se harán reconocimientos pecuniarios de su parte al concesionario, de acuerdo con los términos de los literales (c) y (d) de la Sección 13.3. de la Parte General del Contrato.

Pero las pretensiones planteadas por la parte convocante tienen que ver con un hipotético menor recaudo de peaje originado, en su decir, en el cambio de la intersección del Anillo Vial con la vía concesionada a Covioriente, esto es, Villavicencio-Yopal, lo cual debería tener como consecuencia el reconocimiento de una compensación. Este punto será objeto de análisis en el próximo acápite.

4.2. La Conexión Vial

Punto central del debate radica en la ubicación de la intersección de la Conexión Vial de Villavicencio frente a la Estación de Peaje Puente Amarillo porque de ella depende un mayor o menor flujo de vehículos por dicho peaje en la vía que va de Villavicencio a Yopal.

La convocante considera que una fue la ubicación de la intersección del Anillo Vial en la vía Villavicencio-Yopal, al sur del Peaje Puente Amarillo, prevista en el Contrato de Concesión suscrito con la ANI; y otra, la ubicación que la entidad ha alegado en el momento en que no aceptó los diseños de la vía presentados por el concesionario, lo cual genera en su concepto una violación del contrato al ser dicha ubicación uno de sus elementos fundamentales, o ello causa una alteración de las condiciones económicas en las que el concesionario contrató de tal magnitud que el reconocimiento por diferencias de recaudo previsto contractualmente para otras situaciones no se ajusta a este caso, que ameritaría ser tratado en términos similares a como se hace con el cambio de ubicación de estaciones de peaje.

De su lado, la convocada estima que la ubicación de la Conexión Anillo Vial no ha sido modificada, que la pretensión de la convocante es improcedente porque el Anillo Vial es objeto del Contrato de Concesión No 04 de 2015, Unidad Funcional 5 de Malla Vial del Meta, adjudicado el 9 de abril, antes de la adjudicación del Contrato de Concesión Villavicencio-Yopal el 24 de abril, por lo que la convocante ha debido conocerlo, que la mención que se hace del Anillo Vial en este último contrato es simplemente referencial, que los documentos puestos a disposición de los interesados en el "Cuartos de Información de referencia" tienen la finalidad de facilitar a los interesados en el proceso licitatorio la información que les pudiera ser útil, pero no servirán de base para reclamación alguna y, finalmente, que la convocante no sufriría perjuicio económico alguno porque el contrato prevé reconocimientos económicos en los casos de disminución del recaudo a través de las DRs, por lo que la Compensación solicitada no es procedente.

La agente del Ministerio Público, de su parte, estima que el peaje de Puente Amarillo no cambió de ubicación así como también que el Anillo Vial, que fue objeto de reubicación, no hace parte de la Concesión Vial de Oriente sino de la denominada Malla Vial del Meta y que en caso de que se llegare a reducir el tráfico por causa de la construcción del Anillo Vial, el contrato establece el procedimiento que permite al concesionario la obtención del VPIP, garantizando así el equilibrio económico previsto contractualmente.

4.2.1. La ubicación de la Conexión Vial en los documentos del Contrato

El Contrato de Concesión No. 10 de 2015 hace referencia a la Conexión Vial en el apartado 3.3, División del Proyecto, capítulo III, Aspectos

Generales, Parte Especial del Contrato,⁹³ sobre los sectores integrantes de las Unidades Funcionales que, en cuanto a la Unidad Funcional 1, Sector (UF1), establece:

Villavicencio-Conexión Anillo Vial
 Conexión Anillo – Cumaral Variante de Restrepo
 Paso Urbano de Restrepo y Cumaral
 Variante Cumaral.

De otra parte, de acuerdo con el literal (b) del numeral 4.2 de la Estructura Tarifaria, capítulo IV de la Parte Especial, al presentar las tarifas de las Estaciones de Peaje en el Proyecto, expresadas en pesos del Mes de Referencia, las cuales estarán vigentes hasta culminar las obras previstas y se firme el Acta de Terminación de las Unidades Funcionales en las que están ubicadas las Estaciones de Peaje, el Contrato establece en relación con Puente Amarillo:

PR	Tramo
Conexión Anillo Vial-Cumaral	PR 7+135 Ruta 6510

El Peaje Puente Amarillo está ubicado, específicamente en el PR 7 + 135 de la Ruta 6510...” de la Unidad Funcional 1, que como se ha establecido comprende los tramos: Villavicencio-Conexión Anillo Vial; Conexión Anillo Vial Cumaral y Variante de Restrepo; Paso Urbano de Restrepo y Cumaral, y Variante Cumaral.

En el Estudio de Prefactibilidad⁹⁴ del corredor vial Villavicencio Yopal se enuncian los peajes existentes, así:

1. Diagnóstico de la situación actual del proyecto.

El Corredor Villavicencio - Yopal objeto del presente Proyecto, interviene sobre los siguientes tramos de vías:

- Villavicencio – Conexión Anillo Vial
- Conexión Anillo Vial - Cumaral
- Cumaral - Paratebueno
- Paratebueno - Villanueva
- Villanueva - Monterrey

⁹³ Contrato de Concesión No 10 de 2015, Parte Especial, página 11

⁹⁴ Estudios de Prefactibilidad. Proyecto Corredor Villavicencio Yopal, página 6

- Monterrey - Tauramena
- Tauramena - Aguazul
- Aguazul - Yopal

Actualmente, este corredor cuenta con cuatro peajes así: Peaje La Vanguardia, ubicado en el tramo Villavicencio – Conexión Anillo Vial, el peaje Puente Amarillo, ubicado en el tramo Conexión Anillo Vial – Cumaral, y el peaje Veracruz, ubicado en el tramo Cumaral - Paratebuena. Estos tres peajes están ubicados sobre la ruta INVIAS 6510 (Villavicencio – Barranca de Upía). El cuarto peaje está ubicado sobre la ruta INVIAS 6511 (Barranca de Upía – Monterrey) denominado peaje San Pedro localizado en el tramo Villanueva – Monterrey.

Indica lo anterior que de acuerdo con la parte Especial del Contrato el Peaje Puente Amarillo está ubicado en el sector 2 de la Unidad Funcional 1, dirección Villavicencio-Yopal, es decir, después de la Conexión Vial, pues la ubicación de dicho peaje, como se establece el Apéndice Técnico 1, es en el PR 7 + 135. Así mismo, que la ubicación de la Conexión Vial es en el PR7+000, entre los dos subsectores, de manera que el peaje ha estado ubicado después de la localización de la Conexión Vial, dirección Villavicencio hacia Cumaral, y así ha permanecido en dicha ubicación, hasta cuando fue objeto de reubicación en el Contrato de Concesión No. 04 de 2015.

4.2.2. La ubicación de la Conexión Vial, según la ANI

La ubicación de la Conexión Vial, según comunicaciones dirigidas por la ANI al concesionario a propósito de la presentación por éste de los diseños de la Unidad Funcional 1, estaría ubicada en la segunda parte de dicha Unidad por lo que el peaje se ubicaría antes de la intersección de la Conexión Vial. En efecto, al presentar el concesionario sus Diseños el 5 de abril de 2016, según consta en la comunicación CVO-0136-1173-1, la ANI mediante las comunicaciones No. 2015-306-031567-1 y No. 2016-306-007858-1 lo requirió para que los modificara en relación con el Anillo Vial, en el sentido de ubicar éste al sur del Peaje de Puente Amarillo. De esa manera la Conexión Vial pasaría del PR7+000 a las coordenadas 1.053.807.63 E, y 955.740.09 N, que corresponde al PR+550 de la Ruta 6510. Dice la segunda comunicación citada por la convocante así:

“Para el 24 de abril de 2015, fecha en la que el entonces precalificado denominado ESTRUCTURA PLURAL ARAUCA 3, conformada por EPISOL S.A.S y CONECOL S.A.S., presentó su oferta para el proyecto Villavicencio – Yopal, se conocía la ubicación de la referida intersección toda vez que desde el 6 de febrero de

2015 se había publicado en los documentos del respectivo proceso de selección como Unidad Funcional 5 y además por cuanto le asistía el deber de efectuar todos los análisis y estudios para la confección de su oferta, incluyendo los análisis relativos a las circunstancias derivadas de la interrelación o conexión con otros proyectos viales de la zona. (...) La información contenida en la comunicación de la ANI con radicado No. 2015-306-031567-1 del 31 de diciembre de 2015, relativa a la ubicación de la intersección a cargo del Concesionario del proyecto Malla Vial del Meta, corresponde a lo previsto en el Contrato No. 004 de 2015 y **de ninguna manera modifica el alcance del Contrato de Concesión No. 010 de 2015, por la sencilla razón que dicha intersección no hace parte de este último contrato. (...) La referida comunicación de la ANI se emitió con el propósito de precisarle a la CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE la ubicación de la referida intersección, toda vez que en varias mesas de trabajo ésta hizo referencia a una ubicación diferente a la indicada tanto en el Contrato y en los documentos del proceso de selección del proyecto Malla Vial del Meta,** como durante el recorrido de entrega de la infraestructura realizado el 3 de septiembre de 2015 a la Concesionaria Vial del Oriente. (...) En este momento no se puede afirmar que habrá una reducción de tráfico que transita por el peaje de Puente Amarillo a cargo del Proyecto Villavicencio - Yopal, ya que en primer lugar no se ha expedido el supuesto acto administrativo de restricción de tráfico y en el evento en que se expida, se desconoce el comportamiento final del usuario una vez se terminen las obras. (...) Sin embargo, es de advertir que el Contrato de Concesión prevé los mecanismos para garantizar que el Concesionario obtenga efectivamente en el VPIP, en los términos de las Secciones 3.4 y 18.3 (d) de la Parte General, a través de las compensaciones por diferencias entre los VPIP observados y el VPIP esperados, para los calculados al vencimiento de los años 8, 13 y 18 denominados como "VPIP8," VPIP13 y VPIP"" (Destacado fuera del texto).

Vistas las consideraciones de la entidad, que coinciden en gran parte con las expuestas por su representante judicial así como por las expuestas por la señora agente del Ministerio Público, el Tribunal observa que no se discute en el asunto *sub iúdice* si la Estación de Peaje Puente Amarillo cambió o no de ubicación, lo cierto es que no hubo dicho cambio y siempre ha estado en ese sitio; tampoco se discute si la intersección Conexión Vial pertenece al Contrato de Concesión No 010 de 2015 porque evidentemente pertenece al Contrato de Concesión No 004 de 2015, Proyecto Malla Vial del Meta. El problema radica en establecer si la

ubicación de la intersección de la Conexión Vial antes del peaje de Puente Amarillo, dirección Villavicencio-Yopal, prevista como punto de referencia entre los dos subsectores integrantes de la Unidad Funcional 1 en el Contrato No 010 de 2015, aceptada por la ANI según lo establecido por documentos contractuales, cambió su localización en cuanto que en el momento del contratar se consideró que estaba ubicada antes del peaje y que la ANI decidió o había decidido en otro contrato de concesión que su ubicación sería después del peaje, con consecuencias obvias en el tráfico circulante por dicho peaje.

No se trata de un hecho irrelevante porque actualmente el tráfico del Anillo Vial dirigido hacia Cumaral y otras poblaciones hasta llegar a Yopal, debe pasar por el Peaje de Puente Amarillo, lo que podría no suceder para cierta clase de tráfico al construirse la intersección del Anillo Vial después del peaje.

4.2.3. La conexión vial y el cumplimiento del contrato

La parte convocante solicita, con fundamento en el cambio de ubicación de la intersección del Anillo Vial en la vía concesionada a Covioriente, la declaratoria de incumplimiento por la ANI del Contrato de Concesión Vial No. 010 de 2015.

El tribunal no accederá a esta pretensión porque la construcción del Anillo Vial es objeto de otro contrato de concesión, distinguido con el No. 04 de 2015, tal como lo ha observado la entidad y la agencia del Ministerio Público. Esa intersección hace parte de la Unidad Funcional 5 de dicho Contrato. Mal podría en este proceso juzgarse la legalidad de dicho contrato, sin incurrir en causal de anulación del laudo por *extrapetita*.

Sin embargo, el hecho de que la ANI haya celebrado el Contrato de Concesión 04 de 2015, incluyendo en sus cláusulas el cambio de ubicación original de la intersección vial, incide en la ejecución del Contrato de Concesión No. 10 de 2015 y, en consecuencia, genera responsabilidad, como se analiza en el próximo aparte.

4.3. La responsabilidad de la ANI

Es principio general de derecho que el contrato es ley para las partes, según la previsión del artículo 1602 del Código Civil, cuyo texto prescribe que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." Además, los contratos deben ejecutarse de buena fe, según lo mandado por el artículo 1603 ibídem, y "...obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". Esas

normas, como se ha visto, aplican a la contratación estatal por remisión hecha por la ley de contratación estatal y normas especiales.

4.3.1. Prelación de documentos

El capítulo XIX, numeral 19.14, de la Parte General del Contrato da una orientación interpretativa en el sentido de establecer un principio de prelación de documentos en este Contrato de Concesión, que debe servir de guía. Dice así la cláusula :

“19.14 Prelación de Documentos. El siguiente será el orden de prelación de los documentos que hacen parte del presente contrato, el cual hará referencia a lo expresamente regulado en el contenido de cada uno de dichos documentos:

Parte Especial

Parte General

Oferta del Concesionario

Apéndice Técnico 1

Apéndice Técnico 9

Apéndice Técnico 4

Apéndice Técnico 2

Apéndice Técnico 5

Apéndice Técnico 3

Apéndice Técnico 6

Apéndice Técnico 7

Apéndice Técnico 8

Apéndice Financiero 1

Apéndice Financiero 2

Apéndice Financiero 3

Pliego de Condiciones con sus adendas y anexos

Invitación a precalificar

En todo caso, los documentos que hacen parte del presente Contrato deberán interpretarse armónicamente y con observancia de la Ley Aplicable, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.12 de esta Parte General sobre la modificación de Especificaciones Técnicas.”

La cláusula contractual indica con claridad el criterio que debe seguir el intérprete al darle alcance al contrato, teniendo en cuenta los documentos allí enunciados en el orden establecido.

4.3.2. El rol de los peajes en el Contrato de Concesión Vial

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 1508 de 2012, en los contratos de asociación público-privada se retribuye la actividad del contratista mediante el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio brindado en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, y, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 advierte que en proyectos de asociación público-privada el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, se encuentra condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad, en las distintas etapas del proyecto, bajo las condiciones que determine el reglamento.

Al analizar en conjunto las normas pertinentes, la retribución de un contratista bajo la modalidad de Asociación Público-Privada proviene de las fuentes siguientes:

- i. El recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto;
- ii. El desembolso de recursos públicos, o,
- iii. Cualquier otra retribución que estipulen las partes.

En materia de infraestructura vial, la explotación económica del proyecto se logra a través del cobro de peajes, así lo señala claramente el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, norma aun vigente, con el siguiente alcance:

“ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar

concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

“Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.”

En ese sentido, la sección 1.116 de la Parte General del Contrato define el peaje así:

“Es la tasa por el uso de la infraestructura que cada usuario del Proyecto debe pagar de acuerdo con la tarifa correspondiente a su categoría vehicular en cada una de las Estaciones de Peaje de acuerdo con la Resolución de Peaje, sin incluir los valores por contribución al Fondo de Seguridad Vial, ni ninguna otra sobretasa o contribución similar que tenga destinación diferente al Proyecto”.

El literal (b) de la Sección 3.3. del la Parte General del Contrato es claro en indicar que:

“3.3. Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial

- (b) El producto del Recaudo de Peaje será utilizado por la ANI como fuente de recursos para efectos del desembolso de la Retribución del Concesionario en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato.”

De conformidad con lo señalado, se tiene que el cobro de peajes es una de las formas de retribución del concesionario.

4.3.3. El Equilibrio Económico del Contrato

El ordinal 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 establece el deber de las entidades estatales de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones *técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer* en los casos en que se hubiere realizado licitación.

En el caso en estudio, dentro del marco de la licitación pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 - Villavicencio / Yopal, las condiciones técnicas,

económicas y financieras relacionadas con el cobro en el Peaje Puente Amarillo fueron las siguientes:

i) Condiciones técnicas

El artículo 4º de la Ley 1682 de 2013 indica que la infraestructura de transporte está integrada, entre otros por:

“1. La red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras.

(...)

3. Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.” (Se subraya).

De acuerdo con la precitada norma, la red vial y los accesos a las vías terrestres son elementos de la infraestructura de transporte.

La Sección 1.40 del Contrato Parte General señala que el “Corredor del Proyecto” corresponde al corredor físico dentro del cual se ubica el Proyecto, de acuerdo con lo definido en el Apéndice Técnico 1.

El acápite 2.1.2. del Estudio de Prefactibilidad del Proyecto Corredor Villavicencio-Yopal, publicado en el SECOP⁹⁵, describe la identificación y descripción del problema o de la necesidad a satisfacer y de la demanda insatisfecha y estimación del comportamiento futuro de la oferta actual del servicio, respecto de la vía Villavicencio – Cumaral.

En la descripción de la necesidad a satisfacer y del comportamiento futuro de la oferta del servicio de infraestructura, la Agencia Nacional de Infraestructura describe el tramo de corredor vial concesionado objeto de análisis, en los siguientes términos:

“Villavicencio – Cumaral

“El terreno atravesado es llano y el trazado no presente una sinuosidad muy acentuada pudiendo ser equiparable a una velocidad de proyecto entre 60-80 km/h. La sección transversal de la vía es de 2 carriles de 3,65 m con bermas variables entre 0.50m y 1.5m.

⁹⁵ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1914079>

“Los primeros 15 Km presentan pocos daños en la superficie del pavimento, a partir del PR 15+000 se presenta un patrón de daño correspondiente a fisuración en bloque y del tipo piel de cocodrilo de severidad media, hay sitios donde estos daños han generado pérdidas de la capa asfáltica y baches. Se aprecia que se han efectuado algunas actividades de reparación mediante parcheos, pero parece mas una actividad enfocada a garantizar movilidad, que a resolver el problema que origina el daño. El estado en general del sector es variable entre bueno y malo.

“Desde el punto de vista de seguridad vial las principales características del tramo son:

- Gran proliferación de accesos e intersecciones de caminos
- Deficiente balizamiento y señalización en curvas.
- Mal tratamiento general de las travesías
- Abundantes zonas escolares
- Peatones en las proximidades a núcleos de población
- Puentes con sección limitada
- Travesía de Villavicencio y tramo suburbano de salida de Villavicencio (sector desde Villavicencio a la conexión con el nuevo anillo vial)
- Accesos y variante de Restrepo

“Entre Villavicencio y Restrepo y entre Restrepo y Cumaral los datos del INVIAS están en el entorno de los 5.516 vehículos/día y 3.584 vehículos/día en 2010; por su parte los datos obtenidos en el peaje de La Vanguardia, antes del control saliendo de Villavicencio ha dado cifras de 10.025 vehículos/día entre el 3/09 y el 09/09 con un pico el domingo 09/09 de 11.340 vehículos/día, con un 77% de autos.

“Esta última cifra justifica al igual que el caso de Villavicencio-Arauca la propuesta de construir la doble calzada entre Cumaral y Restrepo y Restrepo-Villavicencio hasta el inicio del tramo que falta por completar de su Anillo Vial. El tramo actual entre el peaje de La Vanguardia y la conexión con el Anillo Vial quedaría exclusivamente como carretera de acceso a Villavicencio por el norte.

“Aunque el TPD está en el intervalo de los 8.000 y 10.000 vehículos/día, la adopción de la doble calzada se justifica ya que el tramo ha arrojado en 2011 y en ciertos días valores de tráfico de 10.000 y 11.000 vehículos/día. Lo que evidencia un tramo de alto dinamismo y tráfico claramente ascendente.

“Por estos valores de tráfico (TPD>5.000) y al plantearse una intervención de doble calzada, la sección tipo se diseña con bermas cumpliendo ley 105.

“La previsión de TPDA y nivel de servicio para el año 2015 en los tres escenarios considerados son las siguientes:

- Escenario 1: TPDA 10.110 N.S.D
- Escenario 2: TPDA 8.666 N.S.D.
- Escenario 3: TPDA 8.243 N.S.D.

“Las propuestas de intervención que se plantean en este tramo son las siguientes:

- Rehabilitación en el tramo entre Villavicencio y la nueva conexión con el Anillo Vial (5,1 Km).
- Rehabilitación y mejoramiento, ampliación de bermas ley 105 y doble calzada en el tramo entre el anillo vial y Cumaral.
- Longitud doble calzada: 18 km.
- Velocidad de proyecto: 70-80 km/h.
- Acondicionamiento de intersecciones y accesos
- Rediseño y reposición de la señalización.
- Diseño del balizamiento y señalización en curvas.
- Diseño de sistemas de contención.
- Tratamiento especial en pasos escolares.
- Rehabilitación y ampliación puentes. (...)

Como puede observarse, en el Apéndice 1 Parte Especial del Contrato se hace referencia al corredor vial, en las condiciones técnicas y geográficas actualmente existentes, sin tener en consideración el proyecto Malla Vial del Meta.

En concordancia con lo indicado, el literal (b) de la Sección 3.5. del Contrato Parte Especial especifica la infraestructura que va a ser objeto de entrega al concesionario, señalando entre otras que la ANI se compromete a entregar al concesionario la Ruta 6510 Villavicencio – Pecuca, con una longitud aproximada de 32 Km, que incluye el tramo origen/destino: Villavicencio K0+000 / Conexión Anillo Vial K6 + 820, y Conexión Anillo Vial K6+820 / Cumaral K25+600.

Respecto de los tramos indicados, es de anotar que la entidad no hizo mención acerca de modificación alguna de los puntos de acceso a la infraestructura entregada en concesión, por lo que forzosamente debe concluirse que la vía entregada fue la que existía en el momento de la

licitación, sin tener en cuenta alteraciones en los puntos de acceso a la misma.

Habida cuenta de lo anterior, es razonable afirmar que si se mantienen los puntos de acceso de la Ruta 6510, los vehículos provenientes de Granada, Villavicencio, Puerto López y Puente Armenia, que decidieran dirigirse hacia Yopal deben transitar obligatoriamente por el Peaje de Puente Amarillo.

Al margen de las anteriores consideraciones, respecto de la variación de los puntos de acceso a la infraestructura, no debe perderse de vista que la Sección 4.2 literal (r) de la Parte General del Contrato establece obligaciones y procedimientos para hacer frente a la utilización de vías que tengan como finalidad o efecto la evasión y/o elusión en el pago del Peaje, así:

4.4. Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción

(r) Dar los avisos correspondientes a las autoridades de tránsito competentes y colaborar con las mismas en el control de la utilización de vías que tengan como finalidad o efecto la evasión y/o elusión en el pago del Peaje, obligación que aplica también para la Fase de Construcción y la Etapa de Operación y Mantenimiento. Con este fin deberá realizar a su costo, con el apoyo y bajo la coordinación de ANI, un convenio con las autoridades de tránsito competentes y, acordar con ellas el soporte logístico requerido para prestar el servicio. Además de esas y otras estipulaciones que en su momento se acuerden, ese convenio contendrá las siguientes:

(iii) Procedimientos para la prevención del uso de desvíos, atajos y en general para prevenir el no pago del Peaje mediante la circulación de vehículos por fuera de la vía.”

De acuerdo con la obligación mencionada, se colige que las partes del contrato acordaron mecanismos para evitar el uso de desvíos o atajos que sirvan para la evasión o elusión de peajes.

Visto lo anterior, se recuerda que el artículo 1603 del Código Civil prescribe que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. En el mismo sentido, el artículo 863 del Código de Comercio indica que la actuación de las partes en el período precontractual debe estar exenta de

culpa, so pena de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que se causen.

De acuerdo con lo anterior, no es coherente que en el contrato se estipulen cláusulas para prevenir la evasión y/o elusión de peajes, y a su vez, se alteren las condiciones técnicas al modificar puntos de acceso de la Ruta 6510, lo cual a la larga produce efectos similares a la evasión en uno de los puntos de pago.

De otra parte, analizando el principio de planeación en materia contractual así como la obligatoriedad de los documentos precontractuales, la convocante con base en las sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado, abajo referenciadas⁹⁶, concluye: " (i) ... la estructuración de un proyecto, sí es vinculante, pues es la que determina el contenido del contrato; no puede la ANI, simplemente olvidarse del origen del Contrato de Concesión y de los resultados de la Estructuración, pues insisto, de allí es que proviene el diseño y la regulación del Contrato, y (ii) ... la ANI tenía el deber de planear bien el contrato y de diseñarlo de forma juiciosa, entre otras, compatibilizando su alcance con el de las demás iniciativas a cargo de dicha entidad".

En este punto, considera el Tribunal necesario reiterar lo señalado en acápite anterior (Fuerza Vinculante de los estudios realizados por el estructurador del Contrato de Concesión) en cuanto que la información dada en el proceso de selección, si bien compromete a la entidad, no se puede perder de vista el carácter o connotación con que la entidad advirtió en su momento que proporcionaba la susodicha información. En efecto, el planteamiento técnico del proyecto (con diseños fase II) constituye el punto de partida para que el concesionario, responsable del diseño fase III, dé cumplimiento a sus obligaciones como experto y aplique a los diseños las condiciones técnicas y las previsiones ingenieriles que permitan obtener la vía que constituye el objeto material del contrato, sin que pueda escudarse en los aspectos del diseño fase II para apartarse del cumplimiento de las especificaciones. Pero, por otra parte, la entidad no puede intervenir los insumos o presupuestos del proyecto o propiciar la variación de los mismos (como los puntos que debe conectar la vía, el tráfico que recogerá en su discurrir y en los puntos donde se prevé que se incorpore dicho tráfico) pretendiendo que ello se incluya en el riesgo de tráfico que debe asumir el Concesionario.

⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección A, sentencia de noviembre 23 de 2016, M.P. Martha Nubia Velázquez; subsección c) sentencia de agosto 12 de 2014, M. P. Enrique Gil; subsección A), sentencia de mayo 12 de 2012, M.P. Mauricio Fajardo; subsección C), sentencia de enero 29 de 2018, M. P. Jaime Orlando Santofimio.

Entonces, la fuerza vinculante de los diseños de estructuración (diseño fase II) no es una camisa de fuerza para que en la ejecución de los diseños fase III el Concesionario como experto plantee la mejor alternativa técnica de la vía, pero los insumos de la estructuración que determinan el modelo en aspectos tales como el tráfico, no pueden quedar simplemente como un indicador inocuo que sea luego variado por decisión o falta de planeación por parte de la misma entidad, como autoridad que debe articular de manera eficiente y segura la red vial.

Entonces, como se señaló en acápite anterior la información de los diseños conlleva la responsabilidad de la entidad, pero teniendo en cuenta el carácter con el que fue proporcionada. Es decir, los diseños fase II, por ejemplo, son por definición susceptibles de ser perfeccionados, modificados para mejorar la solvencia técnica de un proyecto; de tal manera que, por ejemplo, al definir que el trazado factible de la vía objeto de la concesión uniría los puntos A y B, no puede luego señalarse por parte de la entidad concedente o como consecuencia de su actuar como autoridad de infraestructura vial, que la vía en realidad deba unir los puntos D y C, en un claro apartamiento del carácter esencial de los diseños fase II y del contrato, ni modificar o propiciar la modificación de elementos tan esenciales como el flujo de tráfico del trazado planteado. Lo que sí, por ejemplo, puede ocurrir es que en cumplimiento de las obligaciones del concesionario al elaborar el diseño fase III, sea éste quien afine y precise aspectos de las especificaciones apenas planteadas en los diseños fase II para ajustar la vía enteramente a las especificaciones y a la mejor forma de tratarlas según el conocimiento ingenieril del propio Concesionario.

Respecto de los tramos de la Ruta 6510 entregados al concesionario, es de anotar que la entidad no hizo mención acerca de modificación de los puntos de acceso a la infraestructura vial, por lo que debe concluirse que la vía entregada fue la que existía en el momento de la licitación, sin tener en cuenta alteraciones en los puntos de acceso de la misma.

Vistas las anteriores consideraciones se concluye que el cambio de los puntos de acceso a la infraestructura concesionada constituye una variación técnica respecto de las condiciones existentes al momento de ofertar.

ii) Condiciones económico-financieras

El artículo 11 de la Ley 1508 de 2012 señala cuáles son los requisitos para abrir procesos de selección en proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública.

La parte final del párrafo 11.1 de la norma indica que el modelo financiero estatal tiene reserva legal, por lo que el proponente debe elaborar su propio modelo financiero a partir de la información suministrada por la entidad contratante.

Las condiciones económico/financieras existentes al momento de proponer de las que habla el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, son las consideraciones tomadas por el oferente al momento de presentar su propuesta, criterios económico financieros que fueron aceptadas por la entidad contratante, al momento de adjudicar el contrato.

En el caso en estudio, el peritaje de Pablo Rodas indica la importancia del recaudo en el Peaje Puente Amarillo, dentro del contexto general de los peajes del Proyecto, alcanzando una cifra superior al 20% del recaudo general. Dice Rodas en su dictamen financiero aportado por la convocante:

“Como se observa en la siguiente gráfica, Puente Amarillo estaría aportando casi una cuarta parte de los ingresos esperados por peajes (23%). Este porcentaje puede aumentar si se considera que los tráficos en las regiones urbanas crecen más rápido que los característicos de un tramo típicamente intermunicipal.

...

“Si se considera, en grandes cifras, que el recaudo de peajes genera 1.8 billones de pesos en valor presente y los aporte de la ANI cerca de 1.2 billones, se puede concluir que los recaudos de Puente Amarillo, en la estructuración de la concesión inciden en cerca del 14% de las fuentes totales de pago excluyendo la explotación comercial”.

Frente a la pregunta sobre los efectos económicos que tiene la modificación de la ubicación de la Conexión Anillo Vial en el esquema de financiación del proyecto, contestó que tiene efectos fiscales para el Gobierno y efectos financieros para el concesionario. En cuanto a estos últimos anotó:

“Desde el punto de vista del privado el cambio de localización de la intersección se traduce en un cambio en los flujos de caja con implicaciones en la estructura financiera del proyecto. Al momento de preparar su oferta, el concesionario optimiza la estructura financiera del proyecto (combinación de deuda y patrimonio) con base en los ingresos y costos que espera genere el proyecto dados los parámetros definidos en los términos de referencia. A partir de estos ingresos, el concesionario establece una meta de aportes patrimoniales que aseguren a los prestamistas que la generación de

caja es adecuada para atender con holgura los compromisos de deuda. En particular, los bancos o los tenedores de bono van a exigir que los índices de cobertura de servicio de la deuda se mantengan dentro de rangos de confort. Cuando la caja cae por debajo de lo previsto, el concesionario debe cubrir los faltantes con recursos patrimoniales, con un costo mayor que la deuda, o acudir a fuentes más costosas de financiación tales como postergar pagos a proveedores, impuestos, etc.”⁹⁷

En sentido similar, el Informe Pericial de Carlos Espinosa, arriba citado, da cuenta de la importancia económica del recaudo por peaje en la estación de Puente Amarillo.

Las anteriores cifras y porcentajes, aun cuando sean aproximadas, muestran la importancia de la Estación de Puente Amarillo, la cual fue un elemento significativo en la estructuración del Proyecto.

Resalta el Tribunal que en este aspecto de la controversia surgida entre las partes (la variación de la conexión anillo vial respecto del peaje de Puente Amarillo), la entidad tiene injerencia, desde la perspectiva de planeación, como autoridad que tiene a cargo la infraestructura vial y el otorgamiento de las concesiones para su desarrollo. Es decir, la modificación sobreviniente del flujo de tráfico sobre la vía concesionada como consecuencia del cambio en la ubicación de la conexión anillo vial, con claro impacto en los ingresos del proyecto como se ha dicho, es un aspecto en el que la entidad tenía la potencial capacidad de incidir a través de la adecuada planeación de proyectos que debían articularse dada su vecindad geográfica. En ese sentido, la información dada en el proceso de selección, respecto a la ubicación de la aludida conexión (con determinante incidencia en el tráfico y los flujos esperados del proyecto) cambió con la participación de la propia entidad contratante. Esto, a diferencia con la controversia entre las partes en relación con los diseños, en la que la información dada por la entidad propuso un planteo técnico de vía (en fase II) que, en todo caso, por asignación de riesgo de diseño en cabeza del Concesionario y por obligación de este de ajustarse a los parámetros técnicos (en diseños Fase III), hace imposible que el Concesionario pretenda asumir el diseño Fase II y sus planteos como una camisa de fuerza o como autorización para que sean usados como excusa para relevarse de cumplir el MDG, o desvirtuar la finalidad misma del contrato y liberarse —el Concesionario— de su responsabilidad como diseñador Fase III, enteramente sujeto a las Especificaciones.

iii) El restablecimiento del equilibrio económico

⁹⁷ Rodas Pablo. Peritaje de mayo de 2017, página 17

El Contrato de Concesión establece mecanismos que permiten mantener el equilibrio económico cuando los ingresos disminuyen porque no se alcanzan los niveles previstos por concepto de recaudo de peajes en circunstancias normales, por causas no imputables al concesionario, a través de las DRs periódicas, así como también responde la ANI mediante Compensaciones en casos de situaciones expresamente previstas en el Contrato, como son los casos de implantación de nuevas estaciones de peajes, o de traslado de las mismas.

La situación planteada por la convocante consistente en una eventual disminución del recaudo en la Estación de Peaje de Puente Amarillo por causa del cambio de ubicación de la intersección del Anillo Vial en la Ruta 6510 entregada al Concesionario, aun cuando dicho cambio haya sido el objeto de otro contrato de concesión, que puede repercutir significativamente en el recaudo por concepto del cobro de peajes en esa vía al cambiar un punto de acceso a la infraestructura concesionada. Dicha situación no encaja en las hipótesis previstas en el Contrato, ni resulta asimilable al traslado de sitio de un estación de peaje ya acordada, o de una estación nueva, pues estas hipótesis son propias del Contrato de Concesión No 010 de 2015. El cambio de ubicación de la intersección del Anillo Vial sería un hecho imputable a la entidad, como nueva vía de acceso a la Ruta 6510 por el norte del Peaje de Puente Amarillo, que de concretarse, podría tener en el futuro repercusiones importantes en el recaudo de dicho peaje y en consecuencia, en la financiación del proyecto.

De darse un desequilibrio económico generado en la situación descrita en los párrafos anteriores, por principio general de contratación estatal, este sería resarcible por la entidad. No considera el tribunal aceptable el argumento consistente en que por pertenecer el Anillo Vial a otra Concesión de un contrato diferente suscrito por la ANI y un tercero, los perjuicios debidamente probados que puedan derivarse del cambio de ubicación de la intersección del Anillo Vial no deban ser reconocidos por la entidad, pues esta tenía la obligación, en cumplimiento del deber de planeación, de coordinar y resolver oportunamente las interferencias que se pudieran originar entre las dos Concesiones, amén de conservar las condiciones en que fue entregada la Ruta 6510 al concesionario.

Tampoco es aceptable el argumento de que la convocante ha debido conocer los efectos de la licitación adjudicada dos semanas antes, que condujo al Contrato de Concesión No 04 de Malla Vial del Meta, pues los trámites de su propia licitación estaban adelantándose con fundamento en la información suministrada por la entidad, en donde figuraba una ubicación distinta de la intersección del Anillo Vial, tal como fue prevista en el Contrato.

En el mismo sentido, no es admisible el argumento sobre la no vinculatoriedad de la información suministrada por la entidad en la etapa precontractual porque, como lo ha establecido la jurisprudencia, sin importar el nombre que adopte, dicha información sí vincula. Además, los efectos de los contratos se proyectan entre las partes y en la medida que afecten a terceros se debe responder.

En cuanto a la preservación de la ecuación financiera o equilibrio económico, debe tenerse presente el apartado 13.1 de la Parte General del Contrato sobre asignación de riesgos (literal b), en donde se prevé la hipótesis del acaecimiento de riesgos no previstos contractualmente que por su naturaleza no hayan sido asignados al concesionario, respecto de los cuales “pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con la Ley aplicable”. En el asunto *sub iúdice* no se trata de un riesgo previsto en el Contrato No 010, que sea imputable al concesionario porque éste no lo creó y además se origina en otro contrato, por lo que si se presenta y reúne las características exigidas por la cláusula contractual daría lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, conforme a los términos de la norma vigente en la materia.

Esto a diferencia de lo que ocurre con la controversia planteada en torno a los diseños (pretensiones agrupadas en el numeral 5.3.1. de la demanda reformada), donde el hecho de que la entidad haya entregado información técnica del planteo del proyecto vial factible (con diseños Fase II) no puede ser usado por el Concesionario para desconocer su obligación de sujetarse a las especificaciones técnicas (incluido el MDG) cuyas excepciones son puntuales y proceden en determinadas circunstancias, como se explicó en el acápite correspondiente. En el debate sobre los diseños, no medió acto alguno de la entidad para cambiar lo previsto, fue en cambio el Concesionario quien interpretó que la información le permitiría aferrarse a ella —o a la vía existente— liberándose de la sujeción a las Especificaciones (incluido el MDG aplicable) en la ejecución de la obligación de desarrollar diseños Fase III. En este asunto (el del cambio de la ubicación de la conexión vial respecto del peaje de Puente Amarillo) sobreviene un hecho del que tenía control y adecuada capacidad de planeación la entidad sin que hubiere hecho lo necesario para evitar el acaecimiento que ahora impacta los flujos del proyecto.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, los contratistas del estado tienen derecho a recibir oportunamente la

remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

A su vez, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En consonancia con las normas señaladas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el equilibrio económico del contrato se ve alterado por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, por actos de la administración general como estado, o por factores exógenos a las partes del negocio. Ha dicho la sección tercera en este punto lo siguiente:

“Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: 1º Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante. 2º Por actos de la administración general como estado. -Hecho del Príncipe. 3º Por factores exógenos a las partes del negocio. -Teoría inicialmente llamada de la imprevisión.

(...) Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, A pesar de que el particular debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales; y , además, porque no resultaría justo ni equitativo privarle al particular que contrata con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de una finalidad estatal, porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración. La teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos

conmutativos de la administración, no cabe por tanto al respecto distinción alguna entre los negocios jurídicos que celebra la administración, de lo cual se infiere que su aplicación no es ajena al contrato de suministro ni al de arrendamiento.⁹⁸

En el caso en estudio, la variación del punto de acceso representado por la intersección del Anillo Vial a la vía concesionada genera una modificación de las condiciones económico financieras en las que Covioriente ofertó y contrató, lo que a su vez puede llegar a repercutir negativamente en el equilibrio económico del contrato, caso en el cual el concesionario podrá solicitar, si se reúnen los requisitos de ley, el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, utilizando los medios previstos en la ley o en el contrato.

iv) La Compensación

La Compensación está prevista para las hipótesis de reducción del recaudo generada en la imposibilidad de instalación de nuevas estaciones de peajes o de cambio de ubicación de las existentes. Es un procedimiento contractual de resarcimiento para circunstancias especiales, que tiene como fundamento una disminución importante de los ingresos del concesionario. El mecanismo de compensación fue ideado para situaciones originadas en la ejecución del contrato, relacionadas con los peajes nuevos y con el cambio de ubicación de estaciones de peajes existentes.

El caso planteado en la demanda sobre un futuro eventual menor recaudo en la estación de peaje de Puente Amarillo, originado en el cambio de ubicación de la intersección del Anillo Vial frente a la vía concesionada, cuya construcción ha sido prevista en otro contrato de concesión, no encaja estrictamente dentro de las hipótesis contractuales, pues ese detrimento en los ingresos de la convocante sería consecuencia de una actuación de la entidad en un contexto contractual diferente. Sin embargo, el efecto es similar en cuanto se traduciría en disminución de ingresos del concesionario en el tiempo previsto.

De presentarse en el asunto *sub examine* dicho detrimento con las características exigidas por la ley, la doctrina, la jurisprudencia y el mismo contrato para situaciones de desequilibrio, por causa de la interferencia de un contrato de concesión en otro, suscritos ambos por la misma entidad, con posibles efectos graves para el recaudo de peaje en uno de ellos, la

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de fecha 21 de junio de 1999. Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández. Exp. 14943

entidad tendría en ese caso el deber legal de restablecer la ecuación financiera a través de un procedimiento eficaz y oportuno.

La Corte Constitucional ha expuesto el fundamento de la obligación de la entidad de responder por el desequilibrio económico del contrato, así:

“En nuestro derecho positivo, al margen de las previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4º, 5º-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”⁹⁹

Y el Consejo de Estado, en consonancia con su línea jurisprudencial, ha expresado respecto de la aplicación y los presupuestos del equilibrio económico del contrato lo siguiente:

“Las entidades estatales, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, están llamadas a responder pecuniariamente mediante una condena proferida por la autoridad judicial correspondiente, en términos generales, cuando quiera que en desarrollo de un contrato debidamente celebrado... : (vii) incumplan la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de las alteraciones que ocurran por la modificación del contrato (ius variandi), el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión”.¹⁰⁰

Existe así una “obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato”, adoptando “... en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento..”, entre las cuales no es descartable la utilización de ningún medio legal que permita obtener dicho restablecimiento.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-892-01 M.P Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección b), sentencia de julio 26 de 2012, M. P. Danilo Rojas, Exp. 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756)

Sin embargo, dicho perjuicio en este momento no tiene la característica de ser cierto, es un perjuicio eventual que podría ocurrir, porque aún no se ha construido la intersección del Anillo Vial y, en consecuencia, no podría condenarse a la entidad concedente sobre la hipótesis de un perjuicio futuro y eventual. De llegarse a construir la obra y de materializarse el perjuicio alegado por la convocante, surgiría la obligación para la convocada de responder oportunamente ante el concesionario, restableciendo el equilibrio económico del contrato, mediante el empleo de medios oportunos y eficaces, entre los cuales no se excluiría la compensación, independientemente que el contrato la haya previsto para otras situaciones, o cualquier otro que conduzca a dicha finalidad.

5. Decisión sobre las pretensiones de este Capítulo

En conformidad con las consideraciones expuestas, se accederá a algunas de las pretensiones 5.4 de la demanda, en los términos siguientes:

- (v) se accede a lo solicitado en las pretensiones principales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, primera subsidiaria de la sexta principal y séptima del numeral 5.4.1 de la demanda reformada, y
- (vi) se denegarán las otras pretensiones del numeral 5.4.1 de la demanda.

V. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS DE LA ANI

En este punto, se observa que las excepciones de mérito alegadas por la parte convocada y las defensas invocadas por ella han sido analizadas por el tribunal a lo largo de las consideraciones que sustentan este laudo, razón por la cual, el tribunal se remite a dichos pronunciamientos en relación con tales defensas. Sin embargo, procede a concretar dichas consideraciones a continuación:

1. La convocante interpreta erróneamente los documentos de respuesta de la ANI en otros procesos de selección.

En cuanto a las respuestas dadas por la ANI en otros procesos de selección de contratistas, relacionadas con el plazo, es de observar que en el capítulo II de las Consideraciones del laudo sobre Pretensiones relativas al Plazo, después de examinar los puntos de vista de las partes y de la agente del Ministerio Público, y en consideración a los antecedentes contractuales y de lo dispuesto en el propio Contrato de Concesión Villavicencio-Yopal, el tribunal consideró errónea la interpretación de la convocante, por lo que se remite a lo allí dicho.

En consecuencia, accederá a esta excepción.

2. Las respuestas dadas por la ANI en el proceso de Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-015-2013, que originó el contrato de concesión No. 010 de 2015, fueron claras en señalar que la etapa de preconstrucción tenía una duración de 360 días.

En el capítulo II de las Consideraciones del laudo, sobre pretensiones relativas al plazo, se analizó el tema y se concluyó que las respuestas dadas por la ANI en el proceso licitatorio VJ-VE-IP-LP-015-2013 del Contrato de Concesión No. 010 de 2015 fueron claras en señalar que la etapa de preconstrucción tenía una duración de 360 días.

En consecuencia, se accederá a esta excepción.

3. El Contrato es ley para las partes y debe ser cumplido

Se trata de un principio general del derecho privado, acogido por la legislación civil, sin que constituya una verdadera excepción que deba ser resuelta en el laudo.

4. Las situaciones alegadas por la convocante como fundamento de sus pretensiones, son riesgos asumidos expresamente por el concesionario, de manera que no pueden ser tenidos en cuenta.

En cuanto a la controversia respecto de los diseños que es objeto de las pretensiones incluidas en el numeral 5.3.1. y 5.3.2 de la demanda reformada, se concluyó que el riesgo de diseño es del Concesionario y que este es el responsable de proponer excepciones puntuales al MDG.

En consecuencia, se accederá a esta excepción.

5. La convocante incumplió el contrato de concesión No. 010 de 2015 suscrito con la ANI

Visto que el plazo para el adelantamiento de la etapa de preconstrucción fue de 360 días, como se analiza en las consideraciones de este laudo, término durante el cual el concesionario no cumplió con todas las condiciones precedentes de esa etapa, el tribunal concluyó que hubo incumplimiento del contrato por parte de Covioriente al no respetarse la fecha límite prevista contractualmente para el cumplimiento de dichas obligaciones.

En consecuencia, prospera esta excepción.

6. El Pliego de Condiciones y los documentos que lo integran, adendas y respuestas aclaratorias, tiene supremacía interpretativa.

El tribunal analizó este punto en el Capítulo II de las Consideraciones cuando se ocupó de la "Interpretación del plazo". En efecto, el pliego y los documentos que lo integran —adendas y respuestas aclaratorias— tienen supremacía para fines interpretativos frente a las dudas que puedan surgir de las cláusulas contractuales. Esos elementos deben tenerse presente a la hora de interpretar las dudas que puedan surgir en torno al plazo.

En consecuencia, el tribunal accederá a esta excepción.

7. Lo que pretende el concesionario con la controversia sobre el plazo estimado es mejorar a su favor las condiciones financieras del proyecto pactadas originalmente / violación al principio de la buena fe objetiva en materia contractual.

En cuanto al primer aspecto, el Tribunal considera que no se trata de una excepción de mérito, pues no se dirige a enervar la acción. Y en cuanto al segundo aspecto, esto es la violación del principio de la buena fe con fundamento en esa consideración, estima el tribunal que ello no fue probado.

En consecuencia, se denegará esta excepción de mérito.

8. El concesionario está obligado a aplicar la totalidad de los parámetros del manual de diseño geométrico INVÍAS 2008 en intervenciones de mejoramiento / No le asiste razón al concesionario en cuanto a la supuesta limitación para este proyecto, de la aplicación del mencionado manual de diseño geométrico INVÍAS 2008 en intervenciones de mejoramiento / El contrato es claro, preciso y contundente en la exigencia de todos los parámetros del Manual de Diseño Geométrico de INVÍAS y solo en caso que por diferentes condiciones, su cumplimiento desbordara el alcance del contrato, en el contrato se estableció un ítem que se llama excepciones a la velocidad, excepciones al radio mínimo, excepciones a la pendiente máxima / el contrato es ley para las partes y obliga a lo allí pactado / el riesgo de diseño es del Concesionario, razón por la cual el argumento que construir variantes, o realizar rectificaciones del alineamiento, depende la experticia, ingenio y creatividad del diseñador vial / no es lícito ir en

contravía de los actos propios, el concesionario manifestó que aceptaba el contrato, sus apéndices y anexos / violación de la buena fe objetiva.

Respecto a las excepciones primera y segunda del numeral 4.8 de la contestación de la demanda reformada, el Tribunal estima que prosperan de conformidad con lo señalado en la sección 4.2.2 del Capítulo III de las Consideraciones de este laudo, en cuanto la distinción conceptual definida por las partes en el Contrato de Concesión respecto a las intervenciones de *Construcción y Mejoramiento* no implica que para esta última modalidad de intervención, queden excluidas actividades que además de que son propias de esta, deben sujetarse a las disposiciones del MDG, siempre que respecto de ellas no se dé curso a excepciones de conformidad con lo que el propio MDG prevé, como se explica en detalle en el numeral 4.2.1 *ibídem*.

Frente a la tercera excepción propuesta en el numeral 4.8 de la contestación de la demanda reformada, el Tribunal le reconocerá fundamento, pero solamente en cuanto, como se indicó en el apartado 4.2.1. del Capítulo III de las Consideraciones de este laudo, el referente contractual para dirimir la controversia, específicamente el Apéndice Técnico 3, exige al concesionario dar aplicación a disposiciones contenidas en normas o manuales de carácter técnico entre las cuales se incluye el MDG.

En lo atinente a las excepciones cuarta y quinta del numeral 4.8 de la contestación de la demanda reformada, el Tribunal también declarará su prosperidad según lo señalado en el apartado 4.2.2. del Capítulo III de las Consideraciones de este laudo, en donde se puso de presente que es el Concesionario quien tiene la responsabilidad del proyecto en la etapa de preconstrucción del Contrato de Concesión, y en consecuencia, se encuentran a su cargo el riesgo de diseño por lo que en el mismo deben incluirse las actividades como "construir variantes, o realizar rectificaciones del alineamiento" entre otras, que sean apropiadas para afinar, desarrollar y materializar en diseños definitivos (Fase III), los estudios y diseños Fase II que son entregados al concesionario por el estructurador.

Finalmente, respecto a las excepciones finales (sexta y séptima) planteadas por la convocada en el numeral 4.8 de la contestación de la demanda reformada, relativas a la ilicitud de ir en contravía de los actos propios y la violación de la buena fe objetiva, el Tribunal declara que no prosperan, por carecer de fundamento.

9. Falta de competencia del Honorable Tribunal Arbitral para conocer de la controversia relativa a diseños

Conforme se expuso a espacio en el Capítulo I de las Consideraciones de este laudo, se desestimaré esta excepción por falta de fundamento.

10. El cuarto de datos es meramente informativo / El concesionario tiene la carga de realizar sus propios análisis y desplegar la debida diligencia para el conocimiento integral de su proyecto / La intersección del corredor Villavicencio – Yopal con el proyecto Malla Vial del Meta es estrictamente para la unidad funcional 5 a cargo del concesionario del proyecto Malla Vial del Meta en virtud del contrato de concesión No. 004 de 2015, por lo que no constituye un elemento integrante del contrato de concesión No. 010 de 2015, de manera que no es una condición que se haya pactado con Covioriente SAS y por tanto el contrato de concesión No. 010 de 2015 no ha sufrido modificación alguna en este punto / El contrato de concesión No. 010 de 2015 establece claramente la ubicación del peaje de Puente Amarillo / El concesionario no sufre ninguna afectación económica por la ubicación de la glorieta y en el hipotético caso que se disminuya el recaudo en el mencionado Peaje, por la ubicación de la glorieta, el Contrato contempla que la ANI reconocerá y pagará al Concesionario, la diferencia de recaudo generada, para cumplir con los montos establecidos para tal efecto en la Parte Especial del Contrato de Concesión

Los temas planteados en esta excepción han sido analizados en otros apartes de las consideraciones de este laudo, por lo que el tribunal se remite al Capítulo IV sobre "Pretensiones relacionadas con el Peaje de Puente Amarillo y la Localización de la Conexión Vial". Sin embargo, el tribunal reitera lo dicho de que no hay discusión sobre la ubicación de la estación de peaje de Puente Amarillo así como tampoco de la ubicación de la Conexión Anillo Vial, a la luz del Contrato de Concesión No 004 de 2015 sobre la Malla Vial del Meta, pero sí que en este contrato suscrito por la ANI al ubicar la intersección vial después del peaje de Puente Amarillo, sentido Villavicencio-Yopal, se modifica el punto de la intersección que se tuvo en cuenta en el Contrato 010 de 2015, en donde el peaje queda situado después de esa intersección, con eventuales repercusiones económicas negativas en materia de recaudo. Es cierto que el contrato prevé mecanismos para responder por las diferencias en el recaudo de peajes originadas en riesgos normales de la ejecución contractual, pero la situación en la hipótesis analizada es diferente porque se trata de un

hecho de la propia administración originado en una actuación suya en otro proceso contractual. De llegarse a concretar esas afectaciones al recaudo por concepto de peaje, se podría afectar el equilibrio económico del contrato, surgiendo para la ANI la obligación de restablecerlo mediante el empleo de mecanismos eficaces, entre los cuales puede utilizar formas de compensación o cualquier otro medio que acuerden las partes.

En cuanto a la información contenida en el cuarto de datos, es cierto que la entidad previno a los interesados sobre el carácter informativo de los datos, pero ello debe entenderse dentro de la perspectiva que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado a la información suministrada por la administración en las distintas etapas de los procesos licitatorios, tal como se analiza en el aparte pertinente de las consideraciones de este laudo.

En consecuencia, esta excepción no prospera.

11. Inexistencia de fundamentos legales y/o contractuales y/o probatorios que hagan prosperas (sic) las pretensiones de la reforma de la demanda y por tanto deben negarse en su totalidad

No se trata propiamente de una excepción, pues comprende la totalidad de los fundamentos legales, contractuales y probatorios de la reforma de la demanda que la convocada considera inexistentes, convirtiéndose así en una afirmación genérica, con mayor razón si se tiene en cuenta que la reforma se integra a la demanda, de donde ésta resulta ser un único cuerpo. Esas consideraciones generales sobre los fundamentos fácticos, legales y contractuales han sido precisamente materia del proceso que se ha desarrollado en esta sede arbitral y que son objeto del laudo, en donde el tribunal ha analizado los aludidos fundamentos.

En consecuencia, se negará esta excepción.

12. Excepción genérica

No encuentra el tribunal, por fuera del marco jurídico fijado por las pretensiones de la demanda reformada y de su respuesta por la convocada así como del material probatorio arrimado al expediente, que exista alguna situación con incidencia en las pretensiones que el tribunal deba oficiosamente abocar para algún pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, esta excepción no prospera.

VI. COSTAS

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, "en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión" (artículo 365).

A partir de los criterios señalados, teniendo en cuenta que prosperan de manera parcial las pretensiones de la demanda, el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenida en el presente laudo, así como la actividad procesal desplegada por los apoderados, quienes han actuado conforme a la corrección y a la lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, amén de que no se vislumbra conducta temeraria alguna, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Por último, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, se considera que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso fue ajustada a derecho y atendió los postulados de la buena fe y probidad, por lo que no se dedujo ningún indicio de tales conductas.

CAPÍTULO TERCERO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE - COVIORIENTE S.A.S.**, parte demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, parte demandada, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE :

PRIMERO.- Desestimar por falta de fundamento la excepción propuesta por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** denominada "Falta de competencia del Honorable Tribunal Arbitral para conocer de la controversia relativa a diseños".

SEGUNDO.- Declarar que el Contrato de Concesión No. 010 de 2015 materia de este laudo existe y es válido.

TERCERO.- Declarar, con el alcance precisado en la parte motiva, que el Apéndice Técnico 1 refleja el contenido de los documentos elaborados por el Estructurador del Proyecto respecto de las Intervenciones de Mejoramiento. En ese sentido, prospera la pretensión primera del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

CUARTO.- Declarar que las Intervenciones de Mejoramiento y Construcción tienen alcances diferentes conforme lo establece el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión. En ese sentido, prospera la pretensión segunda del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada, conforme a lo expuesto en la parte motiva, en particular respecto del alcance de la intervención de Mejoramiento.

QUINTO.- Declarar que **COVIORIENTE S.A.S.** tiene la obligación de realizar las Intervenciones de Construcción única y exclusivamente en las Unidades Funcionales 1 y 7, en los términos de la pretensión tercera del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

SEXTO.- Declarar que las Intervenciones por ser ejecutadas por **COVIORIENTE S.A.S.** en la Fase de Construcción del Contrato de Concesión en las Unidades Funcionales 2 a 6 del Proyecto consisten única y exclusivamente en el Mejoramiento, en los términos definidos en el Apéndice Técnico 1, con el alcance definido en la parte motiva. En ese sentido, prospera la pretensión cuarta del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

SÉPTIMO.- Declarar que la **ANI** no objetó los estudios y diseños presentados por el Estructurador del Proyecto que dieron origen al Proceso de Selección del Contrato de Concesión. En ese sentido, prospera la pretensión séptima del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

OCTAVO.- Declarar que para las Intervenciones de Mejoramiento para las Unidades Funcionales del Proyecto se pueden exceptuar algunos criterios o parámetros previstos en el Manual de Diseño Geométrico del INVÍAS 2008. En ese sentido, prospera la pretensión octava del numeral 5.3.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada, según lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO.- Declarar que el Contrato de Concesión materia de este laudo establece como ubicación de la Conexión Anillo Vial el punto de referencia o PR 7+000, en los términos de la pretensión primera del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO.- Declarar que el Contrato de Concesión materia de este laudo establece que el punto de ubicación de la Conexión Anillo Vial coincide con el fin del Sector 1 e inicio del Sector 2 de la Unidad Funcional 1, en los términos de la pretensión segunda del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO PRIMERO.- Declarar que el Proyecto al que se refiere este laudo está estructurado para recibir y/o obtener los ingresos que genera el flujo vehicular que converge en la Conexión Anillo Vial, en los términos de la pretensión tercera del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Declarar que la ubicación de la estación de Peaje Puente Amarillo prevista en el Contrato de Concesión es en el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 entre la Conexión Anillo Vial y Restrepo, en los términos de la pretensión cuarta del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO TERCERO.- Declarar que las intervenciones relacionadas con el peaje Puente Amarillo a cargo de **COVIORIENTE S.A.S.** y con aquellas previstas para el Sector 2 de la Unidad Funcional 1 (inicio de la construcción de doble calzada) guardan estricta relación con el tráfico vehicular que se proyecta transitará por el Sector 2 de la Unidad Funcional 1, en los términos de la pretensión quinta del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO CUARTO.- Declarar que la modificación por parte de la **ANI** en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo altera las condiciones iniciales en las que **COVIORIENTE S.A.S.** presentó oferta y celebró el contrato, en los términos de la primera pretensión subsidiaria de la pretensión sexta principal del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO QUINTO.- En consecuencia, declarar que a **COVIORIENTE S.A.S.** no le corresponde asumir los efectos negativos que se deriven de la modificación por parte de la **ANI** en la ubicación de la Conexión Anillo Vial respecto de la localización del Peaje Puente Amarillo, en los términos de la pretensión séptima del numeral 5.4.1. del capítulo de pretensiones de la demanda reformada.

DÉCIMO SEXTO.- Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las demás pretensiones de la demanda reformada de **COVIORIENTE S.A.S.**

DÉCIMO SÉPTIMO.- En relación con las excepciones y defensas formuladas por la **ANI**, estarse a lo resuelto en el Capítulo V de las Consideraciones de esta providencia.

DÉCIMO OCTAVO.- Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de imponer condena en costas.

DÉCIMO NOVENO.- Ordenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** que dentro de los tres días siguientes a la presente providencia informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este arbitraje. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.

VIGÉSIMO.- Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se realizará el pago del saldo en poder del presidente del Tribunal Arbitral, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

HERNANDO HERRERA MERCADO
Presidente

SAMUEL CHALELA ORTIZ
Árbitro

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario