

TRIBUNAL ARBITRAL

CSS CONSTRUCTORES S.A.

Vs.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

LAUDO ARBITRAL

(TRÁMITE No. 5286)

Bogotá D.C., República de Colombia, 11 de abril de 2019

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos que establecen la Constitución Política y las leyes, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitraje profiere, en derecho, el Laudo de mérito que finaliza el proceso arbitral convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** para dirimir sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, derivadas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

I. ANTECEDENTES

A. LOS SUJETOS PROCESALES

1. La Parte Convocante

Es la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 7 de julio de 2017 por la Cámara de Comercio de Bogotá¹, fue constituida mediante Escritura Pública No. 1875 de la Notaría 2 de Zipaquirá, Cundinamarca, del 12 de diciembre de 2001, inscrita inicialmente el 18 de febrero de 2002 bajo el Número 00815187 del Libro IX y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en el municipio de Chía, se identifica con el NIT 832.006.599-5 y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor **Jorge Alejandro González Gómez**.

La sociedad concesionaria ha estado representada en este proceso por la doctora **Patricia Mier Barros**, según poder especial que obra en el expediente², y a quien el Tribunal le reconoció personería por Auto de 19 de octubre de 2017.

¹ Folios 50 a 62, Cuaderno Principal

² Folio 49, Cuaderno Principal.

2. La Parte Convocada

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** en adelante **ANI**, entidad pública del orden nacional, identificada con el NIT 830.125.996-9 cuya naturaleza jurídica y denominación fue dispuesta por el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, bajo la modalidad de Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá y es representada por su Presidente, cargo que al inicio del proceso ejercía el doctor **Dimitri Zaninovich Victoria** y que a la fecha ocupa el doctor **Louis François Kleyn López**.

La entidad convocada estuvo representada en este proceso por el doctor **Gabriel de Vega Pinzón** (Q.E.P.D.), según poderes especiales que obran en el expediente³, a quien el Tribunal le reconoció personería por Autos de 11 de enero y 30 de agosto de 2018, así como por la doctora **Sandra Milena Rodríguez Mora** a quien le fue sustituido el poder en varias oportunidades y quien actualmente ostenta tal representación, según lo reconoció el Tribunal en audiencia de 7 de marzo de 2019.

En consecuencia, advierte el Tribunal que las personas jurídicas que en este proceso actúan como Convocante y como Convocada cuentan con capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al juicio y se encuentran debidamente representadas.

3. El Ministerio Público

El 25 de julio de 2017 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Procuraduría General de la Nación sobre la convocatoria de este Tribunal de Arbitraje⁴ y el 6 de octubre de 2017 sobre su instalación⁵ y, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., por Auto de 19 de octubre de 2017, el Tribunal ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 31 de octubre siguiente⁶. Para los efectos previsto en el Decreto 262 de 2000 y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P. y los numerales 1 y 4, literal a), del artículo 46 del mismo estatuto, así como en lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012, el Ministerio Público designó como su Agente para este proceso al doctor **Dayán Alberto Blanco Leguízamo**, Procurador 10 Judicial II para Asuntos Administrativos, quien ha venido actuando durante todo el trámite.

4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, el 3 de agosto de 2017 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la iniciación de este trámite arbitral⁷ y, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., por Auto de 19 de octubre de 2017, el Tribunal ordenó notificarle el Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 31 de octubre siguiente⁸.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el proceso.

³ Folio 277 y 449 Cuaderno Principal.

⁴ Folios 72 y 73, Cuaderno Principal.

⁵ Folios 154 a 157, Cuaderno Principal.

⁶ Folios 246 y 247, Cuaderno Principal.

⁷ Folios 74, Cuaderno Principal.

⁸ Folios 171 a 173, Cuaderno Principal.

B. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Las pretensiones planteadas en la demanda arbitral tienen relación con la celebración y ejecución del “*CONTRATO DE CONCESIÓN 0377*” suscrito el 15 de julio de 2002⁹ entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE**, el cual, según su Cláusula 2, tuvo por objeto:

“CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO

“El objeto del presente **Contrato**, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento de los **Trayectos**¹⁰, la prestación de servicios y el uso de las bienes de propiedad del **INVIAS** dados en concesión, para la cabal ejecución del **Proyecto**, bajo el control y vigilancia del **INVIAS** y demás entidades competentes que determine la ley, y con la financiación que el **CONCESIONARIO** obtenga de los **Prestamistas** y provea de sus propios recursos y los **Pagos Estatales** que serán destinados a financiar parte del costo de la obra que deberá realizar el **CONCESIONARIO** en virtud del **Contrato**, incluida la **Deuda Subordinada de los Accionistas**.

“El **INVIAS** concede al **CONCESIONARIO** por medio de este **Contrato** el uso y la explotación del Proyecto por el tiempo de duración del **Contrato**, para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de una remuneración que consiste en lo siguiente: (a) la cesión de los derechos del **INVIAS** sobre (i) el recaudo del **Peaje** en los sitios y con las tarifas que sean aplicables de conformidad con este **Contrato** y (ii) el recaudo de la **Contribución de Valorización** de los predios afectados por las obras a realizar en el **Proyecto**, distribuida y liquidada de acuerdo a lo establecido en los términos de este **Contrato**; y (b) la entrega de los **Pagos Estatales** para los fines y en los términos establecidos en este **Contrato**. La **Contribución de Valorización** que sea efectivamente recaudada se contabilizara como **Ingreso Real** en los términos de las Cláusulas 16 y concordantes de este **Contrato**. Dicha **Contribución de Valorización**, a pesar de haber sido cedida al **CONCESIONARIO** en virtud de este **Contrato**, deberá ser presupuestada como ingreso del **INVIAS**, si así lo disponen las normas vigentes aplicables y su ejecución se hará conforme a lo establecido en este **Contrato**.

“El **CONCESIONARIO** realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del **Proyecto**, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en el presente **Contrato** y siempre bajo la dirección, control y vigilancia del **INVIAS**.

“**PARÁGRAFO PRIMERO: ALCANCE DEL PROYECTO VIAL:** El alcance físico específico del **Proyecto** se divide en el **Alcance Básico** y el **Avance Condicionado**, los cuales se describen en las Cláusulas 6.2.1. y 7.2.7., respectivamente, y demás concordantes del **Contrato**, así como en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**.

“En desarrollo del objeto del **Contrato**, el **CONCESIONARIO** deberá realizar todas las obras previstas en el **Alcance Básico** y el **Alcance Condicionado** para todos los **Trayectos** y e mantenimiento y construcción de los **Puentes** del **Proyecto** de conformidad con lo establecido en los **Pliegos**, las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**, las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**, el mismo **Contrato**, el Cronograma de Priorización de Obras, el Anexo No. 1 – Esquema de Gradualidad-, los requerimientos establecidos por la respectiva autoridad ambiental y el **Plan de Gestión Social**.

“**PARÁGRAFO SEGUNDO:** En caso de existir cualquier contradicción entre el **Cronograma**

⁹ Folios 2 a 161, Cuaderno de Pruebas No. 1

¹⁰ En la cláusula 1. DEFINICIONES del Contrato (folios 31 y 32 Cuaderno de Pruebas N° 1), se encuentran relacionados 18 Trayectos o segmentos en los que se dividieron las vías “*respecto de las cuales versa este contrato, para efectos de la ejecución del Proyecto, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento*”.

de Priorización de Obras y cualquiera de los documentos que a continuación se enumeran, prevalecerán en su orden dichos documentos, sobre el **Cronograma de Priorización de Obras**: (i) el Contrato; (ii) el Pliego de Condiciones; y/o (iii) las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** y/o las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**.¹¹

Es necesario precisar que en virtud de la expedición de la Resolución 3045 de 22 de agosto de 2003, el **Instituto Nacional de Vías** cedió y subrogó al **Instituto Nacional de Concesiones -INCO-** a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 suscrito con el **Consortio Solarte**.

Así mismo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo tercero de la citada Resolución, entre el **INCO** y el Concesionario suscribieron el 15 de junio de 2004, la modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 mediante la cual el **INCO** sustituyó al **INVIAS** en el citado contrato.

A su vez, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INCO** fue transformado en la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1º), entidad que, de acuerdo con los artículos 3 y 26 del Decreto Ley 4165 de 2011, asumió las funciones relacionadas con la estructuración, adjudicación y/o contratación de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada; a partir de la expedición del referido Decreto, tales funciones fueron asumidas por la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** en relación con cada uno de tales contratos a partir de la fecha efectiva de la subrogación que se le hiciera de los mismos a través de acto administrativo.

Adicionalmente, el Contrato de Concesión No. 0377 de 2012, fue cedido por parte del **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, cesión que fue autorizada y aprobada por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, mediante la suscripción del Otrosí Modificatorio al citado Contrato de Concesión denominado “Cesión de Contrato de Concesión Número 0377 de 15 de julio de 2002”, celebrado el 3 de noviembre de 2013 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Sociedad CSS Constructores S.A. Esta última, igualmente, aceptó dicha cesión.¹²

C. EL PACTO ARBITRAL

En el numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión 0377 de 2002¹³, las Partes incluyeron una Cláusula Compromisoria, la cual expresamente dispone:

“61.2 ARBITRAMENTO - CLÁUSULA COMPROMISORIA

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

¹¹ Folio 35 y 36, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹² Folios 270 a 274, Cuaderno de Pruebas N° 1

¹³ Folios 156, Cuaderno de Pruebas N° 1.

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

“(i) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio, y los cuales serán designados de común acuerdo entre las Partes o en su defecto, si transcurridos diez (10) Días Calendario las Partes no se han puesto de acuerdo, serán designados por la Cámara de Comercio mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la misma;

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

“(iii) El Tribunal decidirá en derecho; y

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

Se advierte que en este proceso las Partes no cuestionaron la existencia, validez ni eficacia del pacto arbitral antes transcrito.

D. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

1. La demanda arbitral

El 25 de julio de 2017 la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, por intermedio de apoderada judicial especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** derivadas del Contrato de Concesión N° 0377 de 2002¹⁴.

2. Árbitros

En aplicación de lo dispuesto en numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión 0377 de 2002, las Partes, de común acuerdo, designaron para integrar este Tribunal a los Árbitros **Jorge Enrique Ibáñez Najar**, **Anne Marie Mürrle Rojas** y **Nicolás Gamboa Morales**¹⁵. Los Árbitros **Ibáñez Najar** y **Mürrle Rojas** manifestaron su aceptación oportunamente y el Árbitro **Gamboa Morales** la declinó, como igual lo hizo el primer suplente numérico, razón por la cual el Centro de Arbitraje le comunicó la designación al Árbitro **Juan Pablo Cárdena Mejía**, quien aceptó dentro de la oportunidad legal.

3. Instalación

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 19 de octubre de 2017, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁶; en la audiencia fue designado como Presidente el Árbitro **Jorge Enrique Ibáñez Najar** y como Secretario el doctor **Pedro Orlando Garavito Valencia**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo¹⁷.

¹⁴ Folios 1 a 46, Cuaderno Principal.

¹⁵ Folio 100, Cuaderno Principal.

¹⁶ Acta N° 1, folios 158 a 162, Cuaderno Principal.

¹⁷ Acta N° 2, Folio 168, Cuaderno Principal.

4. Admisión de la demanda

En la audiencia de instalación el Tribunal, entre otros, reconoció personería a la apoderada de la Parte Convocante y fijó su sede. Además, por reunir los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, admitió la demanda, ordenó notificar y correr traslado de ella.

5. Notificación del Auto admisorio de la demanda

El 31 de octubre de 2017 por Secretaría se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda, en la forma establecida por el artículo 612 del C.G.P., a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁸.

6. Contestación de la demanda arbitral

El 9 de enero de 2018 la Parte Convocada, por intermedio de apoderado judicial especial constituido para el efecto, contestó en tiempo la demanda arbitral, en la que se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó tener como pruebas las documentales allegadas al proceso por la Parte Convocante.¹⁹

7. Traslado de la objeción del juramento estimatorio y de las excepciones de mérito propuestas

De las excepciones propuestas y de la objeción al juramento se corrió traslado y el 17 de enero de 2018 la señora apoderada de la Parte Convocante radicó memorial con el cual lo recorrió oportunamente para oponerse a las excepciones y a la objeción propuestos y aportó pruebas²⁰.

8. Audiencia de conciliación

El 31 de enero de 2018 se celebró la audiencia de conciliación de este proceso arbitral que en virtud de la decisión del Comité de Conciliación de la entidad de no conciliar se declaró fallida y se dispuso continuar con el trámite arbitral²¹.

9. Fijación y pago de los gastos del proceso

Declarada fracasada la conciliación, en la misma audiencia de 31 de enero de 2018, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, procedió a fijar los honorarios y gastos de este proceso. Dentro de la oportunidad legal, sólo la Parte Convocante pagó las sumas a su cargo, y la misma sociedad, haciendo uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 27 de la citada Ley, también canceló por la Parte Convocada las sumas que dejó de pagar.

¹⁸ Folios 169 a 247, Cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 248 a 276, Cuaderno Principal.

²⁰ Folios 291 a 303, Cuaderno Principal.

²¹ Acta N° 4, Folios 305 a 312, Cuaderno Principal

10. Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite se celebró el día 6 de marzo de 2018, conforme con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella se leyeron la Cláusula Compromisoria, las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito y también se fijó la cuantía del proceso, luego de lo cual el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las Partes, relativas al “*Contrato de Concesión N° 0377 de 2002*”, con fundamento en el Numeral 61.2 de la Cláusula 61 del referido Contrato de Concesión; se fijó además el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las Partes y se fijó el calendario para practicarlas.²²

11. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio

En la demanda arbitral la sociedad convocante estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$93.285’186.586²³. Por su parte, el señor apoderado de la entidad convocada, objetó el anterior juramento estimatorio y, dentro del traslado de éste, la señora apoderada de la convocante solicitó desestimarlos.

12. Audiencias

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 24 audiencias, incluyendo la de juzgamiento y lectura de la parte resolutive del Laudo.

E. TÉRMINOS DEL PROCESO

Toda vez que en el pacto arbitral las Partes no establecieron el término de duración del proceso, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal, por Auto de 6 de marzo 2018, lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que pudieran presentarse en su desarrollo.²⁴

Como la primera audiencia de trámite se cumplió el 6 de marzo de 2018, el término de este proceso se extendía inicialmente hasta el 5 de septiembre de 2018; sin embargo, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, para el cómputo del término se deben considerar los días en que el proceso ha estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que los apoderados de las Partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión del proceso en las siguientes fechas: i) 16 de marzo y 20 de abril de 2018, ambas fechas incluidas (Acta 6): 23 días hábiles; ii) 26 de abril y 7 de mayo de 2018, ambas fechas incluidas (Acta 8): 7 días hábiles; iii) 16 de mayo y 6 de junio de 2018, ambas fechas incluidas (Acta 9): 15 días hábiles; iv) 7 y 18 de junio de 2018, ambas fechas incluidas (Acta 10): 7 días hábiles; v) 2 y 21 de agosto de 2018, ambas fechas incluidas (Acta 13): 12 días hábiles; vi) 31 de octubre de 2018 y el 15 de enero de 2019, ambas fechas incluidas (Acta 17): 50 días hábiles; 17 y 24 de enero de 2019 (Acta 18); 6 días hábiles. De conformidad con lo anterior, el total de suspensiones suman 120 días.

Consta igualmente en el expediente que, por Auto de 16 de enero de 2019, el Tribunal, por solicitud de las Partes, decretó la prórroga por dos (2) meses del término del proceso arbitral, con lo cual éste se amplió hasta el 29 de abril de 2019²⁵, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

²² Acta No. 5, Folios 326 a 344, Cuaderno Principal No. 1

²³ Folios 43 a 46, Cuaderno Principal.

²⁴ Acta No. 5, folios 326 a 344, Cuaderno Principal No. 1

²⁵ Acta No. 18, folios 494 a 498, Cuaderno Principal No. 1

F. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del trámite arbitral y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue señalado por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del C. G. del P.

El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia del 7 de marzo de 2019, una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los señores apoderados de las Partes y el señor representante del Ministerio Público expresamente manifestaron no encontrar vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento²⁶.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en el pacto arbitral debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

1. Demanda en forma

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que la demanda arbitral cumplía con las exigencias procesales y, por ello, en su oportunidad la sometió a trámite.

2. Capacidad

Del estudio de los documentos aportados por las Partes e incorporados al expediente por el Tribunal se observa que tanto la sociedad **CSS Constructores S.A.** así como la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

3. Pretensiones

La sociedad **CSS Constructores S.A.** solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la demanda arbitral²⁷, así:

“3.1. DECLARATIVAS.

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

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

²⁶ Acta No. 17 folios 486 a 489, Cuaderno Principal No. 1

²⁷ Folios 3 a 12, Cuaderno Principal No. 1

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

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

“PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN TARIFARIA.”

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

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

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

- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para los primeros siete periodos de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada para este periodo, el cual ascendió a \$888.387.454,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el octavo periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$154.753.000,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el noveno y décimo periodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007 y entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$322.029.700,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$160.855.800,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$178.032.000,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$177.304.700,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$219.981.800,00.
- “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010*”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$260.095.200,00.

- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$396.912.500,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$452.912.500,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$472.658.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$453.823.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$484.105.600,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$489.621.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$499.907.100,00.
- “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$516.619.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$536.176.100,00.

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

- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2014 y el 22 de marzo de 2015”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$530.205.400,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2015 y el 22 de septiembre de 2015”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$537.385.900,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2015 y el 22 de marzo de 2016”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$567.004.800,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2016”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$598.176.800,00.

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

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

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

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

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

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

“**DÉCIMA PRIMERA:** Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **Dieciocho mil novecientos noventa y ocho millones setecientos ocho mil ciento sesenta y tres pesos (\$18.998’708.163,00)**, por concepto de compensación tarifaria.

CAPITAL: \$9.448.218.100

INTERESES CORRIENTES: \$1.400.747.919

INTERESES MORATORIOS: \$8.149.742.144

“PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACÍN AL SECTOR VILLAPINZÓN-CHOCONTÁ.

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

*“16.1.1. Las siguientes son las **Casetas de Peaje Existentes** que serán cedidas por el **INVILAS** al **CONCESIONARIO:***

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

“**DÉCIMA TERCERA:** Que se declare que la “*Caseta Albarracín*” ubicada en el Trayecto 5, debía estar ubicada en el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque en los términos previstos en el contrato de concesión No. 0377 de 2002.

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

“**DÉCIMA QUINTA:** Que se declare que mediante documento del 29 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** acordaron el traslado del peaje de “*Albarracín*” a un punto en el Trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

DÉCIMA SEXTA: Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, mediante documento de fecha del 29 de septiembre de 2009 impartió una instrucción a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de construir la infraestructura del peaje “Albarracín” en los alrededores del peaje existente.

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

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

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

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

“PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE PROMOCIÓN AL TURISMO.

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

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

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

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

“**VIGÉSIMA TERCERA:** Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que impusieron al Concesionario la asunción de costos que no estaba obligado a asumir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1° de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

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

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

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

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

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

“**VIGÉSIMA NOVENA:** Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** debe a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1° de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012 la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$894.090.246)** a título de capital.

“**TRIGÉSIMA:** Que se declare que para la cuantificación de los intereses correspondientes a la compensación que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por concepto de la expedición y entrada en vigencia de la

Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1° de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012, es aplicable a la tasa definida en la cláusula 12.2.1 del contrato de concesión 0377 de 2002.

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

CAPITAL: \$894.090.246

INTERESES: \$376.077.017

“3.2. PRETENSIONES DE CONDENA.

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

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

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

“**PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4° Numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

“**TERCERA:** Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana (Art. 884 del Código de Comercio).

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

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

4. Los hechos soporte de las pretensiones planteados por la sociedad CSS Constructores S.A.

Los hechos que soportan las pretensiones de la Parte Convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral²⁸, y a ellos se remitirá el Tribunal al momento de resolver las pretensiones y excepciones formuladas.

5. Excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestos por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-

La entidad pública convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral para lo cual propuso como excepciones o medios de defensa las contenidas en los siguientes títulos²⁹:

“EXCEPCIONES REFERENTES AL “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN TARIFARIA.”

- INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 18 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002.
- LA TARIFA ESPECIAL DE PEAJE EL ROBLE SE ESTABLECIÓ CON ANTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

EXCEPCIONES REFERENTES AL “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACÍN AL SECTOR VILLAPINZÓN-CHOCONTA”.

- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

EXCEPCIONES RESPECTO AL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE PROMOCIÓN AL TURISMO.

- EL RIESGO TRIBUTARIO ES ASUMIDO POR EL CONCESIONARIO
- EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO.
- DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.
- AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI.
- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO
- FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS.
- EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

²⁸ Folios 12 a 36, Cuaderno Principal N° 1

²⁹ Folios 257 a 274, Cuaderno Principal N° 1

6. Las pruebas decretadas y practicadas

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las Partes y decretados en Auto de 6 de marzo de 2018, Acta No. 5.

Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente, con excepción de las desistidas por los apoderados, son las siguientes:

6.1. Pruebas solicitadas por la Parte convocante

6.1.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos aportados por esta Parte al proceso que relacionó en la demanda arbitral que radicó el 25 de julio de 2017³⁰ y en el memorial radicado el 17 de enero de 2018³¹ para descorrer el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.

6.1.2. Oficios: Se ofició a la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** para que con destino al expediente aportara copia del “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para los primeros siete periodos de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006*” de fecha 19 de octubre de 2006³².

El 23 de marzo de 2018 la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** remitió mediante Comunicación No. 2018-701-009117-1 la información solicitada contenida en un (1) CD³³.

6.1.3. Dictamen Pericial Económico Financiero: Por Auto de 6 de marzo de 2018 el Tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial, el cual estuvo a cargo del Perito Económico – Financiero, doctor **Julio Villarreal Navarro**, quien debió responder el cuestionario planteado por la sociedad convocante a folio 42 del Cuaderno Principal y actualizado con memorial de 28 de febrero de 2018, así como el formulado el 2 de marzo siguiente por la entidad convocada, el cual fue rendido el 4 de mayo de 2018.³⁴

Por Auto de 20 de junio de 2018 el Tribunal ordenó al Perito económico financiero responder la pregunta N° 11 del cuestionario formulado por la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**, respuesta que fue rendida el 26 de junio siguiente³⁵, y el 27 de junio de 2018 se corrió traslado de forma integral de todo el dictamen pericial.

El 4 de julio de 2018 la sociedad **CSS Constructores S.A.** radicó solicitud de aclaraciones y complementación al dictamen³⁶; A su vez, el 12 de julio siguiente, la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** presentó solicitud de aclaraciones y complementaciones al dictamen³⁷. Dichas solicitudes de aclaración y complementación, así como las solicitadas de oficio fueron ordenadas por Auto de 30 de agosto de 2018³⁸.

El perito rindió las respectivas aclaraciones y complementaciones el 21 de septiembre de 2018³⁹ y, dentro del traslado de éstas, el 12 de octubre siguiente la **Agencia Nacional de Infraestructura -**

³⁰ Folios 36 a 42, Cuaderno Principal

³¹ Folio 303, Cuaderno Principal

³² Folio 42, Cuaderno Principal

³³ Folios 377, Cuaderno de Pruebas N° 1

³⁴ Folios 386 a 454, Cuaderno de Pruebas No. 4

³⁵ Folios 455 a 487, Cuaderno de Pruebas N° 4

³⁶ Folios 402 a 405, Cuaderno Principal No. 1

³⁷ Folios 406 a 409, Cuaderno Principal No. 1

³⁸ Acta 14, folios 456 a 455, Cuaderno Principal No. 2

³⁹ Folios 560 a 597, Cuaderno de Pruebas No. 4

ANI- radicó pronunciamiento sobre dichas aclaraciones y complementaciones⁴⁰.

Por Auto de 17 de octubre de 2018⁴¹ el Tribunal ordenó de oficio al señor Perito revisar la respuesta dada a las Preguntas 7, 8, 14 y 15 de su escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen, en lo relativo al cuestionario de **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** y el 22 de octubre el señor Perito presentó la revisión a la respuesta dadas a tales preguntas⁴². Surtido el respectivo traslado de éstas, el 29 de octubre la Convocada se pronunció al respecto⁴³.

6.2. Pruebas solicitadas por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-

6.2.1. Documentales: En atención a lo manifestado por esta Parte en el acápite de pruebas contenido en la contestación de la demanda arbitral, se tuvo como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos allegados por la sociedad Convocante con la demanda arbitral.

Se tuvo en cuenta, además, que la Parte Convocada presentó el 2 de marzo de 2018, un cuestionario para que fuera resuelto por el perito económico - financiero que rindió el dictamen solicitado por la Parte Convocante.

6.3. Pruebas de oficio: En cumplimiento del deber que le impone el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso para decretar pruebas de oficio y así *“verificar los hechos alegados por las partes”*, en armonía con lo establecido por el artículo 170 del mismo estatuto procesal⁴⁴ el Tribunal decretó las siguientes pruebas:

6.3.1. Oficio: El 8 de marzo de 2018 se libró oficio a la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** con el fin de que remitiera copia digital o física de los siguientes documentos:

1. Los relacionados con la estructuración técnica, económica financiera y jurídica del proyecto al que se refiere el Contrato de Concesión 0337 de 2002.
2. El pliego de condiciones de la Licitación que precedió al referido contrato de concesión, sus adendos y anexos.
3. La propuesta presentada en dicha Licitación por el Proponente Concesión Solarte Solarte.
4. Todas las modificaciones al Contrato de Concesión 0337 de 2002, sus otrosíes y/o adiciones.
5. Todos los demás documentos -entre ellos memorandos internos, decisiones, instrucciones, opiniones, correspondencia, cálculos, informes y comunicaciones de la Interventoría- relacionados con la ejecución contractual.

El 23 de marzo de 2018 la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** mediante memorial con radicado N° 2018-701-009117-1 remitió los documentos solicitados en 13 folios, un (1) disco duro y diez (10) Cd's⁴⁵.

6.3.2 Por Auto de 20 de junio de 2018⁴⁶ el Tribunal ordenó a la sociedad **CSS Constructores S.A.** que remitiera los siguientes documentos:

⁴⁰ Folios 473 a 476, Cuaderno Principal N° 1

⁴¹ Folios 478 a 481, Cuaderno Principal N° 1

⁴² Folios 599 a 609, Cuaderno de Pruebas N° 4

⁴³ Folios 484 a 485, Cuaderno Principal N° 1

⁴⁴ Ley 1564 de 2012. Artículo 170. Decreto y práctica de prueba de oficio. *“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia./ /Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.*

⁴⁵ Folios 359 a 385, Cuaderno de Pruebas N° 4

⁴⁶ Acta 11, Folios 381 a 385, Cuaderno Principal N° 1

- i) “Copia del modelo financiero con el cual se estructuró el proyecto que dio origen al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002. (...)”
- ii) Los Estudios de Tránsito, Capacidad y Niveles de Servicio del corredor vial Briceño – Tunja – Sogamoso y de cada uno de los sectores o trayectos que lo conforman, elaborados o contratados por la Sociedad **CSS Constructores S.A.**”

El 26 de junio de 2018 la señora apoderada de la sociedad **CSS Constructores S.A.**, remitió memorial con el cual acompañó dos documentos denominados i) “*Presentación Briceño Cuarto de Datos: Memorando de Información Enero de 2002*” y ii) “*Cuarto de Datos Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso.*”⁴⁷

El 21 de junio de 2018, se ofició al **Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-** con el siguiente propósito:

- i) Informara al Tribunal en qué fecha fue construida y/o instalada la caseta o estación de peaje denominada “*Caseta Albarracín*” que actualmente hace parte de la infraestructura del proyecto vial Briceño – Tunja – Sogamoso y que fue cedida por el INVÍAS al Concesionario CSS Constructores S.A., en virtud de lo pactado en la Cláusula 16.1.1. del Contrato de Concesión No. 0377 celebrado el 15 de julio de 2002 entre el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS y el Consorcio Solarte Solarte;
- ii) Informara al Tribunal si esa caseta o estación de peaje siempre ha estado ubicada en el sitio donde actualmente se encuentra, o si estuvo inicialmente ubicada en otro lugar, o si alguna vez fue reubicada en otro sector o trayecto y cuál ha sido el sector o sectores o trayecto de influencia de dicha estación de peaje. Igualmente, este Instituto deberá suministrar los estudios de tráfico vehicular de que disponga respecto de la vía Briceño – Tunja – Sogamoso objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, que se hayan realizado antes de entregarse la vía en Concesión;
- iii) Remitiera al Tribunal, copia de los Estudios y Diseños ejecutados para el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS por el Consorcio Consultor DIS Ltda. – Enrique Dávila Lozano en el año 1998 y cuyo objeto consistió en los *ESTUDIOS DE REHABILITACIÓN Y ANTEPROYECTO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA CALZADA DE LA CARRETERA BRICEÑO – TUNJA – SOGAMOSO.*

El 5 de julio de 2018 el **Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-** con documento OAJ28493 dio respuesta al oficio enviado por el Tribunal, con el cual remitió Memorando Circular No. OAJ 42386 de 22 de junio de 2018 adjuntando un (1) CD⁴⁸.

6.3.3. Por Auto de 20 de junio de 2018 el Tribunal requirió a la Convocada para que remitiera copia física o en formato PDF del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, con todos sus anexos, apéndices, Otrosíes y/o contratos adicionales con sus respectivos estudios de necesidad y conveniencia y las actas de inicio y terminación de cada una de las fases.

El 9 de julio de 2018, la entidad convocada con oficio con radicado de salida ANI N° 2018-701-020683-1⁴⁹ remitió los documentos solicitados contenidos en un (1) Cd⁵⁰.

6.3.4. Por Auto de 26 de julio de 2018 el Tribunal ordenó a la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** remitir los siguientes documentos:

1. Las Actas de Compensación Tarifaria correspondientes al período comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, debidamente firmadas por la entidad y las Actas de Acuerdo de Ingresos.

⁴⁷ Folios 488 a 511, Cuaderno de Pruebas N° 4

⁴⁸ Folios 512 a 534, Cuaderno de Pruebas N° 4

⁴⁹ Folios 410 a 429, Cuaderno Principal N° 1

⁵⁰ Folios 535 a 545, Cuaderno de Pruebas N° 4

2. El Modelo Financiero que, según los términos del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, fue elaborado y entregado por la Unión Temporal BOOZ ALLEN & HAMILTON DE COLOMBIA LTDA. – INVERLINK S.A., Banca de Inversión contratada para asesorar al INVÍAS en la estructuración financiera, técnica y legal de Proyecto; el ejercicio financiero con sus correspondientes anexos elaborado por el INCO, la Interventoría y El Concesionario el 21 de abril de 2005 y los documentos técnicos que soportaron la modificación del ingreso esperado y plazo para su obtención conforme a lo previsto en los documentos contractuales, a partir del Documento Final de Ajuste de las Cláusulas del Contrato de Concesión del 29 de septiembre de 2005; el modelo y metodología financiera previsto en el Adicional No. 2 y los ajustes a la modelación financiera realizados a partir del Orosí No. 12.
3. Los documentos relacionados en el Índice del Cuarto de Datos del Contrato 0377 de 2002, distinguidos con los números 28, 29, 33, 58, 75, 76, 101, 107 y 109, esto es,

Cuarto de Datos

Proyecto Briceño - Tunja – Sogamoso

| DOCUMENTOS GENERALES – Enero de 2002 | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|--------|
| Nº | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 28 | VOLUMEN DE TRANSPORTE 1999 | FISICO |
| 29 | VOLUMEN DE TRANSPORTE 2000 | FISICO |
| 33 | RECAUDO Y TPD 2001 POR CASSETAS DE PEAJE BTS | FISICO |
| ESTUDIOS DE REHABILITACION Y ANTEPROYECTO DE CONSTRUCCION DE LA NUEVA CALZADA DE LA CARRETERA BRICENO - TUNJA - SOGAMOSO, FEBRERO 1998, CONSORCIO DIS LTDA. ENRIQUE DAVILA LOZANO | | |
| Nº | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 58 | VOL I ESTUDIO DE TRANSITO, CAPACIDAD Y NIVELES DE SERVICIO | FISICO |
| 75 | VOL XII. EVALUACION ECONOMICA | FISICO |
| 76 | VOL XIV. EVALUACION FINANCIERA INFORME FINAL | FISICO |
| ESTUDIOS DE COMPLEMENTACION DEL PROYECTO DE CONCESION BTS - HIDROCONSULTA LTDA | | |
| Nº | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 101 | VOLUMEN I ESTUDIO DE TRANSITO, CAPACIDAD Y NIVELES DE SERVICIO | FISICO |
| 107 | VOLUMEN XIII RESUMEN | FISICO |
| PRONOSTICO DE TRAFICO E INGRESOS, BRICEÑO - TUNJA - SOGAMOSO. URS CONSULTANTS, INC. JULIO 1998 | | |
| Nº | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 109 | PRONOSTICO DE TRAFICO E INGRESOS, BRICEÑO - TUNJA – SOGAMOSO | FISICO |

Además, el Tribunal ordenó a las Partes aportar “los documentos que contienen los resultados de las mediciones de la variable de servicio, documentos a que se refiere el numeral 1.4.1 de las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Corredor Briceño Tunja Sogamoso y que el Concesionario debió contratar al inicio del segundo semestre del tercer año de la Concesión”.

Respecto de las Actas de Acuerdo solicitadas a la ANI, en memorial de 8 de agosto de 2018, la señora apoderada de la sociedad **CSS Constructores S.A.** al pronunciarse sobre la solicitud de información documental ordenada en el numeral segundo del Auto de 26 de julio de 2018 aportó un (1) Cd que contiene dichas actas desde el año 2002 a Mayo de 2018⁵¹.

El 24 de agosto de 2018 la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** remitió la información ordenada por el Tribunal en los puntos 2 y 4 del Auto de 20 de junio⁵² y el numeral primero del Auto de 26 de julio de 2018, en dos (2) Cd’s⁵³.

⁵¹ Folio 546 (Cd), Cuaderno de Pruebas N° 4

⁵² Folios 548 a 554 (Cd), Cuaderno de Pruebas N° 4

⁵³ Folios 555 a 558 (Cd), Cuaderno de Pruebas N° 4

7. Alegatos de Conclusión

En la audiencia celebrada el 7 de marzo de 2019 las señoras apoderadas de las Partes presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión⁵⁴ y, adicionalmente, en la misma fecha entregaron para el expediente los escritos que contienen sus intervenciones.

A uno y otro alegatos, el Tribunal se referirá más adelante al analizar cada una de las pretensiones de la demanda arbitral y las respectivas excepciones.

8. Concepto del señor Agente del Ministerio Público

En ejercicio de las funciones asignadas en el Decreto 262 de 2000 y, en particular, por el numeral 6 del artículo 2. de la Resolución 270 de 2001 de la Procuraduría General de la Nación, en la misma audiencia convocada para alegar de conclusión, el señor Procurador 10 Judicial II en Asuntos Administrativos de Bogotá, rindió el Concepto del Ministerio Público para este proceso arbitral.

A este concepto el Tribunal se referirá más adelante al analizar cada una de las pretensiones de la demanda arbitral y las respectivas excepciones.

II. ASUNTOS PREVIOS

A. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Es tema pacífico en nuestra jurisprudencia que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Política, así como por su desarrollo normativo estatutario (Leyes 270/1996 y 1285/2009) y especial (Ley 1563/2012), el arbitramento nacional es un mecanismo adicional y excepcional de solución de conflictos y las Partes tienen el derecho constitucional y legal de acceder voluntariamente a esta forma de administración de justicia.

A efectos de determinar o verificar su competencia, oportunamente, en el momento procesal respectivo, el Tribunal encontró probada la existencia del pacto arbitral, su referencia a una controversia jurídica determinada, la capacidad de las partes y la idoneidad del objeto litigioso. Así mismo, en consideración a la intervención de una entidad pública, el Tribunal se sometió a los límites de competencia fijados por el Legislador y desarrollados tanto por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional como del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo y por el mismo pacto arbitral.

Por ello, del examen de los documentos aportados al proceso, en esta oportunidad el Tribunal reitera que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 116 de la Constitución Política las Partes, al momento de la suscripción, el 15 de julio de 2002, del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, decidieron libre y autónomamente incorporar en aquel una cláusula compromisoria para sustraer de la justicia ordinaria, permanente o institucional del Estado el conocimiento y decisión de las controversias que pudieran derivarse de dicho negocio comercial, para que fueran resueltas por particulares investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, lo cual se materializó en el Numeral 61.2 de la Cláusula 61 del referido Contrato Estatal. Así, la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surgió, conjuntamente, además del artículo 116 de la Constitución Política, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012 y de la clara

⁵⁴ Acta No. 18, folios 494 a 498, Cuaderno Principal No. 1

e inequívoca voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral, según lo consignado en la cláusula compromisoria que fue citada y transcrita antes en esta providencia.

En efecto, en el caso objeto de examen, está probada la decisión conjunta de someter al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento “*las discrepancias o diferencias de cualquier índole entre el **INVIAS** (hoy la ANI) y el **CONCESIONARIO**, relacionadas o derivadas de este Contrato diferentes de aquellas que no sean susceptibles de transacción o de aquellas que presten mérito ejecutivo, o que por cualquier razón no pueden ser resueltas de común acuerdo o mediante la amigable composición*”⁵⁵, tal y como se señaló en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002. Esta facultad tiene soporte jurídico en el artículo 71 de la Ley 80 de 1993 que, pese a ser derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, regía para el momento de la suscripción del Contrato origen de las controversias. Esta voluntad de las Partes se materializó con la convocatoria de este Tribunal, la presentación de la demanda y su respectiva contestación, con el propósito de que las pretensiones, excepciones y objeciones formuladas por los apoderados de las Partes sean resueltas de manera definitiva mediante un Laudo Arbitral.

Del análisis de la demanda arbitral y su contestación, el Tribunal considera que las controversias que han sido puestas en su conocimiento se encuentran comprendidas dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria, porque conciernen directamente al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, son todas de naturaleza patrimonial y de contenido particular y concreto, se refieren a una relación jurídica contractual específica y son susceptibles de disposición por las partes.

De otro lado, del examen de los documentos aportados al expediente ratifica el Tribunal que las Partes son personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso arbitral, pues no se advierte ninguna limitación para ello y lo han hecho por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

Igualmente, advierte una vez más el Tribunal Arbitral que no existe controversia entre las Partes sobre su competencia para conocer y decidir sobre sus diferencias, y encuentra que se ha cumplido con el trámite del proceso arbitral señalado en la Ley 1563 de 2012.

Ahora, en la fecha señalada para la formulación de las alegaciones de las Partes y la manifestación de la vista del Agente del Ministerio Público, una vez concluyeron las de aquellas, éste se ocupó de la aptitud de la demanda y de la competencia del Tribunal para pronunciarse frente a varias pretensiones, de una parte y, de otra, del mérito de las súplicas.

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

Acerca de la primera controversia relacionada con la compensación tarifaria, a juicio de la Agencia del Ministerio Público, se formularon pretensiones declarativas y al mismo tiempo ejecutivas lo que conllevaría a una inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, circunstancia que impediría un pronunciamiento de mérito y, por lo tanto, falta de competencia para resolver. Sobre el particular, el Tribunal estima pertinente señalar desde ahora que no existe indebida acumulación

⁵⁵ Numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión 0377 de 2002.

de pretensiones, así como tampoco falta de competencia del Tribunal, sin perjuicio del análisis que, abordará más adelante al analizar las pretensiones concretas formuladas en la demanda arbitral.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral ratifica que sí es competente para conocer y resolver las controversias a que se refieren la demanda arbitral, su contestación y la réplica a las excepciones de mérito.

B. SOBRE LAS “EXCEPCIONES”, OPOSICIONES Y MEDIOS DE DEFENSA

En lo que se refiere a las “excepciones” propuestas tanto por la Parte Convocante como por la Parte Convocada, el Tribunal estima necesario hacer las siguientes precisiones conceptuales de manera previa a considerarlas:

La palabra excepción, en su natural interpretación gramatical, significa, la acción de exceptuar, y por exceptuar se entiende excluir o no comprender a algo o a alguien; en materia procesal se refiere a la exclusión total o parcial de las pretensiones del actor.

Ya el muy distinguido profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Chiovenda señaló que “la práctica emplea este nombre a cualquiera actividad de defensa del demandado, es decir, a cualquiera instancia con que el demandado pide la *desestimación de la demanda* del actor, cualquiera que sea la razón sobre la cual la instancia se funda”⁵⁶. Empero, dijo, “nuestra ley (refiriéndose a la ley italiana), no conoce un significado técnico especial de *excepción*”, mientras que la doctrina francesa le atribuye al Código francés una terminología particular: *défense* que indica la contradicción relativa al derecho del actor, es decir, al *fondo*; y, *exception* que se refiere a las oposiciones relativas a la regularidad de la forma del procedimiento, es decir, al *rito*.

Al decir del maestro Chiovenda, la ley italiana no conocía ni siquiera esa terminología técnica, sino que habla confusamente, en el Código de Procedimiento, de *defensa, respuesta, contradecir, excepciones*; y, el Código Civil hablaba de excepciones, comprendiendo cualquiera contradicción que se refiriera al fondo. “La Ley de Enjuiciamiento Civil, señaló, distingue únicamente entre excepciones dilatorias –o procesales- y perentorias- de fondo, o relativas al derecho del actor. Estas últimas forman, sin distinción ulterior –salvo la eventual de reconvenición-, el contenido de la contestación del demandado. *Excepciones y contestación* se identifican, pues, en nuestra ley.”.

En todo caso, el maestro Chiovenda clamó por separar exactamente las distintas cosas que a su juicio estaban confusamente comprendidas en el único nombre de excepciones, por lo que luego de analizar la actividad defensiva del demandado, es decir, las razones en que se funda, señaló que

“...esta defensa puede tomar tres formas, a que corresponden estos tres significados de excepción, que restringen gradualmente el concepto, y que se pueden representar gráficamente en tres círculos concéntricos:

“1. En un sentido general, excepción significa *cualquier medio del que se sirve el demandado para justificar la demanda de desestimación*, y, por lo tanto, también la *simple negación* del fundamento de la demanda actora; también en este sentido general se comprende corrientemente, y a veces por la misma ley las impugnaciones que se refieren a la regularidad del procedimiento.

“2. En sentido más estricto comprende toda defensa de fondo que no consista en la simple *negación* del hecho *constitutivo* afirmado por el actor, sino en la contraposición de un *hecho impeditivo* o *extintivo* que excluya los efectos jurídicos del hecho constitutivo afirmado por el actor, y, por lo tanto, la acción (ejemplos: excepciones de simulación, de pago, de novación).

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe (1936): *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 363 y ss.

“3. En sentido todavía más estricto, excepción comprende –como veremos– sólo la contraposición al hecho *constitutivo* afirmado por el actor de hechos *impeditivos* o *extintivos* tales que por *sí mismos* no excluyen la acción (tanto, que, si son afirmados por el actor, el juez no puede tenerlos en cuenta), pero dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Ejemplos: excepciones de prescripción, de incapacidad, de dolo, de violencia, de error. Esta última llámase excepción *en sentido propio*, y de ésta nos ocupamos en las observaciones que vienen a continuación.”⁵⁷

Al decir del citado eminente profesor de Roma, ‘la excepción en sentido propio es, un *contra-derecho*⁵⁸ frente a la acción, y precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido *a la anulación de la acción*. Y se dice que la excepción es un contra-derecho, en el sentido de que es un poder de anulación que se dirige *contra* otro derecho, no ya en el sentido que el demandado, oponiendo la excepción, pida algo más o cosa distinta de la desestimación de la demanda.”

La excepción, decía el maestro Chiovenda, se distingue de los otros derechos de impugnación precisamente porque, como excepción, su eficacia de anulación está limitada a la acción. Mientras los derechos de impugnación tienen una extensión más o menos grande, según la intención que se proponga el actor, y por regla general se dirigen contra la relación jurídica toda, la excepción tiene, por definición, límites obligados: no puede tener otro efecto que el de anular la acción, es decir, aquella única acción que ha sido propuesta y contra la cual se dirigen, dejando intacta la relación jurídica con todas las otras acciones que pueden derivar de ella en el futuro. Sólo en los casos de relaciones jurídicas particularmente sencillas, que se agotan en un solo derecho y en una sola acción, puede ocurrir que, indirectamente, la eficacia de la excepción se refleje en la vida misma de la relación jurídica. Si ocurre, algunas veces, que, aparentemente, la excepción trasciende la esfera de la acción, es que la excepción ha dejado de ser tal y se ha transformado, por voluntad del demandado, en una acción reconventional de impugnación.

Ahora bien, como lo señalaba el citado profesor, cualquier defensa, aun la simple negación de la acción constituye un derecho del demandado, en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su alcance. Pero como él mismo lo señalara, la excepción es un derecho en el sentido de que el demandado *tiene derecho a impugnar la acción*, y esto no ocurre sino en casos determinados: Si se paga la deuda o ésta es condonada; si tiene lugar la novación, la confusión, la pérdida de la cosa pedida; si se realiza la condición resolutoria; casos en que la acción desaparece *sin más*. Empero, si, por ejemplo, el contrato fue simulado, la acción *no ha nacido*. En estos casos, el juez desestima la demanda, no porque haya querido el demandado proponer la excepción, sino porque la acción *no existe*, y el juez no puede acoger demandas infundadas. Si, por el contrario, se trata de prescripción, de compensación, de retención, de incapacidad, de vicios en el consentimiento, de lesión, etc., etc., el juez, faltando de excepción, debe acoger la demanda; porque la acción, mientras no quiera el demandado valerse de su derecho de impugnarla, existe y la demanda es fundada.

En consecuencia, se puede afirmar que cualquier defensa, aun la simple negación de la acción constituye un derecho del demandado, en cuanto que, cuenta para ello con todos los medios que estén a su alcance, lo cual no se puede confundir de manera alguna con el derecho que le asiste al demandado de impugnar la acción, finalidad propia y perseguida por la excepción.

Sobre el alcance de las “excepciones” en el derecho procesal colombiano, el profesor Hernando Morales Molina, citando para ello a la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“...la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en **contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero**... Por consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera

⁵⁷ Ob. Cit. pp. 364 y 365

⁵⁸ También así lo concibe COUTURE, Eduardo J. (1981): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, pp. 89 -119.

sea su naturaleza, representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción... (G.J., tomo LIX, pág. 406)”⁵⁹
(negrilla fuera de texto)

Y más adelante, expuso:

“...Así las cosas, se da propiamente el nombre de “defensa” a la negación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante”, pues la excepción consiste, se repite, en poner un obstáculo temporal o perpetuo a la pretensión; en cambio la defensa es una oposición al reconocimiento del derecho material”.

Nótese, en consecuencia, que las excepciones son verdaderos “hechos” y no simples “negaciones” de lo que el demandante alega, ni mucho menos argumentaciones jurídicas para buscar evidenciar la no exigibilidad de lo que se demanda.

Explicó además el citado profesor Morales Molina lo que debe entenderse por “hecho impeditivo” y “hecho extintivo”, en los siguientes términos:

“Los **hechos impeditivos** llevan a que se desconozca la existencia de una obligación, impiden el nacimiento del derecho y por consiguiente del deber correlativo; los **hechos extintivos** llevan a declarar extinguido un derecho que tuvo existencia y, por tanto, a declarar extinguido el deber correlativo”

(...)

“En sentido estricto, pues, la excepción no consiste en la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la pretensión”⁶⁰

Por lo anterior, señaló, no es excepción la carencia de acción ni la inexistencia de la obligación, como bien lo dice la Corte:

“La llamada carencia de acción no es excepción porque ésta presupone la acción que ella enerve o destruye; y la denominada **inexistencia de la obligación tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor** sino un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos” (LVIII, p. 109). (Negrillas fuera de texto).

Para el Doctor Hernando Morales Molina, las excepciones son las de “fondo” o de “mérito”, y las excepciones “procesales” que el Código llama “previas”. Las primeras atañen al derecho sustancial, las segundas, a la forma o procedimiento; las unas conciernen a la pretensión misma, las otras al modo como ésta se hace valer. Ambas pueden ser perentorias y dilatorias.⁶¹

De igual manera, el profesor Hernando Devis Echandía⁶², señaló que, en sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida, pero en sentido más amplio comprende también las defensas, dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo a anularlo, o sea la relación jurídica-procesal. A su vez, dijo, la defensa en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso, en tanto que la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o

⁵⁹ MORALES MOLINA, Hernando. “*Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*”, sexta edición, ed. ABC, Bogotá, 1973, p. 145

⁶⁰ Ibid., p. 146

⁶¹ MORALES MOLINA, Hernando (1985): “*Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*.” Novena Edición, ABC, Bogotá, 1985, pp. 155-156

⁶² DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1981): “*Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso*.” ABC Bogotá, pp. 245 - 247

simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos, razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado. A su juicio, el demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción.

Para el mencionado profesor las excepciones de mérito o fondo son de dos clases, a saber: perentorias y dilatorias. Las perentorias persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo, con lo que la pretensión del actor queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva; y, las dilatorias excluyen la pretensión como actualmente exigible, en ese proceso o impiden decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior.

Al respecto, el profesor Devis Echandía ensayó la siguiente clasificación:

- 1) *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el demandante y el de la obligación correlativa, o de la relación jurídica pretendida por aquél, y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos perseguidos no se produjeron nunca, a pesar de la realización del acto que normalmente deba originarlos. Son los hechos que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar (como las causas de nulidad absoluta consagradas en la ley civil, la falsedad del título o la simulación), o que la relación jurídica haya surgido (como la falta de una solemnidad *ad substantian actus*). Estas excepciones dejan resuelto el punto definitivamente con valor de cosa juzgada.
- 2) *Excepciones perentorias definitivas procesales*. Son las que, sin negar el nacimiento del derecho pretendido por el actor, persiguen extinguirlo definitivamente, o modificarlo también definitivamente, y por ello excluyen para siempre la pretensión, con fuerza de cosa juzgada. Configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la ley considera que una obligación se extingue (C.C. art. 1625): el pago, la remisión, la novación, la prescripción, la confusión, la transacción, la cosa juzgada, la condición resolutoria, la nulidad relativa del título.
- 3) *Excepciones dilatorias*, que son los hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible, pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante. Es decir, sus efectos son temporales. Ejemplos: el plazo no vencido, la condición no cumplida, la petición de modo indebido que impida resolver en el fondo (por indebida acumulación de pretensiones, o porque sea tan confusa que no pueda interpretarse), la *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido temporalmente.

Por su parte, a juicio del doctor Hernán Fabio López Blanco, así como el demandante tiene el derecho de acción, el demandado tiene el derecho de contradicción que se concreta en la presentación de las excepciones perentorias que le asisten, pues en estricto sentido, dice, sólo éstas tienen carácter de excepción, pues son ellas las que se dirigen a contrarrestar la pretensión presentada por el demandante.⁶³

⁶³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2005): “*Instituciones de Derecho Procesal Colombiano*.” Tomo I, Parte General. Dupré Editores, Bogotá, p. 552

Al decir del profesor Hernán Fabio López Blanco, las excepciones perentorias “son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”⁶⁴, las cuales agrupa en tres grandes grupos, a saber:

- 1) *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho base de la pretensión, o aceptando en alguna época su existencia se afirma su extinción, como sería el caso de la nulidad absoluta del contrato, el pago, la prescripción, en fin, cualquiera de los medios típicos y atípicos de extinción de las obligaciones.
- 2) *Excepciones perentorias temporales*, en las cuales el derecho pretendido existe, no se ha presentado ninguna causa que lo extinga, pero se pretende su efectividad antes de la oportunidad debida para hacerlo, como cuando se demanda el cumplimiento de una obligación estando aún pendiente el plazo pactado o sin cumplirse la condición estipulada.
- 3) *Excepciones perentorias de raigambre netamente procesal* cuando no existe legitimación en la causa respecto de cualquiera de las Partes como sucede, por ejemplo, si quien demanda no está asistido por el derecho sustancial o cuando estándolo la dirige contra quien no es el obligado, hipótesis que es diversa de las dos anteriores pues las primeras parten de la base de que la relación jurídico material se dio entre las partes, mientras que en la última jamás ha existido.⁶⁵

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se tiene que las denominadas “EXCEPCIONES” formuladas por la ANI al contestar la demanda arbitral pertenecen al grupo que en nuestra legislación y doctrina no corresponden a una “excepción” como tal, sino a lo que se conoce como “simples negaciones”, “oposiciones” o “simples defensas”.

En efecto, al contestar la demanda arbitral, la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** agrupó en el Capítulo -III- titulado “Excepciones de mérito” su oposición al total de las pretensiones, así: **1) “EXCEPCIONES REFERENTES AL “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN TARIFARIA.”: INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 18 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002; LA TARIFA ESPECIAL DE PEAJE EL ROBLE SE ESTABLECIÓ CON ANTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO; 2) EXCEPCIONES REFERENTES AL “PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACÍN AL SECTOR VILLAPINZÓN-CHOCONTA”: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; 3) EXCEPCIONES RESPECTO AL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE PROMOCIÓN AL TURISMO: EL RIESGO TRIBUTARIO ES ASUMIDO POR EL CONCESIONARIO; 4) EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO: DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES. AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI; EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO; FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS; y EXCEPCIÓN GENÉRICA”.**

Resulta erróneo e impreciso, emplear el nombre de EXCEPCIONES para denominar cualquier actividad de defensa del demandado, es decir sin importar cuál es la razón sobre la cual se fundamenta para pedir la desestimación de las pretensiones de la demanda. Por supuesto que esta actividad hace parte de los actos del demandado, que expresan el poder jurídico de resistencia u

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

oposición a las pretensiones del actor planteadas en la demanda, las cuales se explican en razón a que el proceso está estructurado con base en los derechos de audiencia, defensa, contradicción y debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado que, en cuanto a las excepciones, ellas más que una denominación jurídica, son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa. En consecuencia, como también reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción alguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

En todo caso, aun cuando muchos de los argumentos planteados por cada una de las partes como oposición a la demanda arbitral no constituyan excepciones propiamente tales, según ha quedado dicho, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre tales oposiciones al resolver sobre el fondo del asunto, en el acápite correspondiente al estudiar cada una de las pretensiones, momento en el cual también despachará las que sean verdaderas excepciones, si las hubiere.

III. CONSIDERACIONES

A. EL MARCO NORMATIVO Y DE POLÍTICA PÚBLICA SOBRE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL QUE GUIÓ LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION DE TERCERA GENERACIÓN No. 0377 DE 2002

Antes de estudiar el contenido del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, el Tribunal Arbitral considera necesario hacer brevemente una descripción del marco normativo y de política pública sobre la infraestructura vial nacional que guio su celebración y, posteriormente, la suscripción de las adiciones, otrosíes o modificaciones que le han sido introducidas durante su vigencia.

1. En primer lugar, debe destacarse que la Constitución Política de 1991 estableció el marco para impulsar el desarrollo de la participación privada en infraestructura.

Seguidamente, con el Decreto 2171 de 1992 se reestructuró el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, cuyo objetivo principal sería la ejecución de políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación, específicamente en la red de carreteras troncales y transversales del país.

2. A su vez, con las Leyes 80 y 105 de 1993, se dio desarrollo legal a las concesiones viales.⁶⁶

De manera concreta, con la Ley 105 de 1993, por la cual se dictaron disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyeron competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales; se reglamentó la planeación en el sector transporte y se dictaron otras disposiciones; se regularon, entre otros, varios temas esenciales, a saber: la infraestructura del transporte y, con ella, la definición de la infraestructura a cargo de la Nación; las especificaciones de la red nacional de carreteras; los planes de expansión de la red de transporte a cargo de la Nación; la integración de la infraestructura

⁶⁶ Cfr. CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, p. 5

de transporte a cargo de los departamentos; y, la integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte; las funciones y responsabilidades sobre la infraestructura de transporte; los recursos para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte; y, las obras por concesión.

A partir de dicha Ley, se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida por:

2.1. La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

- a. Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras;
- b. Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales;
- c. Las carreteras que unen las troncales anteriores entre sí, denominadas transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional;
- d. Las carreteras que unen las capitales de departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica, esta conexión puede ser de carácter intermodal;
- e. Las vías para cuya construcción se ha comprometido el Gobierno Nacional con gobiernos extranjeros mediante convenios o pactos internacionales.

2.2. Los ríos, canales de aguas navegables, su señalización y aquellos puertos públicos fluviales de interés nacional.

2.3. Los puertos públicos marítimos de propiedad de la Nación y sus canales de acceso.

2.4. Las líneas férreas de propiedad de la Nación que incluye su zona, señalización e infraestructura para el control del tránsito.

2.5. La red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación y la infraestructura aeroportuaria.

2.6. Los faros, boyas y otros elementos de señalización para el transporte marítimo.

2.7. Los puentes construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera.

2.8. Los viaductos, túneles, puentes y accesos en general a las capitales de departamentos, distritos y municipios (Artículo 12)

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 105, posteriormente modificado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, determinó que el Ministerio de Transporte debe presentar al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para su aprobación, los planes de expansión vial, que deberán contener como mínimo lo siguiente: a) La conveniencia de hacer inversiones en nueva infraestructura vial nacional, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo; b) Las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse; y, c) Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer

contraprestaciones por concesiones en infraestructura vial nacional. Dicha norma señala que los planes de expansión vial podrán modificar la red nacional de transporte, incorporando o excluyendo vías específicas; que las inversiones públicas que se hagan en materia de infraestructura vial nacional se ceñirán a lo expuesto en los planes de expansión vial y en el Plan Nacional de Desarrollo; y, que los planes de expansión vial se expedirán por medio de decretos reglamentarios del Plan Nacional de Desarrollo y de la Ley 105.

Finalmente, la Ley 105 establece que 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 Ley dispone que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. Conforme a dicha Ley, el procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia, pero señala que la fórmula para la recuperación de la inversión debe quedar establecida en el contrato y es de obligatorio cumplimiento para las partes. La Ley determina que la variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

La Ley establece que en los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se pueden incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Así mismo, la Ley autoriza que los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación puedan aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

La Ley determina que, bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, deben ser asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga, dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. A su vez, la Ley dispone que el Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Así mismo, la Ley determina que, para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, que se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales sean transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, sean llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

La misma Ley ordena que en el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, debe quedar establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

3. A pesar del nuevo marco legal del sector transporte contenido principalmente en la Ley 105 de 1993, para el año de 1995 se mantenían aún algunas deficiencias administrativas y contractuales en la ejecución de las obras viales, debido a que los proyectos de la red troncal que en ese momento se encontraban en ejecución fueron contratados bajo el esquema anterior. En efecto, en materia de contratación en general, el Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, reconoció que “La ejecución de los contratos vigentes presenta atrasos en relación a las metas físicas y financieras previstas, debido a los siguientes factores: (a) deficiencia en los estudios de preinversión, incluida la ausencia de consideraciones ambientales; (b) procesos de contratación inadecuados; (c) baja efectividad de los sistemas de control a la ejecución de las obras;

y, (d) rezagos temporales en la disponibilidad de los recursos presupuestales.” En tal virtud, el citado Documento admitió que

“La estructura de contratación y presupuestación es el principal obstáculo para que los planes viales se cumplan. La deficiencia de los estudios genera incertidumbre sobre el valor real de las obras y el plazo necesario para su terminación. A lo anterior se suma la estructura de contratación de proyectos cuyos costos superan la verdadera disponibilidad presupuestal y la atomización de los presupuestos anuales, que generan sobrecostos por la aplicación de las cláusulas de reajuste de costos. Adicionalmente, al no disponer de un adecuado sistema de control a la ejecución de las obras, se propician los rezagos de los contratos con los consiguientes reajustes financieros.

“A esto se añade que los costos unitarios de las obras presentan un comportamiento que crece geométricamente a medida que los proyectos se rezagan en el tiempo. Los costos de los proyectos cuyos contratos se han prolongado durante 7 años se han incrementado en un 200% o más, en términos reales, respecto al costo estipulado en los contratos. (...)

“La gravedad del problema se hace evidente, ya que más de la tercera parte de los contratos fueron suscritos hace más de seis años, y por lo menos la mitad de los contratos tienen más de tres años de antigüedad.

“En consecuencia, a menos que se revise el esquema de contratación, cualquier incremento en los recursos financieros no se reflejará necesariamente en una mayor ejecución física, repitiendo lo ocurrido durante los últimos tres años, cuando a pesar de canalizar el 55 de los recursos en cuatro carreteras, no fue posible concluir ninguna de ellas⁶⁷.

“Por último, no siempre son consistentes el programa de pagos de la Nación a los contratistas y el programa para la ejecución óptima de las obras. Tradicionalmente el flujo de los pagos es menor en la temporada seca, cuando es más factible avanzar en la ejecución física.”

En todo caso, con fundamento en lo previsto en la Ley 105 de 1993, a partir de 1994 se pusieron en marcha los nuevos proyectos de concesión vial bajo esquemas de estructuración y asignación de riesgos los cuales han ido evolucionando en el tiempo y, por ello, desde esa época se distinguen los proyectos de concesión vial de Primera, de Segunda, de Tercera y de Cuarta Generación.

4. Según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 105 de 1993 y de acuerdo con los criterios previstos en dicha norma, con el Documento CONPES 2691 de febrero 23 de 1994, se aprobó el Proyecto de Integración de la Red Nacional de Transporte. Dicho Documento identificó la Red de Carreteras que en ese momento estaría a cargo de la Nación a través del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, la cual comprende, entre otras, la Troncal Central que inicia en Bogotá, pasando por Chiquinquirá, Barbosa y Bucaramanga y termina en San Alberto (Cesar) y los accesos a capitales de departamento como Bogotá (Calle 236) y Tunja

Así, a partir de 1994, se dio inicio al desarrollo de proyectos de concesión vial, los cuales se enmarcaron dentro de los que se considera son los **Contratos de Concesión Vial de Primera Generación** enfocados hacia obras de rehabilitación y ampliación de calzadas que se concentraron en el mejoramiento de los accesos y salidas de las ciudades, pero que al momento de su adjudicación y celebración no contaban con diseños a nivel de detalle, no se habían financiado y por lo mismo ni siquiera se habían adquirido los predios en los cuales se ejecutarían, así como tampoco se contaba con estudios de impacto ambiental ni licencias ambientales para su ejecución. A su vez, como en la fase de estructuración no se contó con el nivel de información requerido para asignar los riesgos

⁶⁷ “10. Las carreteras Medellín – Turbo, Pasto – Tumaco, Troncal del Magdalena Medio, y Carmen Bosconia, han tenido una asignación promedio del 55% del total del presupuesto para Troncales del Fondo Vial Nacional-INVIAS durante los últimos tres años, para troncales. La Troncal del Magdalena Medio iniciada a principios de la década de los ochenta no podrá ser concluida antes de 1995. La carretera Pasto -Tumaco se inició en marzo de 1986, su culminación estaba programada para septiembre de 1988 y se reprogramó para marzo de 1995. La fecha de terminación de la Transversal Carmen – Bosconia, cuyo contrato fue adjudicado en enero de 1985 con un plazo de ejecución de 24 meses, se ha postergado hasta abril de 1995.”

constructivo y comercial al concesionario, se otorgaron por el Estado garantías de ingreso mínimo y sobrecostos.

Los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación son contratos conmutativos, cuyo objeto fue la elaboración de Estudios y Diseños de Detalle Definitivos -con base en el Anteproyecto Fase I, acompañado de las memorias descriptivas y cantidades de obra desagregadas por ítem que entrega la entidad concedente- y, con base en ellos, la Rehabilitación, la Construcción, o la Construcción y el Mantenimiento de proyectos de infraestructura vial; para su ejecución se pactó un plazo fijo en sus distintas Etapas de Diseño y Programación, de Construcción y de Operación; su valor total y su pago, se acordó mediante la cesión de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario; el cumplimiento del objeto contractual debió llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente; en ellos se pactó una garantía de ingreso mínimo utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva, al tiempo que se acordó que cuando los ingresos superaran un máximo, los ingresos adicionales serían utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial; con todo, en ellos se pactó la obligación, a cargo del Concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo; en cada uno ellos se pactó la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes y se contemplaron tres posibles sistemas para el mantenimiento y/o el restablecimiento de su equilibrio financiero en caso de que se produjera su ruptura: i) el aumento en el plazo de la etapa de operación, ii) el aumento de las tarifas de peaje durante la etapa de operación (hasta 1.3 veces la variación del IPC), y iii) las compensaciones con recursos del presupuesto de la entidad concedente.

Debido a los problemas antes enunciados, los Contratos de Concesión de Primera Generación requirieron múltiples modificaciones o adiciones – tal y como sucedió con el Contrato materia de la Litis, entre las cuales las más frecuentes han sido – en todos los casos- el aumento de los aportes del Estado, especialmente para la adquisición de predios, por error o subestimación de los mismos; la autorización a cobrar tarifas inferiores a las contractuales; la contratación de obras complementarias; la ampliación de plazos de las etapas de diseño y de construcción.

5. En lo que se refiere a los nuevos proyectos viales iniciados a partir de 1994, el Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, señaló que “El INVÍAS inició un plan de concesiones viales con el fin de que el sector privado financiara, construyera, operara y mantuviera vías que, por sus características, le fueran atractivas. Con ello, se busca liberar recursos públicos para otros proyectos y ampliar sustancialmente la inversión en las carreteras nacionales. Así mismo el esquema busca que la Nación comparta los riesgos del proyecto con el Concesionario¹⁷”⁶⁸

A juicio del CONPES, “A pesar de las bondades, los resultados de las concesiones dependen en gran medida de los procesos iniciales de preparación, licitación y contratación de los proyectos. Deficiencias en estos procesos causan retrasos y sobrecostos importantes para el Estado, como ha ocurrido en otros países. Sin embargo, estos problemas no se hacen evidentes antes de tres o cuatro años. En Colombia no se han presentado aún problemas financieros o de ejecución, pero los resultados de la primera etapa del proceso son preocupantes.”

Así mismo, el CONPES reconoció, en lo que se refiere a las concesiones de la primera generación, que “se han presentado deficiencias en los diseños de los pliegos y en las minutas de los contratos, y un precario estado de los estudios de diseño suministrados como base para la elaboración de las propuestas, impidiendo la atracción de la inversión extranjera hacia estos proyectos”, por una parte y, por la otra, que “la Nación está asumiendo riesgos muy altos a través de garantías de tráfico y de sobrecostos de construcción¹⁹ que se están otorgando sin oportuno control fiscal.”⁶⁹

⁶⁸ “17. El esquema permite que los proyectos de construcción y rehabilitación se adelanten en menor tiempo posible, debido a que el interés de los inversionistas es iniciar operaciones con prontitud para recuperar su inversión (...).”

⁶⁹ “Si las garantías de los proyectos en mención se hacen efectivas, el INVÍAS ha estimado que la Nación deberá cubrir sobrecostos por \$63.000 millones (pesos de 1994).”

Igualmente, dijo que, “Otro factor de riesgo es la falta de definición de reglas claras, entre otros, en: (a) los procesos de adquisición de predios; (b) el tratamiento de los aspectos ambientales;⁷⁰ y (c) la consecución de las diferentes licencias”.

En tal virtud, concluyó, “De no solucionarse las situaciones descritas, el INVÍAS corre el riesgo de iniciar un proceso de contratación cuyos costos fiscales serían elevados, al igual que en el actual esquema de contratación”.

De conformidad con lo anterior, el Documento CONPES señaló que “Para cumplir con las metas físicas programadas, es imprescindible revisar el sistema contractual vigente para la ejecución de obras viales a cargo del INVÍAS. Teniendo en cuenta el carácter estructural del problema contractual, las acciones a realizar se enmarcan en una estrategia de corto plazo del Gobierno Nacional, y dentro de las estrategias de mediano y largo plazo que resulten de una evaluación conjunta entre el Gobierno y los agentes privados que participen en las diferentes etapas de ejecución de los proyectos viales.”

Para tal efecto, señaló:

“La estrategia de corto plazo cobijará los proyectos contratados y no contratados de la prioridad 1,⁷¹ y los nuevos contratos que se suscriban en las prioridades 2, 3 y 4. El INVÍAS realizará una evaluación, a más tardar el 1 de mayo de 1995, en la cual identificará de manera precisa los mecanismos y modificaciones contractuales requeridas con el fin de poder cumplir con las metas previstas en la prioridad 1. Para los principales contratos en marcha, dichas modificaciones deberán ser efectivas a partir del 30 de junio de 1995.

“Para identificar las modificaciones mencionadas, el INVÍAS tendrá en cuenta, entre otros factores, la responsabilidad para la obtención de licencias ambientales, el nivel de los estudios de diseño existentes para los proyectos en marcha, la definición de responsabilidades sobre la negociación y compra de predios, el tiempo de duración de los contratos y sus prórrogas y el reconocimiento de sobrecostos. Estos últimos sólo podrán ser cubiertos de manera limitada con posterioridad a la terminación total de las metas físicas.

“Adicionalmente, el INVÍAS deberá asegurar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la firma de los nuevos contratos. Estos requisitos incluirán, entre otros, la terminación de los estudios y la obtención de la licencia ambiental, lo cual exigirá del INVÍAS la organización necesaria para adelantar los estudios de ingeniería y ambientales en el menor tiempo posible.

“Las acciones de corto plazo incluyen también la garantía de un flujo de pagos estable del INVÍAS hacia los contratistas, de manera que éstos puedan adquirir compromisos contractuales reales sobre el cumplimiento de las metas físicas. Para estabilizar el flujo de pagos a los contratistas, el INVÍAS, de acuerdo con la normatividad vigente, contratará mediante licitación pública los servicios de una o varias entidades bancarias para que administren, mediante encargo fiduciario, los recursos apropiados para los contratos incluidos en la estrategia de corto plazo.

“Así mismo, se revisará la reglamentación presupuestal, buscando asegurar la disponibilidad oportuna de recursos a los proyectos. Esta revisión será adelantada por el Ministerio de Hacienda con la participación del DNP y el INVÍAS.

⁷⁰ En este punto el mismo Documento reconoce más adelante que “La variable ambiental en la planeación de la infraestructura vial no ha sido considerada tradicionalmente como un elemento importante en la toma de decisiones. Esta situación no ha permitido la integración adecuada del sector con los otros sectores de la economía, ni la definición de proyectos que garanticen el desarrollo sostenible. // La problemática ambiental del sector vial radica en que no se consideran los criterios y costos ambientales, tales como las obras de mitigación, en la elaboración de pliegos de licitación de contratos y concesiones.”

⁷¹ Prioridad 1 en la cual se enmarcó el Programa Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá, como puede observarse en el Cuadro 2 de dicho Documento atrás transcrito parcialmente.

“El INVIAS, con el apoyo del DNP, estudiará y formulará las acciones administrativas, legales e institucionales que busquen dar una solución de largo plazo a la problemática contractual del sector vial. Para lo anterior, se contará con el concurso de los contratistas, representantes de la banca y demás agentes privados que participen o puedan participar en la ejecución de proyectos viales. Las estrategias de mediano y largo plazo serán puestas a consideración del CONPES, a más tardar, el 30 de agosto de 1995.

“Por último, el DNP, con el apoyo del INVIAS, establecerá un sistema gerencial de seguimiento a la ejecución de las metas físicas, el cual incluirá inicialmente los proyectos de la prioridad 1. La primera etapa del seguimiento se realizará con asesores externos.”

En cuanto se refiere a las futuras Concesiones viales, el Documento señaló:

“El proceso de concesiones de vías será revisado. Primero, se identificarán de manera clara para cada proyecto los elementos de riesgo controlables y no controlables, tanto por el inversionista privado como por el Estado. Una vez identificados los riesgos y los efectos de su impacto, éstos serán cuantificados.

“Posteriormente se asignarán las responsabilidades, a través de los pliegos y contratos de cada elemento de riesgo, de manera acorde con las posibilidades de control de cada uno de los agentes públicos y privados. Esta asignación debe llevarse a cabo en cada una de las etapas de los proyectos. Durante la preparación se deben adelantar los estudios hasta un nivel en el cual el proponente quede en capacidad de cuantificar los riesgos reales de construcción, diseño y proyecciones de demanda.

“Durante la licitación, el plazo deberá ser suficiente para que, con base en los estudios suministrados, el proponente pueda precisar los costos de obra con los cuales podrá competir en la adjudicación, disminuyendo, así, los sobrecostos que los inversionistas usualmente aplican por incertidumbre.

“Respecto a lo anterior, se han identificado aspectos de conflicto que se deben resolver, ya que podrían aumentar el costo para el proponente o incluso desincentivar su participación en la licitación. Entre otros, se encuentra la definición de responsabilidades alrededor de: a) la negociación y pago de los predios, b) la realización de estudios ambientales, c) la obtención de la licencia respectiva, y d) el esquema de liquidación del contrato en caso de incumplimiento.

“Con base en lo anterior, se buscará eliminar el exceso de garantías que está asumiendo la Nación y que reduce las ventajas inherentes a la participación privada. Así mismo, con un agresivo programa de promoción nacional e internacional, se mejorará el nivel de competencia en las licitaciones, contribuyendo a minimizar aún más los costos.

“Por último, el INVIAS, con el apoyo del Ministerio de Hacienda y el DNP, estudiará mecanismos para modificar la estructura de los proyectos de concesión, buscando principalmente los siguientes objetivos: (a) minimizar las tarifas y la participación de los aportes de la Nación, (b) atraer la inversión extranjera, (c) desarrollar el mercado de capitales local, y (d) garantizar la consistencia global del sistema tarifario.

“Para la revisión mencionada, se establecerá un grupo interinstitucional con asesoría externa que evalúe el proceso y que formule las recomendaciones pertinentes. Los elementos concretos del sistema de concesiones serán puestos a consideración del CONPES a más tardar el 30 de mayo de 1995.”

De conformidad con lo anterior, al aprobarse el Documento CONPES 2765 del 22 de febrero de 1995, se ordenaron, entre otras, las siguientes actividades a desarrollar por parte del Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y el DNP, con el objeto de ejecutar la política pública en él contenida:

- a. Estudiar y formular las acciones administrativas, legales e institucionales que permitieran dar una solución de largo plazo a los problemas contractuales del sector vial.
- b. Definir e implantar un sistema para el manejo de los desembolsos del Plan Anual de Caja, de tal forma que el flujo de caja coincida con el ciclo de construcción de las carreteras.

c. Llevar a cabo la revisión del programa de concesiones propuesto en ese documento, en materia de transferencias de riesgos, asignación de responsabilidades, formulación de garantías y demás elementos contractuales y financieros. La revisión, con los puntos concretos propuestos, sería puesta a consideración del CONPES a más tardar el 30 de mayo de 1995.

Años más adelante, al hacer un balance del proceso de concesiones en Colombia⁷², se señaló que “Estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la Nación tanto de ingreso mínimo como de sobrecostos de construcción, debido a que en el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería ni de demanda que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos^{3,73}. Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales.” Igualmente se indicó que “Por problemas de programación presupuestal y debido a que la causación de estas garantías no concuerda con la posibilidad de realizar pagos efectivos, también se ha tenido que pagar intereses corrientes e intereses de mora sobre estos montos. Para 1999 el INVIAS tiene estimado un valor a pagar por garantías de \$45.000 millones. Por otro lado, dado que los compromisos de pago de garantías son a mediano y largo plazo, el impacto fiscal de este esquema de contratación se prolongará hasta el año 2012.” Finalmente, se señaló que, “la estructura contractual de los proyectos de Primera Generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron^{6,74} tales como sobrecostos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas por realizar cobros de valorización.”

6. En todo caso, siguiendo los principios y metas establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo “El Salto Social”, con el citado Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, se aprobó el Plan de Infraestructura Vial para el período 1995 – 1998, el cual incluyó como acciones prioritarias, el mantenimiento de la red, la rehabilitación de las vías y puentes en mal estado y la implantación de un programa para la prevención y atención de emergencias. Así mismo, incluyó un programa de expansión que permitiría ampliar la cobertura de la red troncal nacional y mejorar sus especificaciones (mediante la construcción de dobles calzadas, variantes, etc.).

7. También, conforme a los principales objetivos que buscó el Plan Nacional de Desarrollo a través de la participación del sector privado en la infraestructura física, tales como, aumentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios, contar con recursos adicionales para suplir las necesidades en un menor tiempo, destinar los escasos recursos estatales prioritariamente a inversión en el sector social, reducir los riesgos que asumía el sector público y obtener beneficios de la competencia, mediante el Documento CONPES 2775 de abril 26 de 1995, se aprobó el Programa de Participación Privada en los Proyectos de Infraestructura Física relacionados con los sectores de Transporte, Energía, Telecomunicaciones y Agua Potable y Saneamiento Básico, un diagnóstico del estado de dicho proceso y un plan de acción para orientarlo.

Así mismo, conforme a las reglas generales contenidas en la Ley 80 de 1993, mediante el citado Documento CONPES 2775 de 1995, se adoptaron los primeros lineamientos de asignación de riesgos, sistemas de compensación, definición de responsabilidades, los aspectos financieros, legales y macroeconómicos, la protección a la inversión y procedimientos de la etapa de estructuración, de promoción de los proyectos y de apertura de los procesos de adjudicación de las concesiones entonces vigentes y de las futuras.

⁷² Véase el Documento CONPES 3045 de 1999.

⁷³ “3. De igual forma, los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios. Además, los procesos de concertación con las comunidades han obligado a establecer tarifas diferenciales, con el consecuente impacto en el recaudo real del concesionario.”

⁷⁴ “6. Algunos aspectos que no fueron tratados con la debida profundidad durante el proceso de estructuración de la Primera Generación de concesiones fueron entre otros, la obtención de la financiación por parte del concesionario, la solución de controversias, la toma de posesión, los casos de fuerza mayor, los riesgos regulatorios, la evaluación de las propuestas y los mecanismos claros de liquidación de los contratos.”

Así, como un intento de solucionar los problemas identificados en los contratos de primera generación, siguiendo los lineamientos fijados en el Documento CONPES 2775 de 1995, se inició el proceso de los **Contratos de Concesión Vial de Segunda Generación**.

En tal sentido, se determinó la necesidad de contar con estudios de ingeniería definitivos antes de la contratación, así como con estudios de demanda realizados por entidades internacionales especializadas, que permitieran la entrega de diseños con especificaciones acordes con los tráficos proyectados hasta el final de la concesión; se estableció que los contratistas debían completar la consecución de las licencias ambientales y las fichas prediales antes de iniciar la construcción de las obras y se modificó el esquema de garantías y los mecanismos de adjudicación; se le dio gran énfasis a la estructuración y promoción de los proyectos -factor que resultaba indispensable para obtener los beneficios que otorga la competencia (maximización de la eficiencia y reducción de los costos para el Estado y los usuarios)- para lo cual dicha estructuración y promoción se contrató con bancas de inversión, las cuales previeron garantías para cubrir el riesgo comercial (tráfico) y el riesgo cambiario de la deuda; excepto en los casos de alto riesgo geológico, el riesgo de construcción fue asignado al concesionario; la responsabilidad de la obtención de predios, la gestión de compra y entrega de los mismos, así como el riesgo de sobre costos por este concepto, se asignó a la entidad pública concedente, lo mismo que el riesgo de fuerza mayor asociado con casos de riesgos no asegurables; los riesgos de fuerza mayor asegurables quedaron en cabeza de los concesionarios; como aspecto novedoso, se introdujo el concepto de plazo variable de la concesión – a diferencia de los de primera, que fueron de plazo fijo-. Con este mecanismo, la Concesión revierte a la Nación al momento que se obtenga el “ingreso esperado”, solicitado por el concesionario en su propuesta licitatoria, método que disminuiría la percepción de riesgo por parte del Concesionario ya que el período de concesión se podía alargar si los niveles de tráfico eran inferiores a los proyectados. Además, le permitía a la Nación obtener mediante la reversión la carretera en un menor plazo del programado si las condiciones de tráfico estaban por encima de las estimadas.

8. Igualmente, siguiendo los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo 1998 – 2002 “Cambio para construir la Paz”, el Estado impulsó la competitividad tanto interna como externa del país, mediante la dotación de infraestructuras viales estratégicamente ubicadas, capaces de atender las demandas que plantearía el normal desarrollo de las actividades económicas y sociales.

De conformidad con lo anterior, mediante el Documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, se determinó que la política de concesiones viales del Plan Nacional de Desarrollo, se implementaría enmarcada dentro de las siguientes estrategias con base en las cuales se estructurarían los **Contratos de Concesión Vial de tercera generación**:

a. Concepción de los proyectos de concesión bajo criterios de Corredor

Dentro de esta estrategia se buscó definir los proyectos de concesión enmarcados dentro de un corredor de carga que integrara grandes centros de consumo con grandes centros de producción, y éstos a su vez con los puertos. Bajo esta concepción se buscaba evitar que se estructuraran proyectos que no brindaran toda la continuidad al tráfico, así como uniformar las estrategias de peajes y operación y los niveles de servicio. Igualmente, al incorporar el criterio de corredores viales dentro de la estructuración de proyectos, se pretendía brindar integralidad a las soluciones, incluyendo dentro de los proyectos los accesos a las ciudades y los puertos, para lo cual, el INVÍAS debía realizar las gestiones tendientes a producir los convenios correspondientes con las ciudades afectadas.

b. Concepción de los proyectos bajo el Criterio de Operación

El propósito consistía en que la definición de los proyectos y de las inversiones a realizar, debía basarse en criterios de optimización de la operación, buscando maximizar los beneficios de los usuarios al menor costo, para lo cual, los parámetros de nivel de servicio y capacidad de la vía, de acuerdo con los niveles y composición del tráfico, serían los que determinarían el momento y los tramos en donde se debían realizar nuevas inversiones. A través de esta estrategia se buscó la

identificación de inversiones que produjeran los mayores beneficios en la zona de influencia del proyecto, con el menor costo.

Para lograr estos objetivos, el INVÍAS debía realizar un análisis de los niveles de servicio y de capacidad en los corredores y teniendo en cuenta las proyecciones de tráfico que existían en los mismos, debía formular los planes de expansión y mejoramiento focalizándose en las áreas en donde, con la menor inversión se lograra mejorar dichos parámetros. Al mismo tiempo, se buscó la operación integral del corredor, independientemente del número de concesiones adjudicadas para el mismo, estableciendo entre otros, unos criterios homogéneos para el cobro de peajes teniendo en cuenta tanto el nivel de servicio como la frecuencia de pago y unos niveles uniformes de seguridad vial y de mantenimiento de la estructura de la vía que permanecieran a lo largo de todo el corredor vial.

c. Evaluación de las alternativas de Proyecto bajo criterios económicos, de operación y ambientales

El objetivo sería que los nuevos proyectos de concesión buscaran desde el momento de su concepción -es decir con anterioridad a la elaboración de los estudios definitivos- que los trazados definitivos para las construcciones nuevas estuvieran en el punto de equilibrio donde se dieran los mínimos costos económicos, se garantizara la mejor operación de la vía, reflejada en su máximo nivel de servicio, y el nivel de susceptibilidad ambiental fuera el más bajo. Para tal efecto, cuando el INVÍAS realizara la evaluación de las diferentes alternativas de proyecto, debía incluir todos esos parámetros e igualmente, en el momento de contratar los diseños de las obras, se debía incluir el factor de optimización de inversión y de operación y niveles de servicio.

d. Distribución de los aportes de la Nación en el mediano y largo plazo

Dada la entonces crisis fiscal, los nuevos proyectos de concesión debían buscar la minimización de los aportes estatales dentro de su estructuración financiera con el objetivo de disminuir el impacto fiscal de los mismos.

Sin embargo, en el caso en el que los proyectos fueran deficitarios y se necesitaran aportes de la Nación para garantizar su viabilidad financiera, se buscaría la forma de distribuir esos aportes en el tiempo de la concesión por medio de mecanismos tales como vigencias futuras, evitando en lo posible el desembolso de la totalidad de los mismos en los primeros años de la concesión. De esta forma, los aportes de la Nación se convertirían en una contrapartida o un “peaje sombra” que ayudara al inversionista privado a conseguir la financiación de largo plazo requerida para garantizar la viabilidad de los proyectos.

Para lograr este objetivo, los nuevos proyectos estarían enfocados a la optimización de la realización de las obras en el tiempo de acuerdo a las necesidades dadas por la capacidad de la vía y los niveles de servicio requeridos, lo cual permitiría tener períodos de construcción más largos que requirieran de inversiones más distribuidas durante la concesión.

e. Incorporación de criterios económicos y de tráfico en la estructuración de los proyectos

Esta estrategia buscaba analizar desde el punto de vista socioeconómico y de tráfico las diferentes alternativas del proyecto con el fin de escoger la que generara mayores beneficios para la Nación y para la sociedad a través de la incorporación de sinergias y economías de escala. Dentro de los aspectos a analizar, se incorporarían las características de la zona de influencia, para determinar los principales beneficios y costos de los proyectos, así como su rentabilidad y prioridad económica. Adicionalmente, las evaluaciones económicas serían un insumo fundamental en la etapa de optimización de los diseños existentes, así como para la determinación del momento óptimo para la realización de las obras.

f. Incorporación de criterios novedosos en la estructuración de los proyectos con el fin de lograr la financiabilidad de las concesiones y el fortalecimiento del mercado de capitales

Dado que uno de los grandes problemas que se habían presentado en el desarrollo de las concesiones de carreteras fue la obtención de créditos cuyas características de plazo, años de gracia, tasas y períodos de amortización, fueran concordantes con las necesidades de este tipo de proyectos, se buscaría a través de la estructuración incorporar criterios novedosos que hicieran atractivos estos proyectos para los mercados financieros y de capitales.

g. Fortalecimiento de la Gestión en negociación con las comunidades

A través de la implementación de esta estrategia se buscaría profundizar en mecanismos más eficaces de negociación con las comunidades y capacitar y especializar a un grupo de personas que fueran las responsables de estos procesos, para lo cual, el INVIAS debía analizar experiencias exitosas tanto en el ámbito nacional como internacional en el tema de gestión comunitaria y presentar una estrategia definida para los nuevos proyectos con el fin de evitar conflictos en especial en la colocación de casetas de peaje.

h. Fortalecimiento de la Gestión en valorización y compra de predios

Con esta estrategia se buscaría optimizar los procesos que facilitarían el recaudo de valorización e incentivarían el pago de la misma, para lo cual, en primera instancia, el INVIAS, debía diseñar estrategias de cobro que incluyeran la distancia del predio a la zona de vía, el tamaño y localización geográfica del predio y la forma de realizar el cobro en el momento en que dicha valorización se percibiera de manera efectiva por el propietario.

Igualmente, se buscaría desarrollar los mecanismos que permitieran intercambiar el recaudo por predios o descontarlos con una entidad financiera privada, todo con el fin de contribuir a la financiabilidad de los proyectos y, de igual forma, el INVIAS, debía buscar la forma de cobrar valorización de forma proporcional a la distancia con la zona de vía y desarrollar mecanismos que le permitieran cruzar la valorización a cobrar con los aportes que debía otorgar por compra de predios.

i. Fortalecimiento del seguimiento y control

Para lo cual se debían fortalecer los parámetros para las actividades de regulación y supervisión de los contratos de concesión, en aspectos técnicos, financieros, económicos y legales, con el objetivo de proteger los intereses del Estado y cumplir con la filosofía con la cual son estructurados los proyectos. El INVIAS o la entidad que quedara a cargo de la supervisión de las concesiones, desarrollaría un sistema de información gerencial, en donde se pudiera llevar un seguimiento estratégico a los principales parámetros contractuales de los proyectos concesionados, tales como indicadores financieros, de tráfico, de recaudo y de compromisos de las partes.

Sobre la base de estos lineamientos, se diseñó el Programa de Concesiones Viales 1998 - 2000: Tercera Generación de Concesiones, adoptado por el Documento CONPES 3045 de 1999, identificando ocho proyectos prioritarios para adjudicar por el sistema de concesión a corto y mediano plazo.

Este Documento CONPES reiteró que el impacto fiscal de las concesiones de primera generación afectaba de manera importante la capacidad de inversión del INVIAS, y que existía a su vez el riesgo de que ese impacto se incrementara puesto que en algunas concesiones los niveles de tráfico se podían ver afectados por las condiciones macroeconómicas. Por ello, se recomendó realizar las acciones encaminadas a resolver los problemas de fondo de las concesiones de primera generación

de manera integrada y coherente. En ese sentido se determinó que el INVIAS, apoyado por el Ministerio de Transporte y el DNP, realizaría un estudio del estado de los contratos de concesión en ese momento existentes, analizando posibilidades contractuales de mitigar el impacto fiscal de las garantías otorgadas y buscando alternativas que minimizaran este impacto. Igualmente, analizaría metodologías para mejorar la gestión de seguimiento de tales concesiones, buscando entre otros optimizar la información del recaudo real y el tráfico real de las concesiones.

Por otro lado, dado que muchos de los problemas presentados por las concesiones de primera generación obedecían a una conceptualización de los proyectos desde la etapa de diseño que no contemplaba una optimización de la operación, se recomendó incorporar, en el momento del inicio de los proyectos, la evaluación de las alternativas del proyecto desde un punto de vista que integrara los aspectos técnicos, de operación, económicos y ambientales.

Finalmente debe señalarse que, al igual que en los contratos de segunda generación, el plazo de estas concesiones de tercera generación, también es variable, de manera que el corredor vial revierte a la Nación en el momento en que el concesionario obtenga el ingreso esperado.

En tal virtud, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, es esencialmente un negocio financiero que se concreta o materializa a partir del diseño, construcción, mantenimiento y operación de una obra pública en virtud del cual el concesionario, directa o indirectamente, realiza una inversión para financiar el Contrato estatal de concesión, a cambio de una remuneración, que consiste en el mecanismo pactado para el retorno del capital invertido (su utilidad), la cual se mide usualmente, mediante la Tasa Interna de Retorno del flujo del proyecto que se compone del capital invertido por el concesionario y los flujos de caja que se obtienen de restar de los ingresos del proyecto todos los costos y gastos en los que se incurre. El plazo de los contratos de concesión normalmente es superior al plazo de construcción de la obra y en el caso de los contratos de tercera generación, corresponde al plazo necesario para que el concesionario alcance la rentabilidad esperada por su inversión, medida como la TIR del proyecto.⁷⁵

Así, en estos Contratos de Concesión se utiliza el concepto de costo de capital.⁷⁶ Precisamente, en el documento "Metodología y estimación del costo promedio ponderado de capital para proyectos de infraestructura vial" del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (2010), se lee lo siguiente:

“Dentro de la regulación propuesta en el esquema de concesiones de carreteras se incorpora el concepto de ingreso real, considerado como los ingresos percibidos por el concesionario y expresado como el valor presente en términos reales de los mismos. Los ingresos percibidos provienen de dos fuentes, a saber: i) los ingresos generados en los aportes y/o pagos estatales y, ii) los ingresos percibidos de los usuarios por la prestación del servicio, donde el precio del servicio es regulado. El valor presente de estos ingresos, se evalúa con base en la tasa de descuento que se pretende regular en este documento, mediante el cálculo del costo promedio ponderado del capital.

“El costo de capital es uno de los factores más importantes que los reguladores y las compañías precisan estimar; dado que éste representa el rendimiento mínimo que debe obtener un proyecto o empresa de manera que los mercados financieros estén dispuestos a proveer recursos a ese proyecto o a comprar una participación en esa compañía. El costo de capital de una empresa debe ser igual a la tasa de rendimiento esperada que prevalece en los mercados de capitales para inversiones alternativas de riesgo similar. Esto indica que tanto el costo de capital de las empresas reguladas, como el de las que no lo están, está determinado por los mercados financieros.”

Ello es así, porque en materia financiera, al momento de estudiar la viabilidad económica de un negocio o proyecto de inversión, generalmente se usan los parámetros del Valor Actual Neto VAN

⁷⁵ En tal sentido véase el Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento al resolver las controversias entre la Sociedad Autopistas de La Sabana S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

⁷⁶ El costo de capital es el rendimiento esperado por el inversionista, equivale a la tasa de descuento a la cual se traen a valor presente los flujos de caja del proyecto.

y la Tasa Interna de Retorno TIR, los cuales se sabe que no siempre coinciden, que tienen sus limitaciones y que sus resultados pueden ser inconsistentes en algunos casos.

Al estudiar la rentabilidad de un proyecto, el VAN lo hace en términos absolutos netos, es decir, en unidades monetarias, lo cual indica el valor del proyecto a un día determinado, mientras que la TIR, da una medida relativa, en tanto por ciento. Igualmente, estos métodos también se diferencian en el tratamiento de los flujos de caja. El VAN considera los distintos vencimientos de los flujos de caja, dando preferencia a los más próximos y reduciendo así el riesgo, asumiendo que todos los flujos se reinvierten a la misma tasa K, tasa de descuento que se emplea en el propio análisis. En cambio, la TIR no considera que los flujos de caja se reinviertan periódicamente a la tasa de descuento K, sino a un tanto de rendimiento r, sobrestimando la capacidad de inversión del proyecto.

El Valor Presente Neto constituye sencillamente la equivalencia financiera presente de todos los flujos netos atribuibles a un proyecto. La fórmula del VAN es la siguiente:

$$VAN = -A + \sum_{n=1}^N \frac{Q_n}{(1+i)^n}$$

Donde A es la Inversión, Q_n es el flujo de caja del año “n”, i es la tasa de interés con la que se calcula y N es el número de años de la inversión. Por lo tanto, para calcular el VAN se debe conocer el monto de la inversión, los flujos de caja netos proyectados y la tasa de interés.

La TIR es la Tasa Interna de Retorno, que, como su nombre lo indica, es la tasa a la cual se recupera una inversión en determinados años. Para Mokaten,

“La TIR se define como la tasa de descuento intemporal a la cual los ingresos netos del proyecto apenas cubren los costos de inversión, de operación y de rentabilidades sacrificadas. Es la tasa de interés que, utilizada en el cálculo del VNP, hace que el valor presente neto del proyecto sea igual a cero. En otras palabras, indica la tasa de interés de oportunidad para la cual el proyecto apenas será aceptable.

“La TIR es, entonces, un ‘valor crítico’ de la tasa de interés de oportunidad. Señala la tasa de rentabilidad generada por los fondos invertidos, asumiendo que los frutos de la inversión (los flujos netos positivos del proyecto) se reinvierten en el proyecto, o sea, se mantienen ‘internos’ en el proyecto, Es decir, se mide la rentabilidad del dinero mantenido dentro del proyecto.”⁷⁷

Mientras más alta sea la TIR, es más rentable el proyecto y, por el contrario, si la TIR es muy baja, el proyecto será muy vulnerable a la tasa de interés del momento, pero los expertos coinciden en que una gran ventaja o limitación de la TIR es que el comportamiento de la relación entre la tasa de interés de oportunidad y el VPN, y por ende de la TIR, depende de la forma del flujo de fondos del proyecto, pues existen flujos para los cuales no hay ninguna solución para la TIR, otros flujos que sólo tienen una solución y otros que generan múltiples soluciones. Con el fin de resolverlos, se ha definido la TIR ajustada, la cual se denomina Tasa Única de Retorno TUR, con la cual se garantiza la existencia de una sola tasa, independientemente de la estructura de los flujos

9. De acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 105 de 1993, mediante el Documento CONPES 3085 de 2000, se definió la extensión de la Red, al adoptar el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras, el cual se centró en definir la red a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, e hizo especial énfasis en las estrategias de inversión pública en la Red Nacional de Carreteras no concesionada para el período 2001 – 2002.

⁷⁷ Karen María Mokate. Evaluación Financiera de Proyectos de Inversión. Ediciones Uniandes y Alfaomega, Bogotá, 2004, p.145

10. Seguidamente, en el Plan Nacional de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario: 2002-2006”, se reafirmó como política nacional, impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura con el objetivo de: i) fomentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; ii) promover la competencia; iii) eliminar la presión fiscal que genera la financiación y operación pública de los proyectos y servicios; iv) aumentar los flujos de inversión local y extranjera; y, v) promover el desarrollo del mercado de capitales.

De conformidad con lo anterior, el proceso de vinculación de inversionistas privados en proyectos de concesión vial conllevó avances en la estructuración de los proyectos en lo relacionado con las condiciones mínimas de los oferentes en aspectos tales como la promoción de los proyectos, los plazos para elaboración de propuestas, o los criterios de selección. Igualmente, se avanzó en desarrollos contractuales relacionados con aspectos técnicos, financieros y legales.

11. A su vez, con el Decreto 423 de 2001, reglamentario de la Ley 448 de 1998,⁷⁸ se señalaron reglas para la adopción de la política de riesgo contractual del Estado, para lo cual, en los artículos 15 a 18 del citado Decreto se determinó que: 1) Las entidades estatales sometidas al régimen en él previsto, deben ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo; 2) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad; 3) Corresponde al Consejo de Política Económica y Social, CONPES, en materia de política de riesgo contractual del Estado recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes; 4) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, debe revisar por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo establecida con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país; y, 5) Cuando se trate de contratos a cargo de las entidades del orden nacional o descentralizado del mismo nivel, la dependencia de planeación del organismo rector del respectivo sector administrativo, deberá conceptuar sobre la adecuación de tales contratos a la política de riesgo contractual del Estado establecida por el Consejo de Política Económica y Social, CONPES.

12. De conformidad con lo anterior, mediante el Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, se fijó la “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”. Esta política fue modificada por el CONPES mediante el Documento CONPES 3133 del 3 de septiembre de 2001, la cual incluyó la ampliación del marco general de la política y la revisión de los lineamientos acerca del riesgo contractual derivado de obligaciones ambientales. En el Cuadro 4 de dicho Documento se precisa la Política de Riesgo para el Sector Transporte y se señala que los riesgos de construcción, operación, comercial –que incluye los riesgos de demanda y los riesgos de cartera-, de financiación, de liquidez cambiaria y los regulatorios en general, corresponderán a los concesionarios.⁷⁹

⁷⁸ Mediante la Ley 448 de 1998 se adoptaron las medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictaron otras disposiciones en materia de endeudamiento público, al tiempo que dicha Ley creó el Fondo de Contingencia de las Entidades Estatales.

⁷⁹ Conforme a ese mismo derrotero, la Ley 1150 sancionada el 16 de julio de 2007, que entró en vigencia el 16 de enero de 2008, determinó que: “Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación. / En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.” Con fundamento en dicha disposición legal, el Consejo Superior de Política Económica y Social, mediante el Documento CONPES 3174 de diciembre 1 de 2011, estableció una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de “*riesgo previsible*” conforme a la las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y de esta forma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, determinó que las entidades públicas deberán incluir en los procesos de selección, la *tipificación, estimación, y asignación* de los riesgos previsible involucrados en la contratación; y, generar un espacio de discusión del ejercicio

El citado Documento CONPES 3107 de 2001, al revisar la evolución de las concesiones viales, hizo las siguientes comparaciones:

“Los cuadros que se muestran a continuación reflejan la evolución tanto de la estructura como en los criterios de asignación de riesgos en este sector.

Cuadro 2
Diferencias en la estructura de concesiones de primera, segunda y tercera generación.

| Descripción | Segunda y Tercera generación | Primera generación |
|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| Diseños | Diseños detallados (Fase III) | Diseños de factibilidad (Fase II) |
| Predios | Gestión a cargo de concesión y expropiación del INVIAS | Proceso de adquisición a cargo del INVIAS |
| Licencias Ambientales | Se cuenta con licencias y la gestión de modificación a cargo de la concesión | No contaba con licencias y toda la gestión a cargo del INVIAS |
| Plazo de la concesión | Variable (ver anexo 1) | Fijo |
| Ingresos | Se cuenta con estudios de tráfico | No se contó con estudios de tráfico |
| Gestión Social | Gestión conjunta entre la concesión y el INVIAS | No prevista en la estructura |

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

Cuadro3
Evolución de los criterios de asignación de Riesgos en Infraestructura Vial

| Riesgo | Primera Generación | | Segunda Generación | | Tercera Generación | |
|---------------------------|--------------------|---------|--------------------|--------|--------------------|---------|
| | Concesionario | INVIAS | Concesionario | INVIAS | Concesionario | INVIAS |
| Constructivo | X | Parcial | X | | X | |
| Tráfico | | X | X | | X | |
| Tarifa de Peajes | | X | | | | X |
| Predios | | X | | X | Gestión | X |
| Licencia Ambiental | | X | | X | Gestión | X |
| Tributario | X | | X | | X | |
| Cambiario | X | X | Parcial | | X | Parcial |
| Fuerza Mayor (Asegurable) | X | | X | | X | |
| Financiación | X | | X | | X | |

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

13. Posteriormente, dentro del Plan de Modernización del Estado, con el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones INCO, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y, en especial, las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

14. Con el Documento CONPES 3261 de 2003, se adoptó el programa estratégico de mejoramiento de la infraestructura vial secundaria y terciaria orientado a promover la integración y el desarrollo regional.

15. Seguidamente, con el Documento CONPES 3272 del 23 de febrero de 2004, se aprobó la política integral de infraestructura vial orientada a mejorar la competitividad y productividad del país a través de dos componentes:

realizado, para poder hacer la respectiva revisión con los particulares interesados en el proceso respectivo. Dicho Documento fue recientemente modificado con el Documento CONPES 3807 de junio 3 de 2014, que contiene la Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. Aunque los citados documentos CONPES 3107 y 3807 no se aplican al Contrato de Concesión objeto de análisis por ser posteriores a su celebración, el hecho es que corresponden al mismo derrotero establecido desde 1995, en vigencia de la Ley 80 de 1993, conforme al cual, existe y debe existir una política pública de asignación de riesgos, la cual es obligatorio cumplimiento para las entidades estatales.

- a. Un programa de rehabilitación y mantenimiento integral de la red de carreteras a cargo de la Nación con el objeto de recuperar y mantener en buen estado los principales corredores viales de la Nación, los cuales soportaban más del 80% del tráfico y, a la vez, racionalizar el gasto fiscal en el sector y disminuir los costos de operación del parque automotor; y,
- b. Un programa de infraestructura vial de integración y desarrollo regional con el cual se buscaría mejorar la infraestructura vial secundaria y terciaria de forma que se lograra una mayor integración regional.

16. Por su parte, el Decreto 4730 de 2005, artículo 23, determinó que, como requisito previo a la declaración de importancia estratégica de un programa o proyecto, se debe contar con el aval fiscal del Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS.

17. Así mismo, en el marco de los proyectos de la Agenda Interna para la productividad y competitividad⁸⁰ y Visión Colombia II Centenario – 2019⁸¹, se planteó incrementar el nivel de servicio de los corredores de transporte de comercio exterior y de los que conectan los grandes centros de producción, mediante el desarrollo de proyectos de expansión de capacidad de la red nacional de carreteras.

En tal virtud, mediante el Documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, se adoptó el “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014”, a cargo del Instituto Nacional de Concesiones INCO⁸² que fue declarado de importancia estratégica -previo aval fiscal dado por el CONFIS para las vías de competitividad de dicho Programa en su sesión de la misma fecha-, y considerando los principios de: i) integración económica y comercial, ii) articulación de actividades económicas y de cadenas productivas con los países vecinos y de la región, iii) integración entre los principales centros nacionales de producción y consumo, iv) optimización de las inversiones públicas y privadas en infraestructura para incrementar la competitividad nacional y, v) complementariedad de la infraestructura de transporte.

Igualmente, con el objetivo de obtener reducciones de costos de operación de vehículos de carga y pasajeros, ahorros de tiempo de viaje, disminución de accidentalidad y mejoras en la accesibilidad de las instituciones estatales encargadas de la seguridad, se establecieron los siguientes lineamientos de política para la estructuración de proyectos que maximizaran los beneficios de su implementación bajo el esquema de concesión: i) Promover el desarrollo de proyectos de concesión vial que tuvieran un impacto favorable en la productividad y competitividad del país; ii) fomentar la participación privada en el desarrollo del Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014; iii) promover la optimización de la capacidad de inversión del Programa de Concesiones; y, iv) Implementar mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades del sector transporte.

Así mismo, conforme a dicho Documento, el esquema contractual previsto para la ejecución de este programa fue el de la concesión -siguiendo los parámetros de la tercera generación-, “mediante el cual es posible obtener financiación anticipada para las actividades de inversión, asegurar altos estándares de niveles de servicio y mantenimiento de la infraestructura por períodos largos y hacer una repartición más eficiente de los riesgos. En este esquema los costos de inversión, mantenimiento, operación y financiación son cubiertos con recursos de peajes y aportes de la Nación.”

⁸⁰ Cfr. Documento CONPES 3297 de julio de 2004.

⁸¹ Cfr. 2019 – Visión Colombia II Centenario – Propuesta para discusión, DNP, agosto de 2005.

⁸² Creado por el Decreto 1800 de 2003, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública con el objeto de fortalecer la capacidad institucional para fomentar la participación del sector privado en el sector transporte, encargado de la gestión para la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de proyectos de participación privada en los modos carretero, férreo, portuario y fluvial.

“Adicionalmente, señaló el CONPES, la estructura financiera que se defina para cada proyecto de concesión deberá ajustarse a la capacidad de inversión pública y privada en el mismo y deberá permitir maximizar la participación del sector privado. En este sentido, el CONPES aprobó solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – MHCP, en coordinación con el INCO y el DNP, “identificar esquemas alternativos para la estructuración financiera de los proyectos, incluyendo la evaluación del costo de los mecanismos de cobertura de riesgo, para maximizar la participación del sector privado.”

En desarrollo de lo anterior, se recomendó evaluar, entre otros, “la conveniencia de adoptar un esquema que contemple el concepto de Valor Presente de los Ingresos Esperados⁸³ como desarrollo complementario al concepto de Ingreso Esperado, como variable para establecer el plazo de la concesión. Lo anterior, teniendo en cuenta la solidez del sistema financiero y la existencia de condiciones de mercado para obtener financiación con mayores plazos para este tipo de proyectos. Para estos efectos, se recomienda evaluar las experiencias internacionales en la utilización de los conceptos de Ingreso Esperado y de Valor Presente Neto del Ingreso Esperado según lo presentado en el Anexo 2, y desarrollar los parámetros bajo los cuales se debe implementar el esquema que optimice la capacidad de inversión del proyecto.”

Conforme se señala en el citado anexo,

“El concepto de Ingreso Esperado ha sido incorporado en la estructuración de los proyectos de la denominada Tercera Generación de Concesiones con el objetivo de mitigar el riesgo comercial de demanda⁸⁴. Dicho ingreso, que ha sido adoptado como variable de evaluación de los procesos licitatorios, corresponde al volumen de recursos de peaje cuantificados en términos constantes⁸⁵ que cada proponente espera recibir en desarrollo del proyecto, en caso de ser el adjudicatario de la concesión. En línea con lo anterior, el plazo de la concesión varía en función del tiempo requerido para que el proyecto genere los recursos esperados por el concesionario.

“Este esquema ha permitido reducir la percepción del riesgo por parte de los inversionistas privados y de los agentes de los mercados de capitales, lo cual ha mejorado las condiciones de financiación de este tipo de proyectos. Teniendo en cuenta los efectos positivos de esta medida, se recomienda al Gobierno Nacional que evalúe la pertinencia de incorporar instrumentos complementarios orientados a mitigar los riesgos propios de los proyectos de concesión.

“En particular, se recomienda al Gobierno Nacional evaluar la conveniencia de utilizar la alternativa del concepto de ‘Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados’. Este criterio corresponde a una variación del concepto de Ingreso Esperado y es entendido como la estimación que cada proponente hace del valor presente neto de los ingresos que puede generar la concesión en el horizonte de ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles, las tarifas de peaje previamente establecidas y una tasa de descuento definida por el Gobierno con anticipación al proceso licitatorio.

“Los análisis realizados por Engel, Fischer y Galetovic⁸⁶ permiten entrever que el concepto de ‘Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados’ puede aportar nuevos elementos que complementen la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura⁸⁷. El ‘Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados’ incorpora una tasa de descuento

⁸³ “Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Privatizing roads: An ‘old’ new approach to infrastructure provision. Regulation, the Cato Journal, Fall, 18-22, 2002. En dicho artículo se plantea que i) el ingreso del peaje se descuenta a una tasa predeterminada en el contrato; y ii) la tasa de descuento que defina el Gobierno debería ser una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el concesionario.”

⁸⁴ De acuerdo con lo indicado en el Documento CONPES 3107 de 2001, el riesgo de demanda se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.

⁸⁵ Flujos de ingresos indexados con la inflación.

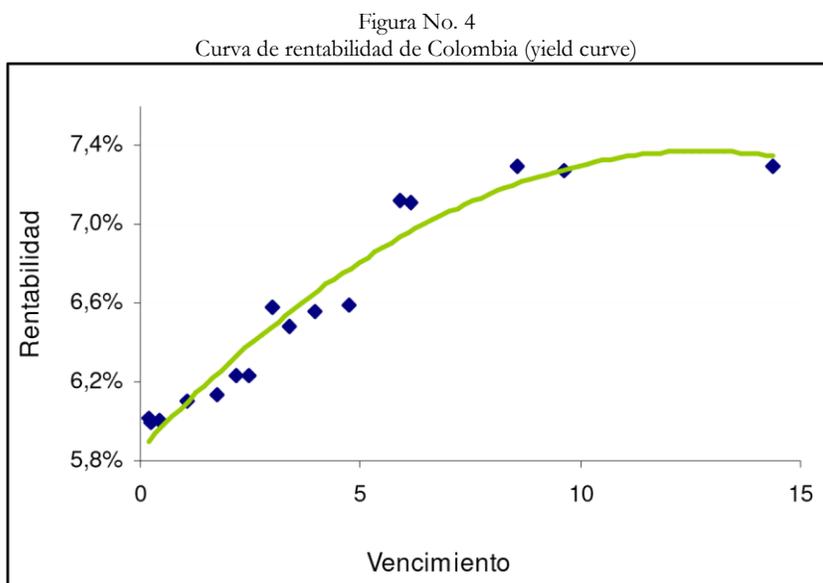
⁸⁶ Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. Journal of Political Economy 10 (5), 993-102, 2001.

⁸⁷ Documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.

asociada al costo de financiación. De acuerdo con lo planteado por Engel, Fischer y Galetovic, la tasa de descuento que defina el Gobierno debería ser una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el concesionario⁸⁸.

“Por otra parte, se recomienda considerar, entre otros, los siguientes aspectos en la evaluación de esta alternativa:

i) si la curva de rentabilidad del país (yield curve) aporta información para estimar la tasa de descuento de los proyectos. En la Figura No. 4 se presenta un ejemplo de este tipo de información;



Fuente: Grupo Aval

ii) si la tasa de descuento que fije el Gobierno debe reconocer los cambios en las condiciones del mercado financiero que eventualmente ocurran entre la apertura del proceso licitatorio y el cierre financiero de los proyectos. La eliminación de esta incertidumbre podría contribuir a mejorar las condiciones de financiación de los proyectos; y

iii) si el Gobierno Nacional debe establecer un límite superior para el ‘Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados’, incentivando a los proponentes a que ajusten sus propuestas a valores propios de procesos licitatorios con amplia concurrencia.”

De la misma manera, los proyectos que hicieran parte de este programa se desarrollarían de acuerdo con lo previsto en la Ley 448 de 1998, en el Decreto 423 de 2001 y en el marco legal vigente, y considerando las políticas de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en infraestructura planteadas en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.

El CONPES aprobó solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que: i) definiera los esquemas financieros requeridos para dar un manejo flexible a los tiempos de las concesiones, buscando maximizar los recursos del sector privado que se apalanquen para el desarrollo de los proyectos; ii) estableciera los volúmenes de aportes de la Nación en aquellos proyectos que los requirieran, considerando las restricciones fiscales; y iii) definiera el esquema de garantías y/o apropiación de los recursos necesarios para el manejo del riesgo y el adecuado financiamiento de los proyectos, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, y de acuerdo con las recomendaciones del CONFIS de marzo 6 de 2006, relacionados con las características de competitividad de cada proyecto.

18. La Nación - Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y la

⁸⁸ Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Privatizing roads: An “old” new approach to infrastructure provision. Regulation, the Cato Journal, Fall, 18-22, 2002.

Financiera de Desarrollo Territorial – FINDETER, suscribieron el 28 de diciembre de 2007, el Convenio Interadministrativo No. 197069 de Cooperación, Cofinanciación y Asistencia Técnica, cuyo objeto consistió en “aunar esfuerzos entre las partes para formular, estructurar e implementar el Proyecto General denominado “Integración Vial Nacional para la Competitividad”, que comprende a su vez los subproyectos 1, 2 y 3 hasta la puesta en marcha del mismo, de conformidad con los procedimientos y cauces que en derecho correspondan”.

19. Posteriormente, dentro del Plan de Modernización del Estado conforme a las directrices señaladas por la Ley 1444 de 2011, con el Decreto Ley 4165 del 3 de noviembre de 2011, se dispuso el cambio de naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, que se denominaría Agencia Nacional de Infraestructura ANI, la cual tendría por objeto de planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar los proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las atrás enunciadas, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.

20. La Ley 1682 de 2013, parcialmente adicionada por la Ley 1742 de 2014, adoptó entre otras, las siguientes disposiciones generales, principios y políticas de la infraestructura del transporte:

Artículo 2o. La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos.

Artículo 3o. Características de la infraestructura del transporte. La infraestructura de transporte como sistema se caracteriza por ser inteligente, eficiente, multimodal, segura, de acceso a todas las personas y carga, ambientalmente sostenible, adaptada al cambio climático y vulnerabilidad, con acciones de mitigación y está destinada a facilitar y hacer posible el transporte en todos sus modos.

Artículo 4o. Integración de la infraestructura de transporte. 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.

2. Los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera.

3. Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.

4. Los ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos, así como los elementos de señalización como faros, boyas y otros elementos para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico, sin perjuicio de su connotación como elementos de la soberanía y seguridad del Estado.

5. Los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso. La infraestructura portuaria, marítima y fluvial comprende las radas, fondeaderos, canales de acceso, zonas de maniobra, zonas de protección ambiental y/o explotación comercial, los muelles, espigones diques direccionales, diques de contracción y otras obras que permitan el mantenimiento de un canal de navegación, estructuras de protección de orillas y las tierras en las que se encuentran construidas dichas obras.

6. Las líneas férreas y la infraestructura para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio.

7. La infraestructura logística especializada que contempla los nodos de abastecimiento mayorista, centros de transporte terrestre, áreas logísticas de distribución, centros de carga aérea, zonas de actividades logísticas portuarias, puertos secos y zonas logísticas multimodales.

8. La infraestructura aeronáutica y aeroportuaria destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea.

9. Los Sistemas de Transporte por Cable: teleférico, cable aéreo, cable remolcador y funicular, construidos en el espacio público y/o con destinación al transporte de carga o pasajeros.

10. La infraestructura urbana que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público que lo conforman andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, así como ciclorrutas, paraderos, terminales, estaciones y plataformas tecnológicas.

11. Redes de sistemas inteligentes de transporte.

Parágrafo 1o. La integración a la que se refiere el presente artículo no modifica las competencias, usos, propiedad o destinación adicionales que el legislador haya previsto respecto de los bienes antes descritos.

Parágrafo 2o. Las zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio deberán ser previamente adquiridas por el responsable del proyecto de infraestructura de transporte, cuando se requiera su utilización.

Artículo 5o. Las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte materializan el interés general previsto en la Constitución Política al fomentar el desarrollo y crecimiento económico del país; su competitividad internacional; la integración del Territorio Nacional, y el disfrute de los derechos de las personas y constituye un elemento de la soberanía y seguridad del Estado. En razón de ello, el desarrollo de las acciones antes indicadas constituye una función pública que se ejerce a través de las entidades y organismos competentes del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con la participación de los particulares.

Artículo 6o. La infraestructura del transporte en Colombia deberá tener en cuenta las normas de accesibilidad a los modos de transporte de la población en general y en especial de las personas con discapacidad, así como el desarrollo urbano integral y sostenible.

Lo anterior, sin perjuicio de las exigencias técnicas pertinentes para cada caso.

Artículo 7o. Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, los siguientes aspectos, entre otros:

a) Las redes y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones;

b) El patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico;

c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas;

d) Los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras, conforme a lo previsto en las Leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen;

e) Las comunidades étnicas establecidas.

f) Títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación;

g) Diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición.

Para tales efectos deberán solicitar a las autoridades, entidades o empresas que tengan a su cargo estas actividades o servicios dicha información, que deberá ser suministrada en un plazo máximo de treinta (30) días calendario después de radicada su solicitud.

Consultados los sistemas de información vigentes al momento de la estructuración, tales como el Sistema Integral de Información de Carreteras (SINC), y el Sistema de la Infraestructura Colombiana de Datos Especiales, entre otros, y sin limitarse a ellos, y reunida la información de que tratan los literales anteriores, el responsable de la estructuración de proyectos de infraestructura de transporte deberá analizar integralmente la misma, con el objetivo de establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten. El estructurador mantendrá un diálogo permanente con los actores e interesados para garantizar el interés general.

La Comisión Intersectorial de Infraestructura decidirá, en caso de existir superposición y/o conflicto entre proyectos de los distintos sectores o con los aspectos señalados anteriormente, cómo debe procederse.

Artículo 8o. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes principios, bajo los cuales se planeará y desarrollará la infraestructura del transporte:

Accesibilidad. En el desarrollo de los proyectos de infraestructura y los servicios de transporte deberán considerarse tarifas, cobertura y disposiciones que permitan el acceso de todas las personas e igualmente el acceso de la carga.

Adaptación y mitigación al cambio climático. Los proyectos de infraestructura de transporte deben considerar la implementación de medidas técnicas para reducir la vulnerabilidad de los sistemas de transporte por razón de los efectos reales o esperados del cambio climático. Asimismo, deben implementar los cambios y reemplazos tecnológicos que reducen el insumo de recursos y las emisiones de gases contaminantes y material particulado por unidad de producción.

Calidad del servicio. La infraestructura de transporte debe considerar las necesidades de los clientes, usuarios o ciudadanos, así como las características mínimas requeridas para cumplir con los niveles de servicio y los estándares nacionales o internacionales aplicables.

Capacidad. Se buscará el mejoramiento de la capacidad de la infraestructura, de conformidad con las condiciones técnicas de oferta y demanda de cada modo de transporte.

Competitividad. La planeación y desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte del país deberán estar orientados a mejorar la producción, el sostenimiento y la expansión de la industria nacional y el comercio exterior y su participación en los mercados internacionales, así como a propender por la generación de empleo. Se impulsará la consolidación de corredores que soporten carga de comercio exterior y que conecten los principales centros de producción y consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y puntos fronterizos con la red vial terrestre, fluvial o aérea.

Conectividad. Los proyectos de infraestructura de transporte deberán propender por la conectividad con las diferentes redes de transporte existentes a cargo de la nación, los departamentos y los municipios, razón por la cual el tipo de infraestructura a construir variará dependiendo de la probabilidad de afectaciones por causas naturales, los beneficios esperados y los costos de construcción.

Eficiencia. En los proyectos de infraestructura de transporte se buscará la optimización del sistema de movilidad integrado, la adecuada organización de los diversos modos de transporte y la creación de las cadenas logísticas integradas.

Seguridad. La infraestructura de transporte que se construya en el país deberá atender a criterios y estándares de calidad, oportunidad, seguridad y la visión de cero muertes en accidentes, para cualquier modo de transporte.

Esta seguridad involucra las acciones de prevención o minimización de accidentes de tránsito y las encaminadas a proveer la información de las medidas que deben adoptarse para minimizar las consecuencias de un accidente al momento de su ocurrencia.

Sostenibilidad ambiental. Los proyectos de infraestructura deberán cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la legislación ambiental y contar con la licencia ambiental expedida por la ANLA o la autoridad competente.

Los proyectos de infraestructura deberán diseñarse y desarrollarse con los más altos criterios de sostenibilidad ambiental, acorde con los estudios previos de impacto ambiental debidamente socializados y cumpliendo con todas las exigencias establecidas en la legislación para la protección de los recursos naturales y en las licencias expedidas por la autoridad ambiental competente, quien deberá hacer un estricto control y seguimiento en todas las actividades de los proyectos.

Artículo 9o. Intermodalidad, multimodalidad, articulación e integración. Los proyectos de infraestructura se planificarán con la finalidad de asegurar la intermodalidad de la infraestructura de transporte, la multimodalidad de los servicios que se prestan y la articulación e integración entre los diversos modos de transporte, en aras de lograr la conectividad de las diferentes regiones del país y de estas con el exterior.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los ciento veinte días calendario siguientes.

Artículo 10. Proyectos de infraestructura de transporte con intervención urbana y rural de la red secundaria o terciaria. En los proyectos de infraestructura de transporte de utilidad pública e interés social a cargo de la Nación que requieran intervenciones urbanas o rurales en vías de la red secundaria o terciaria para su desarrollo, se suscribirá un convenio de colaboración y coordinación con la Autoridad Territorial correspondiente en el que se establezcan las responsabilidades que cada una de las partes asume en la ejecución de las actividades relacionadas con el proyecto.

En caso de no llegar a un acuerdo en un término de noventa (90) días, la entidad responsable del proyecto a cargo de la Nación continuará con el proyecto de infraestructura de transporte, entregando a la entidad territorial un documento que dé cuenta de la revisión de la viabilidad del proyecto de la nación, se ajuste al plan de Desarrollo Territorial y las acciones de mitigación de impactos sobre el territorio a intervenir.

Conclusión

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que el Contrato No. 0377 de 2002, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y el Consorcio Solarte, cedido a la Sociedad CSS Constructores S.A., es un Contrato de Concesión de Obra Pública de Tercera Generación, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Leyes 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen. Como se verá más adelante, es un Contrato de Concesión para la realización, por cuenta y riesgo del Concesionario, de las obras necesarias para cuyas características principales no mutaron con la suscripción hasta la fecha de treinta y cuatro documentos contractuales adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos.

B. LAS CONSIDERACIONES NORMATIVAS GENERALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL QUE SIRVEN DE GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0337 DE 2002

El artículo 32 numeral 4º de la Ley 80 de 1993 define, de manera general, el contrato de concesión en los siguientes términos:

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.

A su vez, de manera especial, los artículos 30 a 36 de la Ley 105 de 1993, que es norma posterior, precisan el régimen jurídico del contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, en los siguientes términos:

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.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Parágrafo 1. Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2. Los contratos a que se refiere en inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Artículo 31. Titularización y crédito para concesionarios. Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos, manteniendo la responsabilidad

contractual.

Artículo 32. Cláusulas unilaterales. En los contratos de concesión, para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

Artículo 34. Adquisición de predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las lonjas de propiedad raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

(...)

Artículo 36. Liquidación del contrato. En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

Posteriormente, la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, establece:

Artículo 20. Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

Más recientemente, la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias, dispuso lo siguiente en materia de contratación de infraestructura de transporte:

Artículo 13. Los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral.

Parágrafo 1. La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato.

Parágrafo 2. Para los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley, que estén en etapa de operación, la entidad pública contratante podrá proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión, garantizando al contratista el pago de las prestaciones a que tiene derecho, posibilitando de común acuerdo la terminación anticipada del contrato, la cual deberá ser fundamentada en los motivos previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, siempre y cuando se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad e interés general.

Las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinadas de común acuerdo entre las partes o haciendo uso de la amigable composición, o de un tribunal arbitral, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Parágrafo 3. Por ministerio de la ley, la terminación anticipada implicará la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los permisos o las autorizaciones ambientales, títulos mineros y en general otra clase de permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte.

Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones pendientes al momento de la terminación, sobre las cuales las partes podrán acordar quién asume la respectiva responsabilidad, o deferir dicha decisión a un tercero, haciendo uso de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos.

A partir de ahí, tanto la jurisprudencia constitucional como la contenciosa administrativa, han señalado lo siguiente en materia de concesiones.

En la Sentencia C-250 de 1996, la Corte Constitucional dijo:

“En primer lugar, es del caso señalar que como lo ha venido sosteniendo la doctrina, los contratos de concesión son aquellos 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 de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como 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 contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, 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.

“De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

“a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;

“b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.

“c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;

“d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

“Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

“e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

“Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

“f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

“g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.”

Luego, en la Sentencia C-711 de 1996, también de manera general, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“En términos generales, para la doctrina la **concesión** tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente⁸⁹.”

Igualmente, en la Sentencia C-350 de 1997, además de reiterar la definición general hecha en la Sentencia anterior, la Corte Constitucional agregó

“La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado, ‘...por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, ‘concesionario’, actúa por su propia costa y riesgo. La labor se retribuye con el *precio pagado* por los usuarios o con *subvenciones o garantías* otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.’

“La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.⁹⁰”

Así mismo, en la Sentencia C-126 de 1998, de nuevo, de manera general, la Corte consideró que

“Tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales⁹¹, por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley, pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión.”

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de 2004, señaló los siguientes elementos que, a su juicio, permiten identificar la naturaleza jurídica del Contrato de Concesión en general:

“a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

“b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

⁸⁹ “Esta es la tesis de los denominadas “publicistas” franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze.”

⁹⁰ “Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994.”

⁹¹ “Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996.”

“c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

“d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

“e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

“f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

“g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

“Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato.”⁹²

Así mismo, el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de noviembre de 2006,⁹³ señaló -primero de manera general y luego, de manera concreta, en lo que se refiere al contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, - lo siguiente:

“En otras palabras, y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la concesión como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal⁹⁴.

(...)

“Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración; y, de otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que

‘...sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella’⁹⁵.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074). Actor: Jorge Eduardo Chemás Jaramillo. Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte e INVIAS.

⁹⁴ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería ‘La Vallenata’.”

⁹⁵ “Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago, 1999, p. 23. Esta autora —p. 26— refiere otra noción —elaborada por Vargas Fritz, J.L., *La concesión de obras públicas*, La Ley, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, pp. 117-118— en la cual son igualmente identificables los dos elementos del contrato que en esta sede nos interesa destacar: se trata, la concesión, de ‘un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a

“También puede evidenciarse la presencia de los dos mencionados elementos, en la caracterización que del contrato de concesión ha efectuado la Sala, con base en la definición del mismo contenida en el más atrás citado artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, que permite identificar este tipo contractual a través de las siguientes particularidades:

- ‘a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
- ‘b. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
- ‘c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
- ‘d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
- ‘e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
- ‘f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
- ‘g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

‘Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato’⁹⁶.

“A juicio de la Sala, la existencia de tales dos componentes en el tipo de contrato estatal que se comenta está fuera de toda discusión. Cosa distinta es la manera como esos dos elementos se articulan dentro del contrato de concesión mismo -si es que se admite que dicha articulación ocurre efectivamente- que es, precisamente, el punto que ha dado lugar a la polémica doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del plurimencionado contrato.

“Sin ánimo de exhaustividad, y solo en la medida que este extremo resulta indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha -entidad pública concedente y particular concesionario- de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos administrativos proferidos con ocasión de aquélla, menester resulta hacer alusión a que, en la doctrina, pueden encontrarse desde las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es un acto unilateral de la administración -de escasa acogida en la actualidad-, pasando por las que lo catalogan como un contrato de derecho privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas por los días que corren, de acuerdo con las cuales o bien se trata de un acto mixto -contractual y reglamentario-, o de un contrato administrativo *strictu sensu*.⁹⁷

obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación’.”

⁹⁶ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías.”

⁹⁷ “Esta interesante aglutinación de las diversas posturas doctrinales desde las cuales históricamente se ha abordado el asunto de la naturaleza jurídica del contrato de concesión, es efectuada por los profesores Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen II, Parte especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 20-33, y Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III – B (contratos administrativos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 596-604. En similar sentido también puede verse a Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 139-141.”

“Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la concesión no es más que un acto unilateral de la administración pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, lo cual parte de negar la posibilidad de que existan contratos celebrados entre la administración pública⁹⁸. Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de concesión es un contrato exclusivamente de derecho privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulada por el derecho privado. Paulatinamente, en la medida que la categoría de los contratos administrativos -o contratos estatales- se fue abriendo paso históricamente, esta tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al *ius commune* toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no sólo afecta a las partes celebrantes -entidad concedente y concesionario-, sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización.⁹⁹

“De ahí que se hayan consolidado las tesis, hoy en día mayoritarias, de acuerdo con las cuales la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de un instrumento de derecho público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciadas: unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de estirpe puramente contractual. Al decir de Duguit, en la concesión existe, de un lado, una ‘convención’ que establece, sobre la base del acuerdo existente entre la administración pública y el concesionario, la aplicación de un conjunto normativo reglamentario, y por el otro, un verdadero contrato que rige el resto de las condiciones y situaciones de la concesión.¹⁰⁰ En esa misma dirección, Hauriou sostenía que en el contrato de concesión se combinan los dos elementos reseñados, vale decir, una situación reglamentaria, referida a la organización y explotación del servicio y al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder público de que será investido el concesionario, de un lado; y, de otro, una situación contractual, basada en el pliego de condiciones, que comprende las obligaciones que se deriven de la precedente situación reglamentaria, las condiciones financieras de la explotación, etc.¹⁰¹

“En España, Garrido Falla igualmente se decanta por esta posición y sostiene que «la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, cuanto por los preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido»¹⁰².

⁹⁸ “Ello explica la franca decadencia de esta postura en la actualidad. Entre sus exponentes, Mayer consideró que los derechos del concesionario derivaban de un acto unilateral de los gobernantes, mientras que sus obligaciones «...nacen de su sumisión voluntaria, que resulta de la petición de la concesión, la que aparece así como un acto administrativo». También se cuentan entre los defensores de esta postura, hoy en franco abandono, autores como Zanobini, Romano, Raneletti, Cameo y Vitta. Cfr. Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 20-21; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 596-597.”

⁹⁹ “Cfr. Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 23-25; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 598.”

¹⁰⁰ “Duguit, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1923, t. III, pp. 446-447, *apud* Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 26.”

¹⁰¹ “Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, pp. 1014-1015, *apud* Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 27. Este último autor —también en p. 27— refiere que, para algunos —como Diez, M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1967, t. III, pp. 267 y ss.—, «la existencia de la situación reglamentaria es resultado de un acto-condición, por el cual el concesionario acepta hacer funcionar el servicio conforme a dichas normas reglamentarias, que la administración pública puede variar, con obligación de indemnizar al concesionario si se afecta el equilibrio financiero de la prestación». También puede incluirse entre los muchos autores que mantienen esta postura, a Gastón Jèze —respecto de cuyos planteamientos se harán algunas anotaciones más adelante— o Rafael Bielsa, para quien «la concesión presupone dos situaciones jurídicas: a) una *legal* o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra *contractual*, pero que no es, naturalmente, de derecho civil, sino de derecho administrativo, y que atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario» (cursivas en el texto original). Cfr. su *Derecho administrativo*, sexta edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 259-260.”

¹⁰² “Sin embargo, nótese que para este autor el aludido carácter mixto de la concesión debe predicarse, más que del contrato en sí, de la situación en la que el concesionario se encuentra. Es más, Garrido incluso no desconoce que resulta discutible esa calificación, en la medida que «la denominada situación reglamentaria del concesionario no deriva de ningún título jurídico especial, sino del estado de sumisión en que se encuentra frente al ejercicio por la Administración de su potestad reglamentaria en materia de organización de los servicios públicos». *Vid.* Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II (Parte general. Conclusión), undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 418-420. Por similar dirección marchan los planteamientos de Parejo Alfonso, Luciano, *et. al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, quinta edición, Ariel Derecho, Madrid, 1998, p. 797.”

“Más allá de las doctrinas francesa y española, en la que estas ideas han encontrado amplio asidero, bien vale la pena hacer alusión a los planteamientos que, en latitudes más próximas a la nuestra, formula Dolores Rufián Lizama para explicitar la tesis que, se reitera, hoy en día disfruta de más vasta acogida en torno al punto que aquí nos ocupa:

‘Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, *está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad.*

‘La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en función del interés público. Por consiguiente, este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además *algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración,* compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y *la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario.*

‘La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado...’ (todas las cursivas son de la Sala)¹⁰³

“Tal y como el propio Escola -uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos- lo admite¹⁰⁴, la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables -concretamente las que tienen que ver con la utilización de los servicios y el régimen tarifario-, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la forma debida.

“No obstante lo anterior, como ya se adelantaba, un cuarto grupo de teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión sostiene que si bien éste es un instrumento comercial regido por el derecho público -al igual que lo exponen los planteamientos del tercer conjunto de autores que se acaba de enunciar-, en la concesión «no debe verse sino un contrato administrativo, en sentido estricto, con todos los elementos y características que son propios de los contratos de derecho público, y cuyo contenido es, como resulta obvio, de exclusiva índole contractual, apareciendo, por tanto, con una estructura homogénea y única». Para esta postura la posibilidad de modificar la organización y funcionamiento del servicio —que es la razón para considerar que en el contrato de concesión viene incluida una parte reglamentaria— es apenas un corolario del carácter administrativo del contrato y de la exorbitancia de la posición en la que frente al acuerdo se ubica la administración. De ahí que se afirme que

‘el interés público que se busca satisfacer justifica todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y sólo la ley y el criterio de razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.

‘Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear (...) Esos derechos -derecho al uso del servicio, y derecho de exigir su prestación- son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos no sólo a las partes que los celebran, sino también a terceros, tanto más cuanto que el contrato se lleva a cabo, en este caso, justamente para concretar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros»¹⁰⁵.

¹⁰³ “Cfr. Rufián Lizama, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 24- 26.”

¹⁰⁴ “Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 28.”

¹⁰⁵ “Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 31-32.”

‘Es quizás Marienhoff el autor que de manera más vehemente se opone a la catalogación de los contratos de concesión como ‘actos mixtos’, partiendo de considerar a los usuarios también como ‘parte’ en ellos, de suerte que es esa circunstancia la que justifica que puedan invocar en su beneficio las cláusulas de la concesión, pues, finalmente, el que los efectos de la misma les sean extensivos, responde a que es precisamente en interés de los administrados que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la Administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación ‘legal’ o ‘reglamentaria’, siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de ‘contrato administrativo’ de la concesión¹⁰⁶.

‘Sin embargo, las agudas críticas que este autor vierte en contra de las teorías que mayoritariamente catalogan el contrato de concesión como un ‘acto mixto’¹⁰⁷, parecen atenuarse cuando matiza, refiriéndose a las posibles disputas entre el concesionario y el usuario, que ‘la relación que se establezca entre éstos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual’¹⁰⁸.

“Sea como fuere, e independientemente de que se considere al contrato de concesión como un acto mixto o ‘tan sólo’ como un contrato administrativo *sensu stricto*—aunque, ciertamente, la operatividad de este tipo contractual en el derecho colombiano se explica con mucha mayor facilidad desde la teoría de su ‘doble naturaleza’ (contractual, y legal y reglamentaria), como el presente caso, en el que se controvirtieron actos administrativos de alcance general expedidos con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, lo pone de presente—, lo que a esta altura de la argumentación se antoja incontestable es que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación jurídica que les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos.

“Y probablemente sea Gastón Jèze uno de los autores que de mejor manera explicita este extremo. De acuerdo con lo sostenido por el profesor francés, el contrato de concesión supone la organización de un servicio público por la administración, a través de un ‘acto de organización’ que es una ley o un reglamento, en virtud del cual todos los interesados obtienen la facultad de exigir una prestación—por su manifestación de voluntad unilateral— de aquel que hace funcionar el servicio. En ese sentido, para Jèze la situación jurídica del usuario del servicio concesionado no es diversa de la del usuario del servicio de justicia, si se tiene en cuenta que

‘...no hay contrato entre el usuario y el concesionario, como tampoco lo hay entre el litigante y el juez, pero existe un derecho del usuario en el sentido de exigir la prestación del concesionario y una obligación de este último de suministrar la prestación al usuario desde el momento que éste, mediante su manifestación unilateral de voluntad, ha ejercido el poder legal y reglamentario creado por el pliego de condiciones. El juez que se niega a resolver un recurso regularmente deducido, desconoce su obligación legal, viola el derecho del litigante. Hay denegación de justicia. *El litigante tiene recursos ante los tribunales, para agravarse por la denegación de justicia del juez competente. La situación jurídica del usuario de un servicio público industrial es la misma* (subraya la Sala). Es erróneo hablar, en todas estas hipótesis, de *contrato*, de obligación *contractual*, de derecho de crédito *contractual*. La situación jurídica es general e impersonal, legal y reglamentaria, objetiva, en el sentido técnico de estas expresiones’¹⁰⁹.

¹⁰⁶ “Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 601-603.”

¹⁰⁷ “Afirma el autor que «(E)s inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades—llámesele ‘contrato’ o ‘convención’—, una persona, además de quedar colocada en una situación ‘contractual’, quede asimismo colocada en una situación ‘legal’ o ‘reglamentaria’. La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte ‘legal’ o ‘reglamentaria’ tenga su vigencia en un ‘acuerdo de partes’, cualquiera que sea el nombre que a éste se le de, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del ‘imperium’ que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto ‘reglamentario’ o ‘legal’ junto al aspecto ‘contractual’. La concesión de servicio público, considerada como un ‘acto jurídico de derecho público’, es una figura ‘homogénea’: contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes ‘modificaciones’ que deban introducirse en la ‘organización’ o en el ‘funcionamiento’ del servicio’ (todas las cursivas en el texto original). Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 600-601.”

¹⁰⁸ “Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 646-647.”

¹⁰⁹ “Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., pp. 388-389.”

“Tal la razón por la cual, a juicio de este autor -que la Sala comparte-,

‘(L)a verdad es que todos los usuarios se hallan en la misma situación jurídica. Todos pueden invocar y sólo pueden invocar el pliego de condiciones de la concesión. El recurso ante los tribunales judiciales debería permitírsele a todos, sin distinción

(...)

‘En realidad, el usuario obtiene su derecho del *acto reglamentario de organización del servicio*, acto que muy a menudo se incluye en el contrato de concesión. **Ésta no es, pues, una acción surgida del contrato**’ (cursiva en el texto original, negrilla de la Sala)¹¹⁰.

“En conclusión, bien se considere que la naturaleza jurídica de la concesión es la de un ‘acto mixto’ o ‘acto condición’ que supone la integración de un componente contractual y de uno legal y reglamentario -como, se reitera, parece más ajustado a la dinámica del contrato de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano-, o bien se estime que la naturaleza de este tipo contractual es exclusivamente ésa, vale decir, la de un contrato estatal *stricto sensu*, cuyas estipulaciones vienen gobernadas, en todo caso, por el poder de dirección que en la prestación de los servicios públicos o en general, en el ejercicio de la función administrativa -incluso, o más aún, cuando ésta es desplegada por particulares- siempre concierne a la administración pública, desde cualquiera de las posiciones, forzoso es reconocer que los usuarios del servicio u obra concesionados derivan del reglamento incorporado al contrato, o del aludido poder de dirección entronizado en el convenio, una situación jurídica que comporta derechos -y obligaciones- cuya efectividad debe poder ser garantizada judicialmente, pues lo contrario implicaría una clara denegación de justicia, o mejor, la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al libre acceso de toda persona a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.

(...)

“Tal y como la Sala lo ha referido en otras ocasiones¹¹¹, en Colombia, desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial bajo el sistema de concesión, con el propósito fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura del transporte, de suerte que fuese posible alcanzar mayores cotas de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios.

“La Corporación también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la constitucionalidad y legalidad de la atribución, al Ministro de Transporte, de la facultad de señalar los sitios y tarifas de

¹¹⁰ “Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, cit., p. 388 y 397-398. Ya antes —pp. 372-377— el autor había anotado ideas en esta dirección, para resolver el cuestionamiento que él mismo se formula en el siguiente sentido: ‘Cuando un municipio o cualquier otra persona pública, luego de crear un servicio público, industrial, lo concede a un empresario, a una sociedad, ¿cuál es la situación de los individuos con respecto a este servicio público en su calidad de consumidores, usuarios, beneficiarios del servicio público, desde el momento que constituyen lo que se denomina el público? ¿Qué garantías tiene el individuo, en presencia de un servicio público, desde el punto de vista de la prestación que tiene derecho a esperar?’. El propio autor se contesta afirmando que ‘los usuarios se hallan, con relación a los servicios públicos, en una *situación jurídica legal y reglamentaria*, y no en una situación jurídica individual. Tienen derecho a exigir que los servicios públicos funcionen de conformidad al acto reglamentario o legislativo de organización del servicio público». Y añade que ‘los usuarios no han intervenido en el contrato de concesión. No son contratantes, en el sentido jurídico de la palabra. *El único contratante es la Administración concedente. De ahí se deduce que los usuarios, aisladamente o asociados, no pueden presentarse como contratantes ante el juez del contrato, para reclamar la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas por el concesionario*». Todo lo cual no es óbice, por supuesto, para que Jèze parta de sostener que «todo usuario considerado aisladamente tiene interés en que la prestación se suministre en las condiciones establecidas en el contrato de concesión», y que, en ese orden de ideas, «**no es posible, pues, rechazar su intervención como la de una persona sin cualidad procesal**’ (todas las cursivas, en el texto original, todas las negrillas son de la Sala).”

¹¹¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación. 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: EPTISA Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías.”

peajes que deben cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación.¹¹² Lo hizo al resolver la acción de nulidad incoada contra el artículo 6 del Decreto 101 de 2000,¹¹³ norma que establece las funciones atribuidas al cargo de Ministro de Transporte y que reemplazó al artículo 11 del Decreto 2171 de 1992, que era el precepto vigente, en este mismo sentido, al momento de expedirse las resoluciones acusadas mediante la demanda de nulidad que en esta sentencia se decide.¹¹⁴ En aquella ocasión el Consejo de Estado expresó que el establecimiento de peajes es un asunto que trasciende los intereses de las colectividades territoriales, por comprometer el interés nacional, razón ésta que justifica su regulación por parte del poder central. De allí que, a juicio de la Corporación,

«(L)a formulación de la política general en materia de peajes es responsabilidad de las autoridades del nivel nacional, pues no se requieren mayores elucubraciones para advertir la evidente relación de interdependencia existente entre los distintos sistemas viales, lo que sin duda hace inconveniente, cuando no definitivamente peligroso, su manejo aislado y autárquico por las autoridades de las entidades territoriales.

Lo anterior no significa en modo alguno que la competencia para el manejo de la política vial y de peajes esté concentrada exclusivamente en el nivel nacional; al contrario, en esta materia, como en tantas otras que conciernen simultáneamente a ambos niveles, y así lo entendió el Constituyente, se precisa de la acción coordinada y concurrente de las autoridades del nivel central y de las entidades territoriales.

A unas y otras corresponde el manejo coordinado de los asuntos que tienen una proyección nacional y local, pues en alto grado la existencia de peajes trasciende el interés local y concierne al interés nacional o global que las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 representan en el denominado «Sistema Nacional de Transporte».

“Por su parte, la mencionada Ley 105 de 1993 –por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones- abunda en argumentos para considerar radicada en el Gobierno Nacional y, concretamente, en el Ministro de Transporte, la facultad de regular todo lo atinente a la ubicación y tarifas de los peajes en las vías a cargo de la Nación. Así, por ejemplo, se desprende del precepto que consagra los principios rectores del transporte:

Artículo 2º.- Principios Fundamentales

...

b. **De la intervención del Estado:** Corresponde al Estado la planeación, el control, la regulación y vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas.

...

d. **De la integración nacional e internacional: el transporte es elemento básico para la unidad Nacional y el desarrollo de todo el territorio colombiano y para la expansión de los intercambios internacionales del país** (énfasis fuera de texto).

“Por su parte, en el capítulo III del mismo cuerpo normativo, en el que se fijan competencias en materia de regulación del transporte y el tránsito, se prevé

Artículo 5.- Definición de competencias. Desarrollo de políticas. Regulaciones sobre transporte y tránsito. Es atribución del Ministerio de Transporte en coordinación con las diferentes entidades sectoriales, la definición de las políticas generales sobre el transporte y el tránsito.

“Adicionalmente, el artículo 8 de la Ley 336 de 1996, ‘por la cual se adopta el Estatuto Nacional del Transporte’, dispone:

¹¹² “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Radicación:11001-03-24-000-2000-6345-01(6345), Actor: Germán Alonso Olano Becerra.”

¹¹³ “De acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 43882 del lunes 7 de febrero de 2000, su texto es el siguiente: ‘Decreto 101 de 2000 (2 Feb. 2000), ‘Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones’. “El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, de la consagrada en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, desarrollada en los artículos 37 de la Ley 105 de 1993 y 54 de la Ley 489 de 1998, (...) Artículo 6º. Funciones del Ministro. El Ministro de Transporte cumplirá, además de las funciones que determina el artículo 61 de la Ley 489 de 1998, las siguientes: (...) 9. Establecer los sitios y las tarifas de peajes que deben cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación.”

¹¹⁴ “Y cuyo tenor literal era el siguiente: «Artículo 11. Despacho del Ministro. Son funciones del Ministro de Transporte, además de las señaladas por la Constitución Política y la ley, las siguientes: (...) 8. Establecer los sitios y las tarifas que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación».

Artículo 8.- Bajo la suprema dirección y tutela administrativa del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, las autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte serán las encargadas de la organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción y ejercerán sus funciones con base en los criterios de colaboración y armonía propios de su pertenencia al orden estatal.

“En este orden de ideas, comparte la Sala el criterio expresado por la Sección Primera en el sentido de que la atribución conferida al Ministro de Transportes para establecer los sitios y las tarifas de los peajes en las vías a cargo de la Nación,

‘...constituye cabal materialización de la facultad de «formular las políticas atinentes a su despacho» que bajo la dirección del Presidente de la República le corresponde desarrollar al Ministro de Transporte «con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes un marco jurídico que garantice un orden político, económico y social justo» (artículo 208 de la C.P. y Preámbulo.) ...’¹¹⁵

“De otra parte, la citada Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 prescribe, en su artículo 21, que, para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, además de los recursos asignados en el Presupuesto Nacional, dicho ente cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, con el fin de garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo, para lo cual establecerá peajes, tarifas, y tasas¹¹⁶.

“A su vez, el artículo 30 *Ibídem*, que hace parte del Capítulo IV, denominado “Obras por concesión”, prevé en lo pertinente lo siguiente:

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** (Destaca la Sala).

“De acuerdo con las referidas normas de la Ley 105 de 1993, tratándose de proyectos de infraestructura vial, el concesionario puede obtener la recuperación de la inversión que efectúe, mediante el cobro de peajes exclusivamente, de contribución de valorización exclusivamente, o de los

¹¹⁵ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Radicación:11001-03-24-000-2000-6345-01(6345), Actor: Germán Alonso Olano Becerra.

¹¹⁶ “El tenor literal del precepto en cuestión es el siguiente: «Artículo 21. Tasas, Tarifas y Peajes en la Infraestructura de Transporte a cargo de la Nación. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el presupuesto nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo. Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.

Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.

Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:

a. Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.

b. Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas.

c. El valor de la tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio.

d. Las tasas de peajes serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación.

e. Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valorización, en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.

Parágrafo. La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del presupuesto nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte».

recursos provenientes de los dos tipos de gravámenes, para cuya causación y pago deberán tenerse en cuenta las normas que regulen cada uno de los mismos.

“Sin embargo, en el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, en forma perentoria se obliga a las partes en el contrato de concesión a establecer, en el texto mismo del contrato, la fórmula para la recuperación de la inversión, que como se precisó, puede consistir, entre otras, en el pago de peajes o de contribución de valorización. No de otra manera puede entenderse la orden impuesta por el legislador al prever que *‘la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes’*¹¹⁷.”

También, el mismo Consejo de Estado, en Sentencia del 18 de marzo de 2010,¹¹⁸ señaló -primero de manera general y luego, de manera concreta, en lo que se refiere al contrato de concesión de obra pública-, lo siguiente

“La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público.

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, al recoger la evolución normativa en relación con la materia,¹¹⁹ de manera general define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal 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 -artículo 32, numeral 4^o¹²⁰-.

¹¹⁷ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leyva, Sentencia de 28 de abril de 2000, Radicación: 9536, Actor: Álvaro Alberto Agudelo Úsuga – Personero De Guarne – Antioquia, Demandado: Ministerio de Transporte.”

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicación: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda. Demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C. A esta providencia se remitió la Sentencia del mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, del 30 de enero de 2013, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Actor: Personería de Bogotá. Demandado: Distrito Capital de Bogotá.

¹¹⁹ “En el Decreto-ley 222 de 1983, por el cual se dictaron normas sobre contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas, el sistema de concesión estaba previsto como una modalidad del contrato de obra pública, mediante la cual una persona, llamada concesionario, se obligaba, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que podría consistir en derechos, tarifas o en una utilidad única o porcentual. En relación con los contratos de explotación de bienes del Estado, dicho estatuto advertía que se reglan por las normas especiales sobre la materia y más adelante, regulaba los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, con el objeto de permitir a personas naturales o jurídicas, en forma temporal, la explotación de frecuencias, bandas y canales por líneas físicas o de radio de propiedad del Estado, atendiendo a una finalidad de interés público. En este género se distinguían las siguientes clases de contratos: de concesión de servicios de correspondencia públicos y privados; de concesión de servicios especiales de telecomunicaciones; de concesión para estaciones experimentales; de concesión para estaciones de radioaficionados; de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión y de concesión de espacios de televisión (artículos 181 a 211 del Decreto-ley 222 de 1983).”

¹²⁰ “El artículo 32 numeral 4^o de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos: *‘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*

“En otras palabras y como en precedente ocasión lo ha expresado la Sala,¹²¹ por virtud de la concesión una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal; en la doctrina, asimismo, se han formulado multiplicidad de conceptualizaciones respecto del tipo contractual en comento; entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jéze, para quien *‘por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión’*¹²² o la que al referirse al tema propone Georges Vedel, quien sostiene que

‘(E)l término ‘concesión’ es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de “incrementos futuros” que son simplemente ventas de materiales.

‘La expresión ‘concesión de servicio público’ que se abrevia a veces con el término ‘concesión’, tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un *procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio*¹²³.

“Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal -en sentido amplio- que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera¹²⁴; en otros términos, se trata de una modalidad contractual según la cual:

‘... sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella’¹²⁵.

“Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos

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’.

“En otras oportunidades se ha expresado: *‘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..., 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... tarifas...’.* Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de diciembre de 1995; C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.”

¹²¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 19 de junio de 1998, Radicación: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería ‘La Vallenata’.”

¹²² “Jéze, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV (Teoría General de los contratos de la Administración), Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 347.”

¹²³ “Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470.”

¹²⁴ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006; C.P.: Alier E. Hernández Enríquez. Radicación: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.”

¹²⁵ “Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago, 1999, p. 23. Esta autora -p. 26- refiere otra noción elaborada por Vargas Fritz, J.L., *La concesión de obras públicas*, La Ley, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, pp. 117-118- del tipo contractual aludido: se trata, la concesión, de *‘un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación’.*”

derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público¹²⁶; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80:

- «a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
- b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
- c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
- d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
- e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
- f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
- g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato»¹²⁷.

“También la jurisprudencia constitucional ha perfilado los rasgos distintivos del contrato de concesión, en los siguientes términos:

“De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

- ‘a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona - concesionario-;
- ‘b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
- ‘c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
- ‘d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

‘Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

‘e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

¹²⁶ “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de mayo de 1999, C.P. Javier Henoa Hidrón; Radicación: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.”

¹²⁷ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).”

‘Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

‘f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

‘g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.
(...)

‘La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

‘Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión’¹²⁸.

‘Del conjunto de características referidas, la Sala efectuará algunas precisiones adicionales en relación con tres de ellas, por estimarlas de singular importancia a efectos de desatar el presente litigio: (i) la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión; (ii) la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales y, finalmente, (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, circunstancia ésta que conduce a identificar el de concesión como un auténtico negocio financiero.

‘En relación con (i) *la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión*, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, *la concesión de servicio público* tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, *la concesión de obra pública* es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la Ley 105 de 1993, cuyo artículo 30, al disciplinar la concesión de obra pública, previó que ‘B]ajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno al (sic) capital invertido’; se ha señalado que el elemento diferencial de este contrato

‘... no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública’¹²⁹.

‘Y la tercera modalidad de concesión en referencia, *la concesión de bien público*, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público —sea fiscal o de

¹²⁸ “Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996.”

¹²⁹ “Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., p. 16.”

uso público—, comoquiera que puede ‘*ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión*’¹³⁰.

“No obstante lo anterior, la Sala igualmente ha indicado que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres posibilidades enunciadas, pues así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley -artículo 2º ordinal 3 Ley 80 de 1993-,

‘... la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, *no significa que las concesiones de otra especie* como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas.

En este orden de ideas, *el contrato de concesión no sólo se celebra para la prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público...*¹³¹ (énfasis añadido).

“Por cuanto atañe a (ii) *la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales*, la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario -concesión de servicio público- y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos -concesión de bien público-, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, *el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión*¹³²...’¹³³.

¹³⁰ “Idem. La doctrina ha explicado los elementos diferenciales entre el contrato de concesión de obra, de concesión de servicios públicos y el de obra pública, en los siguientes términos:

‘*En el contrato de obra pública el contratista simplemente ejecuta la obra y recibe el precio, con lo cual queda terminado el vínculo contractual. En la concesión de obra pública, el concesionario construye la obra y luego, durante un tiempo, tiene a su cargo la percepción de los derechos por su utilización. Finalmente, en la concesión de servicio público el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando se requiere la construcción de una obra, ésta constituye solamente un aspecto secundario, aunque importante, de la concesión del servicio, y por lo tanto queda englobado en esta.*’ Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, p. 121.”

“El mismo autor -Op. cit., p. 16- explica las diferencias entre la concesión de uso de bienes públicos y la de servicios públicos, en los siguientes términos:

‘*La concesión de uso de bienes públicos es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. Se diferencia de la concesión de servicio público en su objeto. El punto es claro. Pero ambas están muy vinculadas, porque la mayor parte de las concesiones de servicio público requieren la utilización especial de bienes de dominio público y por ello envuelven también una concesión de esta clase.*’

“Para Rufián Lizana, por su parte, *‘la concesión de obras públicas es una suerte de combinación entre el contrato de obra y la concesión de servicios, por el cual el privado se compromete a financiar y a realizar una obra nueva, a conservarla o repararla y a explotarla y la remuneración proviene del producto de la explotación de la obra. No obstante, en alguna medida puede ser también una concesión de uso público puesto que el privado puede recibir instalaciones existentes, por las que puede realizar un pago a la Administración, y financia y realiza su renovación y las utiliza para proporcionar un servicio, siendo remunerado por la venta de ese servicio.*’ Cfr. Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 17-18.”

¹³¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Radicación: 10217.”

¹³² “Nota original de la sentencia citada: En el mismo sentido, Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. 5ª. ed. pp.410-417 y Corte Constitucional, Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997”

¹³³ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 1997; C.P. Ricardo Hoyos Duque; Radicación: 9118.”

“Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia:

La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas¹³⁴ (énfasis añadido).

“Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto - obra pública, servicios públicos, etcétera- por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente -o autorización de recaudo o pago directo- de *‘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’*¹³⁵.

“La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, *‘distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio’*¹³⁶; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos.

“En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del ‘precio’ pactado -equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra-, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en

¹³⁴ “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de mayo de 1999, C.P. Javier Henao Hidrón. Radicación: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.”

¹³⁵ “Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993.”

¹³⁶ “Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 559.”

el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido.

“Consustancial, por consiguiente, al concepto de concesión, resulta que el concesionario tendrá a su cargo la ejecución del objeto del negocio concesional por su cuenta y riesgo, lo cual le adscribe la responsabilidad de la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida, el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra y, de esta forma, igualmente se garantice la obtención de las utilidades lícitas que lo movieron a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

“Por lo demás, las anteriores aseveraciones se desprenden de la propia definición legal del contrato de concesión -artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993-, precepto en el cual se dispone con toda claridad que la ejecución del objeto pactado se realizará por *‘cuenta y riesgo del contratista’*, expresión ésta que el Legislador no empleó al hacer alusión a los elementos estructurales de otros contratos de la Administración y que no excluye las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden a efectuar la correspondiente asignación de riesgos en la etapa precontractual y sin que la anotada particularidad de la concesión pueda entenderse como un álea abierta o ilimitada de riesgos que se radican en cabeza del concesionario impidiéndole a éste reclamar, frente a cualquier tipo de circunstancias, por la ocurrencia de hechos sobrevivientes, previstos o no, que pudieren afectar la ecuación económica del contrato. La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, entonces, se verá atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual.

“En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción.

“De todas formas, las anteriores premisas deben tomarse en consideración apenas en línea de principio, como punto de partida, sin que devengan inmodificables, se insiste, en la negociación propia de cada contrato de concesión en particular.

“En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión -sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes- son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, *‘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’* -artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993- y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.”

Por su parte, de nuevo, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional dijo lo siguiente sobre el Contrato de Concesión en general a la luz de las Leyes 80 de 1993 y 1508 de 2011 y del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial conforme a sus regulaciones contenidas en la Ley 105 de 1993:

“Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.¹³⁷

“El **objeto** de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la Ley 80, es delegar a una persona –concesionario- ‘(...) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio’. Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

“La **remuneración** puede consistir ‘(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual’, entre otras posibilidades.

“El **plazo** debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.¹³⁸

“El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero **bajo la vigilancia y control de la entidad contratante**.

“La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto ‘bajo la vigilancia de la entidad contratante’ se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.¹³⁹ Como se indicó en la Sentencia C-250 de 1996, esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, exige diferenciar entre ‘(...) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).’ La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.

“De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario ‘bajo su cuenta y riesgo’, la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal.¹⁴⁰ Es por ello que bajo este tipo de transacciones, el contratista asume la mayor parte de la inversión que requiere la ejecución de la

¹³⁷Ver, Grimsey, Darrin y Lewis K, Mervin. ‘Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views’ *Accounting Forum* Vol. 29 (2005).”

¹³⁸Ver Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 del 29 de abril sobre concesiones en el derecho comunitario europeo, citada por Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En ‘Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública’. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 40.”

¹³⁹Ver Sentencia C-250 de 1996.”

¹⁴⁰Ver sentencia C-250 de 1996.”

concesión, con la expectativa de amortizar la inversión y obtener su remuneración en el plazo del contrato.

“Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten.¹⁴¹ Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la Ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.

“2.1.1.2. Recientemente, la Ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las ‘asociaciones público privadas’ proveniente de la literatura internacional¹⁴². Su artículo 1° define estas asociaciones como ‘(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.’ A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la Ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.

“En relación con la regulación del contrato, vale la pena destacar las siguientes disposiciones:

“Respecto a la **remuneración**, el artículo 3 prevé que ‘[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.’ Luego, el artículo 5 agrega que ‘[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, (...) estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento’, con lo que se buscó incluir indicadores de calidad para evaluar el desempeño del contratista.

“En materia de **distribución de riesgos**, el artículo 4 dispone que uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, ‘(...) atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio’.

“Por último, sobre el **plazo** del contrato y las prórrogas, el artículo 6 zanjó la discusión mediante la fijación de un plazo máximo de 30 años, incluidas prórrogas, sin perjuicio de que se puedan establecer términos mayores, previo concepto favorable del CONPES.¹⁴³

¹⁴¹“Ibídem. En este fallo, la Corte la Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 80, pues concluyó que (i) la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión y (ii) no es una expropiación sin indemnización porque el precio de esos bienes es pagado por el Estado en el precio del contrato. Al respecto, la Corporación sostuvo: ‘(...) la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. || Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.’”

¹⁴²“Ver, Graeme A. Hodge & Carsten Greve ‘Public-Private Partnerships: An International Performance Review’, “Public Administration Review” Volume 67, Issue 3, (May | June) 2007.”

¹⁴³“La Ley 1508 también se ocupa del proceso de selección del contratista en las asociaciones público privadas –sistema de precalificación, autoriza la estructuración de proyectos de esta naturaleza por iniciativa privada, ordena que la administración de los recursos de estos proyectos se realice por medio de patrimonios autónomos y crea un Registro Único de Asociaciones Público Privadas para priorizar los proyectos que demanda el desarrollo nacional, entre otros aspectos.”

“2.1.1.3. A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En esta oportunidad la Sala se enfocará en el **contrato de concesión de obra pública**.

“Este contrato tiene por **objeto**, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la Ley 80: (i) la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, (ii) y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión. Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes **‘obras accesorias’** y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación (a) de **obras complementarias** necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; (c) de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

“En este sentido, por ejemplo, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España prevé que en el contrato de concesión de obra: ‘(...) podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.’

“En concordancia, algunos doctrinantes españoles señalan que **el contenido ‘necesario’** de un contrato de obra pública es: ‘a) La explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad. | | b) La conservación de las obras. | | c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios y actividades a los que aquéllas sirven de soporte material. | | d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales’.¹⁴⁴

“Esta descripción general del objeto por supuesto no desconoce las especificidades que se establezcan en el respectivo contrato; en otras palabras, el objeto del acuerdo depende de los documentos que integran el contrato, el cual en todo caso debe ajustarse en términos generales a los parámetros del artículo 32.4 de la Ley 80.

“Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra.¹⁴⁵ Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.¹⁴⁶

“El contrato también se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra**¹⁴⁷, mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de

¹⁴⁴Ver Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En ‘Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública’. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005.p. 41.”

¹⁴⁵Fernández Romero y López Jiménez ilustran esta afirmación con los siguientes ejemplos: ‘Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.’ *Cfr.* Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En ‘Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública’. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 30.”

¹⁴⁶Ver Hart Oliver, Schleifer Andrei and Vishny Robert. ‘The Proper Scope of Government: Theory and Application to Prisons’, *Quarterly Journal of Economics*, Vol.112, No 4. (1997).”

¹⁴⁷Ver Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En ‘Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública’. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 29.”

cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.¹⁴⁸ En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

“En este orden de ideas, esta modalidad de contrato, además de atraer a la creación de infraestructura pública, la inversión, el conocimiento privado y los incentivos para la introducción de innovaciones que generen reducciones de costos, permite diluir en el tiempo el esfuerzo fiscal necesario para la realización de las obras.

“Finalmente, en materia de garantías, este contrato se caracteriza por la posibilidad de dividir la garantía según las etapas en las que se estructure el contrato y por la obligación del concesionario de prorrogar las garantías en cada una de las etapas subsiguientes (artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el Decreto 2493 de 2009).

“2.1.1.4. Existen a su vez diferentes modalidades del contrato de concesión de obra pública. Por ejemplo, la Ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones” regula específicamente el contrato de concesión de obra de infraestructura de transporte.

“En efecto, el artículo 30 de la Ley 105 dispone:

‘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 para 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.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1. Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2. Los contratos a que se refiere en inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4o. del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.’

“Adicionalmente, el artículo 31 permite la titularización de los proyectos junto con la administración de los recursos mediante patrimonios autónomos, con el fin de asegurar las inversiones necesarias para su financiación. Por su parte, el artículo 32 *ibidem* establece que en estos contratos solamente se puede hacer uso de las cláusulas excepcionales de modificación, interpretación y terminación

¹⁴⁸“En este punto radica la principal diferencia del contrato de concesión de obra pública con el contrato de obra, pues mientras en el primero usualmente la remuneración es pagada por los usuarios de la obra por medio de peajes o contribución por valorización, en el contrato de obra la entidad contratante paga un precio con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, esta no es una diferencia estructural –sino de la práctica, pues la ley 80 permite otros tipos de remuneración en el contrato de concesión.”

unilaterales, y únicamente mientras el concesionario cumple la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación. Por último, el artículo 33 dispone, en materia de remuneración, que la entidad concedente puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad, o acordar que cuando los ingresos de la concesión sobrepasen cierto tope, los excedentes se trasladen a la entidad contratante, se empleen para reducir el plazo de la concesión o se utilicen para financiar obras adicionales dentro del mismo sistema vial.”

Finalmente, de nuevo, el Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de julio de 2015,¹⁴⁹ señaló lo siguiente en relación con el Contrato de Concesión en general:

“... el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

“Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal 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 -artículo 32, numeral 4^o150-.”

Es la justicia arbitral la que, en varios Laudos, ha hecho importantes aportes a la definición, contenido y alcance del Contrato de Concesión de Obra Pública o de Infraestructura Vial.

Así, por ejemplo, en el Laudo Arbitral proferido el 24 de agosto de 2001 por el Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías -INVIAS, se señaló:

“La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se ‘comete’ o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de *‘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.’*”

“Será entonces la fuente de los recursos destinados a financiar la construcción de la obra, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional, distinguiéndolo del tradicional contrato de

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768). Actor: Carlos Alberto Zabaleta Barreto. Demandado: Municipio La Victoria.

¹⁵⁰ (...) // En otras oportunidades se ha expresado: *‘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..., 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... tarifas...’*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de diciembre de 1995, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.”

obra pública: Su construcción se acometerá con *'la financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje'* –sin perjuicio de cualquier forma de repago que adopten las partes en el contrato-. Este elemento *'distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio'*.

'Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad –sistema concesional-, como un típico negocio financiero:

“El particular destina a la construcción de una obra pública recursos propios o gestados por él bajo su propia cuenta y responsabilidad, y el Estado se obliga al pago de los mismos mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley para el repago de la inversión privada y sus rendimientos, de conformidad con las estipulaciones que a tal efecto se pacten por las partes en el contrato. La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del “precio” pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación económica o equivalente económico del contrato para el concesionario. Son entonces claras las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: El beneficio estatal se concreta en la obra misma, sin que a tal fin se haya afectado el presupuesto del Estado; y el del contratista concesionario en los rendimientos del capital invertido. ... El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo, lo que implica la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra, la remuneración correspondiente, que usualmente consistirá en la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

“De allí las garantías legales al retorno de la inversión esperada, que enmarcan el criterio interpretativo de la expresión legal ‘por cuenta y riesgo’. En efecto:

- La Ley 105 de 1993, concede a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios autorización expresa para el establecimiento de peajes y/o valorización (artículo 30), a fin de que constituyan la fuente o modo de recuperación de la inversión del contratista – concesionario.
- Ordena la misma norma que *'la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.'*, prohibiendo su variación sin el consentimiento del concesionario. El incumplimiento de esta estipulación, acarreará a la entidad contratante responsabilidad civil, en los términos prescritos en la ley vigente.
- En materia de facultades excepcionales o exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales, el legislador fue especialmente restrictivo, limitando temporalmente el ejercicio de las mismas al período en que *'el concesionario cumple con la obligación de las inversiones de construcción y rehabilitación a las que se comprometió en el contrato'* (art 32), prohibiendo de esta manera el ejercicio de dichas potestades durante el período de la operación de la obra pública, toda vez que es durante el mismo que el concesionario está llamado a recuperar la inversión realizada. De permitirse, de alguna manera se estaría negando el mandato legal que prohíbe la variación unilateral de la fórmula de recuperación de la inversión pactada en el contrato, esto es, sin el consentimiento del concesionario.
- De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 30 de la Ley 105/93, destaca el Tribunal la autorización legal que la norma confiere a la Nación, departamentos, distritos y municipios para *'aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión'*, recursos que el ente público contratante estará habilitado para recuperar *'sólo cuando el concesionario haya recuperado la inversión realizada'*, con los ingresos provenientes de la operación de la obra. Así lo ordena el párrafo 3 del artículo 30

de la misma ley, que dispone la destinación de los ingresos provenientes de la operación de la obra concesionada *'en su totalidad'* al concesionario privado, con el único fin de que éste obtenga el retorno del capital invertido en ella, en el plazo contractual fijado a este efecto”

Así mismo, en el Laudo proferido el 26 de marzo de 2003 por el Tribunal de Arbitramento de Concesión Sabana de Occidente S.A. vs el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- señaló:

“a.- El objeto del contrato de concesión vial o de transporte, atañe a la construcción, rehabilitación y conservación de obras y proyectos de infraestructura vial (art. 30).

“b.- En su formación se somete al estatuto de contratación estatal, salvo en lo previsto en los numerales 4º del artículo 44 y el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993;

“c.- Los pliegos de condiciones señalarán los criterios de adjudicación del contrato.

“d.- El ejercicio de las facultades excepcionales o cláusulas exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, es procedente única y exclusivamente durante el período de cumplimiento de la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación consagradas en el contrato y no con posterioridad (art. 32).

“e.- En seguridad de las inversiones internas necesarias para la financiación de las obras, sin excluir la responsabilidad del concesionario, se le autoriza para la titularización del proyecto (art. 31).

“f.- La Nación y sus entidades territoriales, además de los recursos del presupuesto nacional, podrán financiar la construcción, rehabilitación, conservación, mantenimiento, operación y desarrollo de las obras de infraestructura de transporte y asegurar la recuperación de la inversión mediante el establecimiento y cobro a los usuarios de peajes, tarifas, tasas y contribución de valoración (arts. 21, 23 y 30), cuyos ingresos se asignarán en su totalidad al concesionario privado hasta la obtención dentro del plazo contractual del ‘retorno del capital invertido’ pudiéndose aportar partidas presupuestales en aquellos casos en los cuales según los estudios no se pueda recuperar la inversión en el tiempo esperado (Art. 30, parágrafos 1º y 3º y art. 1º Ley 787 de 2002).

“g.- La ‘fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes’, no es susceptible de modificación sin el consenso o anuencia del concesionario so pena de comprometerse la responsabilidad civil de la entidad concedente y, puede acordarse mediante el cobro de peajes o contribuciones de valorización o recursos de los tipos de gravámenes o a través de cualquier otro mecanismo, inclusive con partidas o apropiaciones presupuestales (art. 30).

“h.- En preservación de la integridad de la contraprestación e inversión del concesionario, el artículo 33 de la Ley 105 de 1993, permite la estipulación de garantías de ingreso mínimo con cargo a recursos del presupuesto nacional, disponiendo: ‘Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.’

“i.- La forma de liquidación y los derechos en caso de incumplimiento quedarán establecidas en el contrato de concesión (art. 36)

“j.- Las singulares previsiones de los artículos 30 y 33 de la Ley 105 de 1993, a propósito de la obligatoriedad de la fórmula para recuperación de la inversión, la aportación de partidas presupuestales cuando los estudios pertinentes concluyan la no recuperación de la inversión en el tiempo esperado, la estipulación de garantías de ingreso mínimo con cargo a recursos del presupuesto nacional y la asignación de la totalidad de los recursos al concesionario privado para el retorno del capital invertido, permiten concluir la naturaleza conmutativa de este tipo de contrato de concesión en virtud de la certidumbre de las prestaciones de las partes, su equivalencia, proporcionalidad y el aseguramiento del retorno del capital invertido.

“Cuando la concesión concierne a una obra pública, su construcción, mantenimiento o instalación se ejecuta con propios medios, por cuenta y riesgo del concesionario constituyendo un mecanismo idóneo de financiamiento por la destinación u obtención de recursos físicos, técnicos y económicos y, su pago por el usuario o beneficiario de la misma o por la entidad concedente (artículo 32, numerales 1 y 4, Ley 80 de 1993) quien, salvo estipulación contraria, garantiza el retorno de la inversión y sus rendimientos. En este aspecto, la concesión, ostenta características financieras singulares en virtud de la aportación, destinación y consecución de recursos técnicos y económicos por el concesionario para la organización, operación, explotación, gestión, construcción y funcionamiento de un servicio u obra pública. El concesionario, asume la responsabilidad de ejecutar por su cuenta y riesgo el objeto del contrato, aportar, destinar u obtener los recursos técnicos y financieros necesarios para tal efecto y, la entidad concedente, le confiere el derecho exclusivo para su ejecución obligándose al pago de la contraprestación económica que comprende la remuneración de la actividad, la recuperación de la inversión realizada y sus rendimientos o rentabilidad proyectada, generalmente, con la explotación del servicio u obra y los recursos generados por ésta durante el término o duración proyectados, sin perjuicio, por supuesto, de las estipulaciones contractuales, los mecanismos de pago acordados y los riesgos asumidos. El concesionario, en efecto, tiene derecho a una contraprestación determinada según la duración del contrato, las obras, actividades e inversiones que debe ejecutar, sus prestaciones y la naturaleza de los bienes, consistente ya en una suma periódica, única o porcentual, en una participación sobre la explotación, en derechos, tasas, tarifas, valoración o en cualquier otra modalidad convenida por las partes con sujeción al ordenamiento (art. 32, Ley 80 de 1993). ‘Particular relevancia adquiere la previsión de las garantías de ingresos mínimos y las fórmulas de recuperación de la inversión en la actuación del equilibrio económico del contrato, [...]’

“k.- En los aspectos específicamente no contemplados en la Ley 105 de 1993, la concesión de obras de infraestructura vial, se rige por el estatuto de contratación estatal, a cuyo tenor, la normatividad aplicable al contrato estatal, será la del derecho civil o comercial, ‘salvo en las materias particularmente reguladas’ en la Ley 80 de 1993 (...).”

Igualmente, en el Laudo proferido el 18 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, señaló

“En derecho público, la voz concesión denota la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, permiso, licencia, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).⁵⁹¹⁵¹

“Por el contrato estatal de concesión⁶⁰,¹⁵² una parte denominada Concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a otra llamada Concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

“Trátase de contrato con *nomen*, tipicidad y disciplina *legis*, *intuitus personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.⁶¹¹⁵³

¹⁵¹ ⁵⁹ VM. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función Pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 y ss.”

¹⁵² ⁶⁰ Artículo 32, numeral 4º de la ley 82 de 1993, preceptúa: ‘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 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 una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.’”

¹⁵³ ⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996; Sentencia C-711 de 1996; Sentencia C-126 de 1998; Sentencia C-350 de 1997; Sentencia C-647 de 1997; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994; André De Laubadere., “Traité du Droit Administratif”. París. 1934. Tit. I-, M. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267.

“La prestación, operación, explotación, organización o gestión de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución (arts. 1501, C.C. y 898 [2], C. de Co.), configuran elementos esenciales del contrato estatal de concesión. La retribución, podrá consistir en suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, ‘en derechos, tarifas, tasas, valorización [...] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden’, no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)^{62,154} usualmente proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual.⁶³¹⁵⁵

(...)

“La concesión de obra pública atañedora a infraestructura vial o transporte, se rige igualmente por la Ley 105 de 30 de diciembre de 1993 y las normas que la modifican. Sobre sus caracteres, el Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2001, pronunciando entre las partes y respecto del Contrato 445 de 1994, anotó:
(...).”

En idéntico sentido se lee en el Laudo proferido el 25 de agosto de 2014, por el Tribunal de Arbitraje de Tren de Occidente S.A. Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Por su parte, en el Laudo proferido el 13 de enero de 2016, el Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. CABG Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, se señaló:

“... La figura de la concesión de derecho público es muy antigua y ella se explica en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar una obra y la necesidad de asegurar la buena gestión en su construcción y conservación. Así surgen las concesiones europeas del siglo XVI¹⁵⁶. En derecho colombiano las concesiones son también muy antiguas, es el caso por ejemplo del ferrocarril de Panamá de 1850 y de la concesión para construir y explotar el canal de Panamá de 1878, y también se explican en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar obras que pueden adelantar los particulares y por la necesidad de asegurar su conservación.

“Ahora bien, en particular en el derecho público colombiano el contrato de concesión está tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone en su numeral 4º lo siguiente:

4º Contrato de Concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios 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 constituir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le

Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagués Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708.”

¹⁵⁴ “62 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 12 de 2000: ‘(...) 2. La regulación legal del contrato de concesión admite diversas formas de remuneración consistentes en la participación de la explotación del bien, actividad o monopolio, o en una suma periódica, única o porcentual, o en cualquiera otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden, en virtud de la autonomía la voluntad.’ ID., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 26 de agosto de 1998, Rad. 1121 y Concepto 1439 de julio 18 de 2002; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia 10929 de octubre 15 de 1999. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo I, 10ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2000, p. 718.”

¹⁵⁵ “63 Artículos 3º, inc. 2; 4º, numerales 3º, 8º y 9º; 5º, 14-1, 23, 25-14, 26, numeral 2º; 27, numeral 1º; 28 y 50 Ley 80 de 1983; Ley 1150 de 2007; 2º, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política.”

¹⁵⁶ “219. Xavier Banzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed. LDGJ. Paris, 1999, p. 6”

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.

“De la definición legal resultan una serie de elementos que determinan la existencia del contrato de concesión:

“En primer lugar, la concesión se define por su objeto que es 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 servicios o uso público. De esta manera, puede haber concesión de servicios, concesión de obra o concesión de bienes públicos.

“Sin embargo para que haya concesión no es suficiente que el objeto del contrato sea el mencionado.

“En efecto, en segundo lugar, la ley exige que la actividad del concesionario se desarrolle por su cuenta y riesgo. Ahora bien, es pertinente recordar que ello no significa que el contrato de concesión suponga que el concesionario asuma todos los riesgos, pues desde los primeros casos en los que el Consejo de Estado Francés reconoció la existencia de reglas especiales aplicables a los contratos administrativos, aceptó que a los contratos de concesión se les debe aplicar el principio del equilibrio económico del contrato, por lo cual el concesionario si bien debe asumir ciertos riesgos, como más adelante se verá, dicha asunción no es ilimitada.

“En tercer lugar, se establece en la definición legal que el concesionario recibe a cambio de su labor una contraprestación que puede consistir en derechos tarifas, tasas, valorización, o participación en la explotación del bien, o una suma periódica, única o porcentual e incluso la ley permite cualquier contraprestación que se pacte.

“Como se puede apreciar, la Ley 80 es muy amplia en esta materia.

“En este punto es pertinente recordar que de acuerdo con la doctrina clásica el contrato de concesión de obra pública se caracteriza porque la remuneración del concesionario por razón de la obra no es pagada por la administración pública directamente sino por los administrados que la utilizan o se benefician de ella²²⁰¹⁵⁷. A esta misma idea se refiere el comisario del Gobierno en el célebre fallo de la compañía de Gas de Burdeos del Consejo de Estado Francés del 30 de marzo de 1916 en el cual se dijo que la *‘concesión es el contrato por el cual se le encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costo, con o sin subvención, o con o sin garantía, y que se remunera confiándole la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público, con el derecho de recibir los pagos de los usuarios de la obra o aquellos que se benefician del servicios público’*. En este sentido, tradicionalmente el Consejo de Estado Francés había señalado que un elemento esencial de la concesión consiste en que la remuneración del concesionario provenga de los pagos realizados por los usuarios²²¹¹⁵⁸. Sin embargo, la doctrina más reciente se plantea si puede haber concesión aún en aquellos casos en que los ingresos no provienen de los usuarios, pues dicha Corporación ha reconocido la existencia de concesiones por ministerio de la ley en las cuales los ingresos del concesionario no tienen este origen. En este sentido se ha señalado que el hecho de que los ingresos del concesionario provengan de los usuarios no es un elemento esencial, sino que lo que importa es que el concesionario obtenga su remuneración de la explotación del servicio²²²¹⁵⁹.

“En este sentido en el derecho europeo contemporáneo se ha precisado que la concesión de obra se distingue del contrato de obra por la forma de remuneración, por cuanto según la directiva de la Comunidad Económica Europea 2004/18, en la concesión la contrapartida de los trabajos consiste en el derecho de explotar la obra, o en dicho derecho y un precio.²²³¹⁶⁰ A tal efecto dispone la Directiva europea que la concesión es *‘un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes*

¹⁵⁷ “²²⁰. En tal sentido Héctor José Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ed Depalma. Buenos aires 1979. Tomo II, p. 302. En el mismo sentido Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo Buenos Aires. 1970 Tomo III-B, p. 528”

¹⁵⁸ “²²¹ Concepto del 14 de octubre de 1980 citado por Xavier Benzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed LDGJ. Paris 1999, p. 555”

¹⁵⁹ “²²² Es la posición del comisario del gobierno en el fallo del 16 de abril de 1986 del Consejo de Estado Francés (ibídem)

¹⁶⁰ “²²³ Laurent Richer. Droit des Contrats Administratifs. 8ª Ed LGDJ. Paris 2012, p. 563”

o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago’.

“De esta manera, dice la doctrina, la concesión puede ser distinguida del contrato de obra por los riesgos²²⁵¹⁶¹ pues en principio ‘se trasladan al concesionario privado los riesgos de construcción, explotación y financiación de la obra pública’²²⁵¹⁶². Así resulta de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las Concesiones en el derecho comunitario en la cual se señala entre otras cosas²²⁶¹⁶³ *Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento’.* Igualmente se indica allí *‘Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas – cobradas directamente al usuario de la obra – sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio’.* *‘Las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como <<riesgo económico>>, son inherentes al fenómeno de las concesiones’.*

‘En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúan en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión’.

“En esta concepción se inspira en Colombia la Ley 105 de 1993 que establece en su artículo 30 respecto de las obras de infraestructura que en los contratos de concesión para recuperar la inversión se podrá establecer ‘peajes y/o valorización’ e igualmente contempla la posibilidad de ‘aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado’. Así mismo contempla la ley en su artículo 33 que, para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. En todo caso la ley establece que los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. No sobra destacar que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas, entre las cuales de acuerdo con la propia ley está la concesión, la retribución de la actividad que se deba desarrollar en virtud del contrato se realizará con el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio.

“En todo caso, como ya se ha visto desde su origen más remoto la concesión implica la asunción por el concesionario del riesgo de construcción, explotación y financiación. Es claro que los riesgos que se asumen son los riesgos normales, pues frente a riesgos extraordinarios opera el principio del equilibrio económico del contrato. Para que opere este principio será necesario que claramente se establezca que la ruptura del equilibrio no es originada de una manera u otra por la conducta del propio contratante.

“Por otra parte, en cuanto al régimen legal aplicable al contrato objeto del presente proceso es necesario precisar en primer lugar que el contrato de concesión es un contrato estatal por esencia al cual se le aplican los principios fundamentales de esta categoría jurídica, que precisamente fueron definidos por el Consejo de Estado Francés en relación con este tipo de contratos. En efecto el contrato de concesión es un contrato de larga duración en el cual es fundamental que se pueda adaptar a las necesidades que surgen para así satisfacer el interés público y por ello está sujeto al principio de mutabilidad. Así mismo, teniendo en cuenta dicha mutabilidad y dada la necesidad de asegurar la satisfacción del interés público frente a situaciones no previsibles, el contrato de concesión se caracteriza también por el hecho de que en el mismo opera el principio de la preservación del equilibrio económico del contrato, para lo cual obviamente se deben tener en cuenta los riesgos que se asumen por el concesionario y la entidad concedente.

“Por otra parte, el contrato de concesión, desde el punto de vista de las reglas aplicadas a todos los contratos se caracteriza por ser bilateral y oneroso. Ahora bien, se ha discutido si el contrato de concesión es conmutativo o aleatorio. Para el Tribunal dicha calificación no se puede aplicar de manera tajante y sin distinción al contrato de concesión, pues el concesionario asume ciertos riesgos

¹⁶¹ “²²⁴ Richer ob cit, p. 564”

¹⁶² “²²⁵ Alberto Ruiz Ojeda. La Concesión de Obra Pública. Ed Thomson - Civitas. Navarra, p. 264”

¹⁶³ “²²⁶ Citada por Ruiz, p. 274 y disponible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Comunicaciones%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Concesiones%20Comunicacion%20CE.pdf>

o ciertas aleas, y no podría entonces reclamar a la administración si ellas se presentan, pero al propio tiempo existen otros aspectos que no debe soportar el contratista y en particular el alea anormal, respecto de la cual tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio. Por consiguiente, lo fundamental es tener en cuenta los principios que inspiran el contrato de concesión y la distribución de riesgos que ello implica y las partes estipulen.

“A este respecto debe recordarse la importancia de la correcta asignación de riesgos en el desarrollo de los contratos estatales y en particular los de infraestructura como se señaló en los documentos CONPES-2775-MHCP-DNPUINF-UPRU de abril de 1995, CONPES 3107 de abril 3 de 2001, que ya habían sido expedidos cuando se celebró el contrato objeto del presente proceso, y como se analiza en detalle en el capítulo siguiente.

“Por otra parte, teniendo en cuenta que el contrato que se analiza se celebró en el año 2004 es claro que el mismo le es aplicable el régimen contemplado por la Ley 80 de 1993, pero así mismo se sujeta a la Ley 105 de 1993 que regula las concesiones de infraestructura.

“B. Los Riesgos en el Contrato de Concesión de Obra Pública

“Definida como está la naturaleza del contrato y su régimen jurídico, es imperioso analizar lo atinente a la regulación y alcance de los riesgos concernientes al contrato de concesión, aspecto que se erige como una de sus más importantes características. En efecto, es de la esencia de este contrato – *esencialia negocia* – que su ejecución sea *por cuenta y riesgo del concesionario*, tal como lo estipula el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que permite afirmar el carácter esencial e imprescindible de los riesgos en relación con este tipo de contractual, según la definición dada al respecto por los artículos 1501 del Código Civil y 898 del Código de Comercio.

“Es precisamente la marcada influencia del riesgo en la concesión, como elemento de su esencia²²⁷¹⁶⁴, uno de los aspectos que permite diferenciarla de otros tipos contractuales, pues en el marco del negocio concesional es el particular contratista quien tiene la responsabilidad de gestionar la obra o el servicio correspondiente a fin de obtener por esta vía el retorno de la inversión, sometiéndose así a los resultados positivos o negativos que llegue a presentarse durante el plazo de ejecución, incluyendo las diversas contingencias que eventualmente pueden impactar las proyecciones financieras estimadas en un principio.

“Así lo ha concluido la doctrina especializada cuando señala que el riesgo constituye un elemento de la esencia del contrato de concesión, ya que se erige como una de sus características definitivas y determinantes. Concretamente, se ha expuesto en este sentido lo siguiente:

*‘El principio básico de la concesión, y en general de todos los procedimientos privados de ejecución de infraestructuras deriva de que el riesgo económico del mismo ha de ser asumido mayoritariamente por el concesionario. La propia Comisión Europea ha insistido en la esencialidad del riesgo dentro del esquema concesional: ‘si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de derecho comunitario’*²²⁸¹⁶⁵ –destaca el Tribunal–.

¹⁶⁴ ²²⁷ “...si se estudia la definición de concesión de obras públicas en particular, es fácil entender que la asunción de riesgos por parte del contratista privado es un elemento de la esencia del contrato, ya que desde sus antecedentes remotos ésta ha sido una nota característica. De otra parte, siguiendo la definición tradicional de concesión de obras públicas, debe acordarse que el Consejo de Estado Francés, con motivo de la resolución de la disputa judicial planteada por la Compañía de Gas de Bourdeaux en el año 1912, resaltó la importancia del riesgo concesional señalado que el contrato en cita es aquel acuerdo de voluntades por el cual ‘se encarga a un particular o una sociedad de ejecutar una obra pública o de asegurar un servicio público, a su riesgo’. –Subrayado fuera de texto– (Urueta Rojas, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 97)

¹⁶⁵ ²²⁸ González García, Julio V.: El régimen de construcción de las infraestructuras. En: Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo V, ‘Bienes e infraestructuras públicas’, Iustel, Madrid, 2009, pp. 278.”

“Es sabido que los riesgos contractuales refieren a contingencias o sucesos inciertos o sobrevinientes que tienen la virtualidad de alterar potencialmente el sinalagma funcional del contrato²²⁹¹⁶⁶, haciendo más gravoso o impidiendo definitivamente la obtención del resultado buscado, más aun cuando se trata de relaciones negociales cuyo plazo se extiende en el tiempo como es el caso del contrato de concesión de obra pública, el cual supone que “[e]l Estado debe permitir que el concesionario explote la obra construida durante un término que le permita cubrir las cargas del capital, es decir, amortización e intereses del capital invertido y los gastos de exploración que tuviere”²³⁰¹⁶⁷.

“El acaecimiento de estas contingencias puede afectar las proyecciones o estimaciones plantadas por los contratantes al inicio de la concesión, repercutiendo eventualmente en las condiciones técnicas y financieras del contrato y en particular en la ecuación económica preestablecida. Por tal motivo, atendiendo a la naturaleza conmutativa y onerosa que es inherente al contrato de concesión²³¹¹⁶⁸, suscita importancia que desde un inicio sean valorados e identificados los riesgos que puedan presentarse durante las etapas de ejecución contractual a fin de precisar aquéllos que corresponden al Estado, los que pueden ser asumidos por el particular contratista y cuáles definitivamente no pueden trasladarse al concesionario en forma válida²³²¹⁶⁹.

“Es tal la importancia de lo anterior que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4²³³¹⁷⁰ estableció como regla de imperativo cumplimiento la *distribución de riesgos en los Contratos Estatales*, de forma tal que en los respectivos pliegos de condiciones en la denominada audiencia de riesgos deberá establecerse lo concerniente a su estimación, tipificación y asignación, pretendiendo con ello la mitigación o atenuación de los efectos generados con la ocurrencia de tales hechos contingentes, al asignarlos a la parte que esté en mejores condiciones para contratarlos o manejarlos²³⁴¹⁷¹.

“Si bien la disposición en comentario no aplica para el caso concreto al ser posterior al contrato de marras, permite evidenciar que la tipificación de los riesgos en el marco de la contratación pública, así como su correcta dosificación y asignación durante la etapa precontractual, constituye materia crucial y del todo determinante para posibilitar la debida ejecución del contrato y la satisfacción de su correspondiente objeto, ya que así habrá claridad *ex ante* sobre el manejo de las contingencias que puedan presentarse durante el plazo de duración. Así lo ha concluido la doctrina extranjera al señalar de manera puntual que:

‘La concesión como contrato aglutina, en gran medida, toda la historia de este modo de gestión y de intercambio de recursos para la producción de bienes públicos. Una de las principales funciones de los contratos –dice MARCOU- es repartir los riesgos entre las partes’, lo cual es una forma de condensar lo que la sabiduría jurídica convencional entiende por contrato: que es fuente de obligaciones y de derechos o, dicho de otro modo, que es una suerte de correlación entre los riesgos y las retribuciones de cada una de las partes. (...)’

‘Hay un elemento no siempre considerado y al que prestaremos aquí una atención especial: la vinculación entre asignación de riesgos y retribuciones que todo contrato procura y la estructura de incentivos que una determinada modalidad contractual –en nuestro caso la concesión de obra pública- lleva insita en cuanto institución. Cualquier insistencia en esta última idea es poca: los contratos permiten un intercambio eficiente y justo de recursos cuando las retribuciones y pérdidas que las partes obtienen guardan correlación estricta con los riesgos que les son asignados y con la diligencia que deben poner en práctica para controlarlos, de manera que la materialización del riesgo supone una pérdida y su efectiva contención una ganancia.’²³⁵¹⁷² –Subrayado del Tribunal-

¹⁶⁶ “²²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 17.660, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.”

¹⁶⁷ “²³⁰ Díez, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 129”

¹⁶⁸ “²³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de diciembre de 2006, Rad. 1.792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.”

¹⁶⁹ “²³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de diciembre de 2006, Rad. 1.792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.”

¹⁷⁰ “²³³ Art. 4, Ley 1150 de 2007: ‘De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación’.

‘En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.’”

¹⁷¹ “²³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.”

¹⁷² “²³⁵ Ruíz Ojeda, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra, 2006, pp. 272.”

“Tratándose específicamente del contrato de concesión, el legislador Colombiano se encargó de establecer una premisa general en materia de asignación de riesgos, disponiendo de manera expresa que la ejecución de este tipo contractual sería *por cuenta y riesgo del concesionario* (art. 32, ley 80 de 1993), debido a sus conocimientos especializados al respecto, a su experiencia en el medio y, además, por la capacidad que le asiste para valorar previamente las condiciones de la concesión que habrá de ejecutar, entre ellas las eventuales contingencias que llegaren a ocurrir durante el andar del contrato.

“Por esta regla merece una precisión en el sentido de considerar que, si bien el concesionario ejecuta el respectivo contrato por su cuenta y riesgo, esto no supone que los riesgos que a él correspondan sean asumidos de manera ilimitada y menos aún que este contrato conmutativo varíe su naturaleza a la de un negocio absolutamente aleatorio. Hay que entender a este respecto que el contratista particular que asume los riesgos en el marco de una concesión lo hace en condiciones de normalidad o previsibilidad, en otras palabras –como lo define RAMÓN PARADA-, los riesgos del concesionario se asumen o se moderan en una *‘proporción sustancial’*¹⁷³

“Los riesgos que corresponden al concesionario se asumen entonces en condiciones de regularidad, de ahí que se denominen como riesgos corrientes, razonables, proporcionados o equilibrados, de manera que su alcance o aplicación no puede extenderse en forma abstracta, general e ilimitada, pues sería inadmisibles *‘...que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura del contrato’*¹⁷⁴.

“Bien lo ha dicho el H. Consejo de Estado al señalar que el contratista asume los riesgos del contrato solamente hasta llegar a un punto de normalidad, de manera que los riesgos anormales o extraordinarios no pueden atribuirse al particular contratista que funge como colaborador de la Administración. La Sección Tercera ha expresado lo siguiente:

‘La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que, en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados’.²³⁸¹⁷⁵

“En pronunciamiento posterior, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo reiteró que:

*‘La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgo el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habrá obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales.’*²³⁹¹⁷⁶

“Considerando que en materia de concesión, es la misma ley la que define la asignación de los riesgos *in genere* –radicándolos en cabeza del concesionario-, es importante tener en cuenta que respecto a los demás contratos, el análisis en cuanto al tipo de riesgos que asumen los contratistas no difiere de lo expuesto *supra*, de ahí que la negociación en cuanto a su tipificación, dosificación y asignación deba siempre circunscribirse a los riesgos previsibles, ordinarios o normales, pues como se dijo antes, hay imposibilidad en la determinación de aquellos catalogados como extraordinario o imprevisibles.

¹⁷³ “²³⁶ Parada, Ramón: Derecho Administrativo, Tomo II, 21ª edición, Open, Madrid, 2014, p. 264.”

¹⁷⁴ “²³⁷ Laudo arbitral proferido el 21 de noviembre de 2006, dentro de las controversias surgidas entre la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil y Cadad. Así mismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 9 de 1996, CP. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10.151. Tampoco asume el concesionario los riesgos de un *‘... álea’ anormal, irregular, extraordinaria o ‘acontecimiento –excepcional- que frustra o excede los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato’*, ni los de sucesos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles al instante de la celebración del mismo, los derivados del incumplimiento de éste por la entidad estatal, de sus actuaciones u omisiones imputables o de sus actos administrativos y decisiones generales o particulares ulteriores. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 1999)”

¹⁷⁵ “²³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151.”

¹⁷⁶ “²³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque.”

“En términos precisos y resumidos, el Doctrinante Héctor Jorge Escola concluye sobre el particular que, ‘...si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente’²⁴⁰.¹⁷⁷

“Estos postulados permiten entender el abandono de la concepción del ‘riesgo y ventura’ como teoría de asignación de riesgos respecto del contrato de concesión y, en general, frente a la contratación de la Administración Pública²⁴¹¹⁷⁸, pues bajo los postulados de este esquema, que se fundamentaba en una interpretación extrema de los principios *lex contractus* y *pacta sunt servanda*, el contratista tenía que soportar la mayor onerosidad que llegare a presentarse durante la ejecución, sin poder exculparse en razones de anormalidad o imprevisibilidad para liberarse de sus obligaciones y sin tener derecho a que se incrementara el precio inicialmente pactado que le permitiera cubrir tales desequilibrios, pues ‘... los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista’²⁴².¹⁷⁹

“Los riesgos constituyen en estos términos un elemento de la *esencia* de la concesión, en cuyo marco son atribuidos al contratista aquéllos inherentes a su negocio o actividad comercial, vale decir, los que se encuentran en su órbita de manejo y control, criterio que debe ser tenido en cuenta para definir el esquema de riesgos del negocio y para valorar la tipificación, estimación y asignación de los mismos, entendiendo que ‘...una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Ello se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla’²⁴³.¹⁸⁰

“Sobre este particular aspecto se ha referido la jurisprudencia indicando de manera diáfana cuáles son entonces los riesgos que debe asumir el contratista del Estado, precisando en este sentido que dada su condición de conoedor del negocio y su experiencia en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio de que se trate, deberá asumir aquellos riesgos inherentes al negocio mismo, a su propia actividad empresarial. Según el H. Consejo de Estado:

‘...es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conoedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas perecen para el dueño.

‘Y es que la ecuación financiera del contrato puede verse afectada a) por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b) porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan la relación directamente la afectan negativamente y c) por factores externos, surgidos durante la ejecución, pero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio contractual’²⁴⁴.¹⁸¹ En este último caso, circunstancias imprevisibles que por lo mismo no pueden entenderse comprendidas en la relación contractual.’²⁴⁵¹⁸²

“De acuerdo con lo anterior, los riesgos pueden distinguirse en (i) internos empresariales y (ii) externos anormales, siendo los primeros aquellos inherentes al objeto de la organización misma del concesionario,

¹⁷⁷ “²⁴⁰ Escola, Hector Jorge: Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1977. pp. 453.”

¹⁷⁸ “²⁴¹ Así lo ha concluido la doctrina al señalar que, ‘...en la actualidad, debido a un cambio en la concepción de las relaciones económicas entre administración y particulares, el riesgo y ventura ha dejado de ser una carga obligacional, en virtud de la cual se transfieren en cabeza del contratista todos los eventos punibles y dañosos susceptibles de ser tratados como riesgo, para convertirse en un privilegio o trato en su favor.

Lo anterior, en razón de la común aceptación de no permitir, en ningún evento, la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios recibidos con la prestación adeudada, y con las cargas sufridas con su ejecución. Y, también por el hecho de que en derecho administrativo el *istum pretium* es una realidad jurídica, dado que la fijación del precio es una situación anterior a un acto de disposición de la Administración, que se encuentra regido por el principio de legalidad objetiva.’ (Urueta Rojas, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 97)”

¹⁷⁹ “²⁴² García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás-Ramón: Ob. Cit. pp. 729.”

¹⁸⁰ “²⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.”

¹⁸¹ “²⁴⁴ Cita del original: ‘Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”

¹⁸² “²⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de seis (6) de diciembre de 2013, Exp. 21. 613, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo”

quien, debido a sus especiales conocimientos, tiene la carga de prever su posible ocurrencia desde la negociación misma – etapa precontractual- y, por tanto, deberá asumir las respectivas consecuencias, pues se trata de riesgos normales, ordinarios, propios al desenvolvimiento de su objeto y que no escapan a su alcance, debido a que se encuentran en su órbita de manejo o administración. En este sentido, sumado a que el concesionario tenga que valorar esos efectos y considerarlos en la determinación del precio de su oferta, también deberá adoptar las medidas pertinentes con el fin de evitar su ocurrencia o matizar sus secuelas²⁴⁶.¹⁸³

“Por el contrario, se entiende por *riesgo externo o anormales* aquellos ajenos a la esfera del concesionario, de ocurrencia extraordinaria y de difícil –casi imposible- previsión y que llevan a que la ejecución del contrato sea más gravosa –aunque no irresistible²⁴⁷¹⁸⁴ -en razón a que sus efectos desbordan las proyecciones inicialmente estipuladas, lo cual implica que no puedan ser asumidos por el particular contratista, pues su ocurrencia no depende de su conducta, sino de factores externos ajenos a su organización. Bajo esta perspectiva, el concesionario estaría habilitado para que, luego de constatar la existencia de un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, solicite su restablecimiento a la entidad contratante en los términos del artículo 5 numeral 1º de la Ley 80 de 1993²⁴⁸¹⁸⁵.

“En Conclusión, la asunción de riesgos por parte del concesionario se circunscribe siempre a aquéllos que son previsibles, ordinarios o normales, de forma que nunca podrán atribuirse estas contingencias en condiciones absolutas o extraordinarias, pues nadie está obligado a lo imposible. En todo caso, habrá que tener en cuenta que, ‘...*todo empresario ha de aplicar sus habilidades con diligencia para controlar los riesgos que le han sido asignados ya que, de no resultar así, las consecuencias negativas de la materialización de la incertidumbre se traducirán en una pérdida o en un menos beneficio*’²⁴⁹.¹⁸⁶

“La doctrina y la jurisprudencia han identificado distintas clases o tipos de riesgo en relación con el contrato de concesión, atendiendo a su alcance, su objetivo y los efectos que generan. Entre estos riesgos pueden enunciarse: *i)* el financiero; *ii)* el cambiario; *iii)* el crediticio; *iv)* el riesgo constructivo; *v)* el riesgo de operación; *vi)* el riesgo por cambios de ley o regulatorio; *vii)* el riesgo político; *viii)* el riesgo ambiental; *ix)* el riesgo comercial y *x)* el riesgo de adquisición de predios; entre otros.”

Iguals consideraciones a todas las anteriores hizo el Tribunal Arbitral que profirió el Laudo del 11 de mayo de 2016 mediante el cual se dirimieron las controversias entonces existentes entre la Sociedad **Autopistas de la Sabana S.A.S.** y la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**.

En forma similar a lo aquí expuesto, véase igualmente el Laudo proferido el 6 de octubre de 2016 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre los integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá DEVINORTE** y la **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**.

¹⁸³ ²⁴⁶ Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha señalado: ‘[h]abría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorable a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría (sic) trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asumen deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos’. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007, Exp.15.475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)”

¹⁸⁴ ²⁴⁷ La ‘irresistibilidad’ como característica propia de la fuerza mayor –artículo 1º, Ley 95 de 1890-, no es aplicable tratándose de la ‘teoría de la imprevisión’, pues en esta última, pese a que la ejecución del contrato se vuelve más gravosa debido a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, sí puede cumplirse el objeto contractual.”

¹⁸⁵ ²⁴⁸ Art. 5, Ley 80 de 1993: ‘De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta ley, los contratistas:

‘1. Tendrán 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.

‘En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.’”

¹⁸⁶ ²⁴⁹ Ruíz Ojeda, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra. 2006, pp. 265.”

C. SOBRE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS GENERALES QUE RODEARON LA ADJUDICACIÓN, CELEBRACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0377 DE 2002

De conformidad con la revisión de los medios de prueba decretados, practicados e incorporados en legal forma durante la actuación procesal, el Tribunal destaca la ocurrencia de los siguientes hechos generales:

1. La Licitación Pública No. CO-002-2001

Mediante la Resolución No. 007493 del 21 de diciembre de 2001, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. CO-002-2001 con el fin de seleccionar una persona o grupo de personas para celebrar un Contrato de Concesión para la construcción, rehabilitación y mejoramiento, operación y mantenimiento del Proyecto Vial Briceño – Tunja – Sogamoso.

Conforme al Pliego de Condiciones de la Licitación, el contrato a celebrar sería un **CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN** definido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuya minuta se incluyó en el Anexo de los citados Pliegos y, de acuerdo con la Ley 105 de 1993 y la política pública adoptada en materia de infraestructura vial nacional, correspondería a una Concesión de Tercera Generación.

2. La adjudicación y celebración del Contrato de Concesión

El Contrato de Concesión fue adjudicado mediante la Resolución No. 2715 del 3 de julio de 2002.

Posteriormente, el 15 de julio de 2002 se suscribió el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el CONSORCIO SOLARTE SOLARTE.

3. La cesión del Contrato del CONSORCIO SOLARTE SOLARTE a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.

Posteriormente, el Contrato de Concesión 0377 de 2002, fue cedido del CONSORCIO SOLARTE SOLARTE a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., mediante la suscripción del documento denominado “*Cesión de contrato de concesión número 0377 del 15 de julio de 2002*”, suscrito el 3 de noviembre de 2013.

4. La cesión del Contrato del INVIAS al INCO y la transformación de éste en la ANI

Mediante el Decreto Ley 1800 de 2003, se creó el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público del orden nacional, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, al tiempo que mediante el Decreto 2056 de 2003 se modificó la estructura y funciones del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** que tendría como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.

En desarrollo de lo dispuesto en tales decretos, mediante la Resolución No. 003045 del 22 de agosto de 2003, expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS**, se dispuso la cesión, a título gratuito, del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, celebrado con el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE**, al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, en cumplimiento de lo cual, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** y el Concesionario, el 15 de junio de 2004, se acordó la modificación del Contrato de Concesión mediante el cual el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y/o INCO** sustituyó al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y/o INVÍAS** y, en este sentido se entendería para todos los efectos que la entidad contratante es aquella.

A su vez, conforme a lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1º), el cual dispuso que “Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura” (artículo 25).

5. El Contrato de Concesión No. 0377 de 2002

En la Cláusula 2 se definió el objeto del Contrato, así:

“CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO

“El objeto del presente **Contrato**, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento de los **Trayectos**¹⁸⁷, la prestación de servicios y el uso de las bienes de propiedad del **INVIAS** dados en concesión, para la cabal ejecución del **Proyecto**, bajo el control y vigilancia del **INVIAS** y demás entidades competentes que determine la ley, y con la financiación que el **CONCESIONARIO** obtenga de los **Prestamistas** y provea de sus propios recursos y los **Pagos Estatales** que serán destinados a financiar parte del costo de la obra que deberá realizar el **CONCESIONARIO** en virtud del **Contrato**, incluida la **Deuda Subordinada de los Accionistas**.

“El **INVIAS** concede al **CONCESIONARIO** por medio de este **Contrato** el uso y la explotación del Proyecto por el tiempo de duración del **Contrato**, para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de una remuneración que consiste en lo siguiente: (a) la cesión de los derechos del **INVIAS** sobre (i) el recaudo del **Peaje** en los sitios y con las tarifas que sean aplicables de conformidad con este **Contrato** y (ii) el recaudo de la **Contribución de Valorización** de los predios afectados por las obras a realizar en el **Proyecto**, distribuida y liquidada de acuerdo a lo establecido en los términos de este Contrato; y (b) la entrega de los **Pagos Estatales** para los fines y en los términos establecidos en este **Contrato**. La **Contribución de Valorización** que sea efectivamente recaudada se contabilizara como **Ingreso Real** en los términos de las Cláusulas 16 y concordantes de este **Contrato**. Dicha **Contribución de Valorización**, a pesar de haber sido cedida al **CONCESIONARIO** en virtud de este **Contrato**, deberá ser presupuestada como ingreso del **INVIAS**, si así lo disponen las normas vigentes aplicables y su ejecución se hará conforme a lo establecido en este **Contrato**.

“El **CONCESIONARIO** realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del **Proyecto**, cumpliendo los

¹⁸⁷ En la cláusula 1. DEFINICIONES del Contrato (folios 31 y 32 Cuaderno de Pruebas N° 1), se encuentran relacionados 18 Trayectos o segmentos en los que se dividieron las vías “respecto de las cuales versa este contrato, para efectos de la ejecución del Proyecto, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento”.

requisitos mínimos establecidos en el presente Contrato y siempre bajo la dirección, control y vigilancia del INVIAS.

“PARÁGRAFO PRIMERO: ALCANCE DEL PROYECTO VIAL: El alcance físico específico del **Proyecto** se divide en el **Alcance Básico** y el **Avance Condicionado**, los cuales se describen en las Cláusulas 6.2.1. y 7.2.7., respectivamente, y demás concordantes del **Contrato**, así como en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**.

“En desarrollo del objeto del **Contrato**, el **CONCESIONARIO** deberá realizar todas las obras previstas en el **Alcance Básico** y el **Alcance Condicionado** para todos los **Trayectos** y e mantenimiento y construcción de los **Puentes** del **Proyecto** de conformidad con lo establecido en los **Pliegos**, las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**, las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**, el mismo **Contrato**, el Cronograma de Priorización de Obras, el Anexo No. 1 – Esquema de Gradualidad-, los requerimientos establecidos por la respectiva autoridad ambiental y el **Plan de Gestión Social**.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de existir cualquier contradicción entre el **Cronograma de Priorización de Obras** y cualquiera de los documentos que a continuación se enumeran, prevalecerán en su orden dichos documentos, sobre el **Cronograma de Priorización de Obras**: (i) el **Contrato**; (ii) el **Pliego de Condiciones**; y/o (iii) las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** y/o las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**.”¹⁸⁸

El 23 de septiembre de 2002, se suscribió el acta de inicio del Contrato entre el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS**.

La ANI y el Concesionario, en desarrollo del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, han suscrito treinta y cuatro (34) documentos modificatorios que se incorporaron a las actividades inicialmente pactadas entre el Concesionario y la ANI.

La revisión de los temas que convocaron a este Tribunal Arbitral tuvo origen en las mesas de conversaciones adelantadas entre las partes, a partir de la firma del documento denominado “Bases de Conversaciones”, de fecha 20 de septiembre de 2013, donde se tuvo como propósito evaluar los temas pendientes de la Concesión, incluyendo los reconocimientos económicos pretendidos por el Concesionario.

Como resultado de las mesas de trabajo, la ANI y el Concesionario alcanzaron diferentes acuerdos, incorporados como modificaciones contractuales, quedando pendiente el reconocimiento de las pretensiones que ahora se invocan por el Concesionario.

D. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL

Acerca del mérito general de las pretensiones de la demanda arbitral, a partir de un incumplimiento (pretensiones declarativas principales) o de una afectación de las condiciones económicas del contrato (pretensiones declarativas subsidiarias), con base en lo cual se propusieron las tres controversias: a) La relacionada con la compensación tarifaria; b) la relacionada con la compensación por la no relocalización del peaje “*Albarracín*”; y, c) la relacionada con la compensación por el cobro de la tasa de vigilancia y la contribución de fomento al turismo, el Agente del Ministerio Público consideró necesario referirse a las dos fuentes de derecho a efecto de establecer al amparo de cuál de ellas debe resolverse cada controversia, esto es, el incumplimiento de las obligaciones contractuales o el rompimiento del equilibrio económico, los cuales constituyen 2 eventos diferentes no obstante que, uno y otro, pueden generar afectaciones económicas para el

¹⁸⁸ Folio 35 y 36, Cuaderno de Pruebas N° 1

contratista. El primero, o sea el incumplimiento, dijo, implica un comportamiento antijurídico del contratante que genera daños al contratista, susceptibles de ser reparados; en estos casos la reparación es aplicación del principio conforme con el cual el que causa un daño debe repararlo. El segundo, es decir, el del rompimiento del equilibrio económico, señaló, implica una circunstancia posterior a la celebración del contrato, imposible de prever por las Partes, que rompe la conmutabilidad del negocio jurídico (por una actuación de la contratante, por una decisión normativa o por la imprevisión) y halla fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa, para lo cual trajo a colación reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado¹⁸⁹ y se refirió igualmente a la parte final del número 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el particular, el Tribunal señala que ciertamente, al efectuar un examen detallado del *petitum* de la Demanda, puede advertirse que en algunos aspectos específicos es clara la voluntad de la Parte Convocante de obtener pronunciamientos sobre el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, tal como ocurre con el segundo grupo de pretensiones declarativas en las que se hallan las pretensiones quinta principal y décima segunda; en otros casos específicos la relación con esa materia aparentemente no se plantea de manera tan directa, pero igual puede inferirse su afinidad con la misma sin mayores dificultades, en cuanto resulta indiscutible que a través de esas pretensiones se persigue el reconocimiento o la condena de indemnizaciones o de intereses moratorios, asuntos que por sí mismos transmiten la idea precisa de invocar la aplicación del correspondiente régimen de responsabilidad contractual y/o que únicamente pueden concebirse dentro del mismo.

El examen de la Demanda también revela, por el contrario, que otras de sus pretensiones se enfocan de manera directa -con el carácter de subsidiaria como sucede con la subsidiaria a la quinta principal o con el carácter de principales tal como ocurre con el tercero y cuarto grupo de pretensiones en las cuales se hallan la décima séptima, la décima octava y la vigésima novena-, en la declaratoria de hechos que afectaron el equilibrio económico del contrato o hacen referencia a la aplicación de esa institución en cuanto se apoyan en elementos que podrían justificar su invocación, comoquiera que el origen o la causa de las respectivas dificultades para la ejecución del Contrato habría tenido lugar en hechos no necesariamente atribuibles a las Partes en cuanto resultan ajenos a su comportamiento y/o a sus obligaciones contractuales.

El esquema anterior permite concluir, sin dificultad al respecto, que las pretensiones de la demanda se encuentran estructuradas en forma tal que en un grupo de pretensiones de manera principal se ha solicitado la declaratoria de incumplimiento contractual junto con las consiguientes condenas que de dicho fenómeno deberían derivarse, mientras que a la también alegada ruptura del equilibrio económico del contrato se ha acudido únicamente en subsidio de aquél, planteamiento este que el Tribunal encuentra coherente y, por tanto, lo acepta en línea de principio; a su vez, en otros grupos de pretensiones, la alegada ruptura del equilibrio económico se formula como pretensión principal; pero en uno y otro casos, según el régimen al que se acude, se señalan los supuestos, se cumplen los requisitos y están los elementos que deben acreditarse o satisfacerse, según el caso, para determinar acerca de su prosperidad y, naturalmente, determinar sus respectivas consecuencias o efectos.

No obstante tales diferenciaciones, el Tribunal señala que por ahora no se ocupará de las mismas en la medida en que únicamente la prosperidad de las pretensiones declarativas será la que permitirá ocuparse con detalle de las pretensiones de condena que deban o puedan ser estimadas, oportunidad en la cual igualmente serán definitorias entonces las características de las pretensiones declarativas que llegaren a ser estimadas, esto es que sean las declarativas de incumplimiento o las declarativas de la ruptura del equilibrio económico del Contrato.

Ahora bien, sin alejarse un ápice del Principio de Congruencia que constituye uno de los principales límites de la actividad judicial, hoy recogido de manera imperativa y perentoria en el artículo 281

¹⁸⁹ Sentencia de 14 de marzo de 2013, expediente 20.524.

del Código General del Proceso –C.G.P.–, según el cual la sentencia debe estar en perfecta consonancia, entre otros aspectos de importancia, con las pretensiones de la demanda, el Tribunal considera pertinente señalar que si bien resulta claro que de conformidad con los mandatos legales vigentes de ninguna manera le es posible conceder –si a ello hubiere lugar– nada diferente a lo que expresamente ha pedido la Parte Actora, también resulta necesario exponer el sentido en el cual entiende, de manera genérica, el *petitum* de la Demanda.

Así pues, de la comentada forma en que se encuentran estructuradas las pretensiones de la Demanda el Tribunal entiende que dicha Demanda, de manera general, apunta en un grupo de pretensiones sobre un tema -compensación tarifaria- principalmente a obtener la declaratoria de incumplimiento del Contrato por causas imputables a la Parte Demandada y únicamente en subsidio de tales pretensiones, en caso de que aquellas fracasasen, pide entonces que se declare la ruptura del equilibrio financiero de dicho Contrato. En los otros dos temas o controversias, el Tribunal entiende que dicha demanda, pide que se declare la ruptura de del equilibrio económico de dicho contrato. Se trata de controversias distintas y por lo tanto se pueden plantear las pretensiones de manera diferente, según la causa que las origina.

La diferenciación entre las figuras del INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, por una parte y, por otra, de la RUPTURA DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO, la cual ha materializado en este caso la Demanda al perseguir la declaratoria del primero en forma principal en un grupo de pretensiones relacionadas con una controversia, al paso que solicita la declaratoria del segundo en relación con otras dos controversias distintas, a juicio del Tribunal consulta la distinción que al respecto ha realizado la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

Ciertamente, en los últimos años el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en Colombia ha puntualizado que no es posible considerar el incumplimiento de los Contratos Estatales, el cual desencadena la responsabilidad contractual, como causal de ruptura del equilibrio económico de dichos Contratos, en cuanto las figuras en mención resultan totalmente diferentes entre sí, sin que haya lugar a confundirlas.

En este sentido resultan ilustrativas las precisiones que se transcriben parcialmente a continuación; así, en la providencia fechada en marzo 14 de 2013, expediente No. 20.524, se dijo al respecto:

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

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

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

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

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas

ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

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

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

“En efecto, la ejecución de las obras sólo se inició el 20 de junio de 1995 –pese a que el contrato quedó perfeccionado 15 meses atrás (24 de marzo de 1994 -numeral 1 de estas consideraciones-) y a que el término de ejecución comenzó a correr el 8 de abril de 1994 (ver numeral 2 de estas consideraciones)-, porque la entidad contratante incumplió las obligaciones a su cargo, en la medida en que no hizo entrega oportuna de los planos y diseños al constructor y, por ello, se sustrajo de la obligación de suscribir el acta de iniciación de las obras, una vez satisfechos los requisitos de ejecución contemplados por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, todo lo cual obedeció a que la entidad pública celebró el contrato sin contar con licencia de construcción (ver informe suscrito por la Coordinadora del Grupo de Arquitectura de la Superintendencia de Notariado -numeral 6 de estas consideraciones-) y tal omisión generó que tardara más de un año en dar cumplimiento a las obligaciones contractuales a su cargo (cumplimiento tardío de la obligación). Sólo en julio de 1994, es decir, 3 meses después de iniciado el término de ejecución, la entidad administrativa inició el procedimiento administrativo tendiente a obtener la licencia de construcción y apenas 10 meses después fue expedida, con carácter provisional (ver numeral 9 de estas consideraciones).

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

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

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo

de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

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

“Ahora bien, la Sala no puede dejar de llamar la atención respecto de la afirmación, del Tribunal de primera instancia, atinente a que el contratista convalidó el incumplimiento de su co-contratante, al suscribir el acta de inicio de las obras después de lo previsto y al recibir el anticipo 9 meses después de iniciada la vigencia del contrato.

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

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

“El demandante reclama la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en la iniciación de las obras, representados en los mayores costos administrativos y en el mayor costo de materiales y equipos”¹⁹⁰.

Y en la sentencia de noviembre 27 de 2013, expediente No. 31.431, se reafirmó lo dicho con anterioridad en los siguientes términos:

“7) Precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato.

“El argumento central expuesto tanto en la demanda como en el recurso de apelación se encaminó a advertir la configuración del incumplimiento contractual imputable a la entidad estatal, lo cual según su parecer trajo consigo la ruptura del equilibrio económico del contrato. Dicha ruptura se atribuyó esencialmente a tres hechos:

“El primero relativo al desconocimiento de la entidad estatal de la cláusula cuarta del texto contractual de conformidad con la cual el valor de los honorarios correspondería al 1.2% calculado sobre la facturación total auditada, suma que en el caso concreto ascendió a \$17.256'634.332.00 por lo cual el porcentaje a favor del contratista debía haber correspondido al valor de \$207'079.612.00, y no a la suma inflexible de \$180'000.000.00 como erradamente lo entendió la entidad estatal contratante.

“El segundo aspecto se hizo consistir en la suscripción de varios otrosíes motivados por el estado de desorden y la demora con que eran entregadas las facturas y documentos sometidos a revisión, lo cual, según manifiesta la

¹⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en marzo 14 de 2013. Radicación No. 760012331000199603577-01, expediente No. 20.524. Demandante: Jairo Antonio Ossa López. Demandada: Superintendencia de Notariado y Registro. C.P., Carlos Alberto Zambrano Barrera.

parte actora, habría ocasionado mayores costos en la ejecución del contrato pues llevó a ampliar su plazo y con ello a aumentar el pago de salarios del personal que debió cumplir dicha labor por un período mayor al previsto inicialmente, entre otros pagos adicionales a los cuales se habría visto avocada a sufragar.

“En tercer lugar, específicamente se refiere a la suscripción del otrosí No. 3 por cuya virtud la entidad habría impuesto obligaciones adicionales al contratista que no estaban relacionadas en el contrato inicial ni en la oferta, tales como la auditoría médica y la revisión contable de las reclamaciones extemporáneas, la de los servicios de salud prestados dentro del proceso y la de aquellos pasivos no reclamados pero que aparecían debidamente justificados en los libros y comprobantes de la entidad, circunstancia en virtud de la cual igualmente se debió ampliar el plazo y la carga de trabajo se incrementó notablemente por lo que debió asumir mayores costos en su ejecución.

“En los términos expuestos se evidencia que el manejo jurídico de la situación fáctica que se presentó en el caso en examen respecto de los dos primeros cargos, esto es la falta de pago de los honorarios pactados y la falta de entrega en debida forma y oportunidad de los documentos, facturas y soportes sometidos a revisión, ambas situaciones constitutivas de incumplimiento contractual atribuido a la entidad estatal por la inobservancia de los deberes y obligaciones derivadas del contrato, se alegaron como causas de la ruptura del equilibrio económico, circunstancia que impone a la Sala la necesidad de efectuar algunas puntualizaciones.

La doctrina extranjera ha definido el equilibrio financiero del contrato como la “... relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.”¹⁹¹

“Para la doctrina nacional autorizada, la equivalencia económica del contrato debe entenderse como “la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.”¹⁹²

“En el campo de la contratación estatal se ha considerado que “es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le trasladó en cuanto a vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio.”¹⁹³

Pues bien, al respecto cabe señalar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.

“Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna

¹⁹¹ MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 469.

¹⁹² ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, p. 401.

¹⁹³ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2010. Legis Editores, p. 489

de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podría acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4° de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para -o incluso les impone el deber de- solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

“Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

“Al aproximar con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración”¹⁹⁴.

“Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado”¹⁹⁵, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales¹⁹⁶, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares¹⁹⁷ en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público.

¹⁹⁴ HOYOS DUQUE, Ricardo. “El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 de 1993”. Artículo en “Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal”. Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. septiembre de 2007, p. 103.

¹⁹⁵ “ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.” (Código de Comercio).

¹⁹⁶ BENITEZ CAORCI, Juan J. “La Revisión del Contrato”. Segunda Edición 2010. Editorial Temis, Bogotá, pp. 71-72. “A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente, ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual”.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas. “A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual¹⁹⁸, entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual¹⁹⁹.

*“Sobre ese particular se impone agregar que esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio o al desconocimiento del tema por parte de la Jurisprudencia aludida, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que “si dicho equilibrio se rompe **por incumplimiento de la entidad estatal** contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.*

En torno a sus exigencias, delantamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.

(...).

El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, *ad exemplum*, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevisible e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

Dentro de los requisitos, está la sobrevenida de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobrevenida de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

¹⁹⁸ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹⁹ Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“En igual sentido se encuentra la disposición contenida en el numeral octavo del artículo 4 del mismo estatuto, en cuanto consagra:

“Artículo 4.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“(…)”.

*“8.- Adoptarán 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 o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución **y pactarán intereses moratorios.**” (Negrillas por la sala).*

“De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en la contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

“Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y las dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá y deberá efectuarse directamente por la Administración Pública contratante.

“Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato²⁰⁰, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983.

“En esta misma línea, en reciente oportunidad esta Subsección se ocupó de puntualizar una vez más las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que se desprenden en uno y otro caso:

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

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles

²⁰⁰ Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993.

e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

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

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

“(…)

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

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”²⁰¹

“Retomando el análisis del caso en estudio en punto tanto a los supuestos fácticos que sirven de sustento de las pretensiones de la demanda, como a la formulación del petitum, se advierte que la invocada ruptura del equilibrio económico del contrato respecto de las dos primeras situaciones examinadas, en realidad se atribuyó a un incumplimiento de la entidad pública por inobservancia de las cláusulas del contrato relativas al pago de los honorarios, así como al incumplimiento de su obligación de entregar en debida forma y oportunamente las facturas y reclamaciones objeto de auditoría, todo lo cual dio lugar a la suscripción de tres otrosíes que determinaron la prórroga del plazo y con ello se causaron mayores costos al contratista y no a causas exógenas a las partes.

“En consecuencia, a pesar de que la unión temporal contratista hizo alusión a la ruptura del equilibrio económico, lo cierto es que, se itera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento contractual en que incurrió la entidad pública por las razones antes advertidas, cuestión que le ocasionó perjuicios al contratista, en razón de lo cual la Sala abordará el análisis de los primeros eventos desde la óptica del incumplimiento contractual. No obstante, en lo que toca al reproche consistente en que a través de la suscripción del tercer otrosí a partir del cual se

²⁰¹ Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

impusieron nuevas obligaciones a la unión temporal contratista que derivaron también en mayores costos en la ejecución del contrato, resulta claro que el mismo no configura una causal de incumplimiento del contrato sino de ruptura del equilibrio económico y en tal virtud así será analizada”²⁰².

Precisado lo anterior, el Tribunal procede entonces a analizar las pretensiones de la demanda arbitral.

1. Análisis de las Pretensiones declarativas generales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta

En las pretensiones iniciales generales, la Parte Convocante solicitó lo siguiente:

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

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

“TERCERA: Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en virtud del documento de cesión firmado el tres (3) de noviembre de 2013, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

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

1.1. Los hechos que a juicio de la Parte Convocante sirven de causa o fundamento de esta Pretensión

En los primeros hechos numerados de la demanda arbitral, la Parte Convocante describió los antecedentes que permitieron la celebración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 entre el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS y el Consorcio Solarte Solarte y aquellos posteriores relacionados con la asunción de la posición de contratante y contratista, respectivamente, por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Sociedad CSS Constructores S.A.

Tales hechos están debidamente acreditados mediante pruebas documentales decretadas por el Tribunal que fueron aportadas tanto por la Sociedad CSS Constructores S.A. como por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

1.2. La oposición a la pretensión y el pronunciamiento sobre los hechos de la demanda arbitral formulados por la Parte Convocada

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su apoderado, se opuso todas las pretensiones de la demanda arbitral incluidas éstas pero al referirse a los hechos que les sirven de

²⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de noviembre 27 de 2013. Radicación No. 660012331000200200391, expediente No. 31.431. Actor: UNION TEMPORAL AUDITORIA MEDICA; Demandada: E.P.S. RISARALDA S.A EN LIQUIDACION.

causa aceptó unos y estuvo a lo que se probara en otros conforme al tenor literal de los documentos aportados.

1.3. El Concepto del Agente del Ministerio Público

La Agencia del Ministerio Público en su concepto rendido en la oportunidad procesal se refirió a los antecedentes contractuales y señaló, en consecuencia, cuáles son los sujetos contractuales y procesales.

1.4. Consideraciones del Tribunal

Revisados los antecedentes contractuales a todos los cuales se ha hecho referencia en apartado anterior de esta providencia, el Tribunal ha constatado que con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, mediante el Decreto Ley 1800 de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, establecimiento público del orden nacional, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, al tiempo que mediante el Decreto 2056 de 2003 se modificó la estructura y funciones del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS que tendría como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.

En desarrollo de lo dispuesto en tales decretos, mediante la Resolución No. 003045 del 22 de agosto de 2003, expedida por el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, se dispuso la cesión, a título gratuito, del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, celebrado con el Consorcio Solarte Solarte, al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, en cumplimiento de lo cual, entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y el Concesionario, el 15 de junio de 2004, se acordó la modificación del Contrato de Concesión mediante el cual el Instituto Nacional de Concesiones y/o INCO sustituyó al Instituto Nacional de Vías y/o INVÍAS y, en este sentido se entendería para todos los efectos que la entidad contratante es aquella.

A su vez, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, fue transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1º), Decreto que dispuso igualmente que “Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura” (artículo 25).

Así entonces, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, sus adicionales y modificatorios, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, razón por la cual, consecuentemente el Tribunal declarará que esa Agencia, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el citado Contrato.

Por su parte, el Tribunal ha constatado que el Contrato de Concesión No. 0377 de 2012, fue cedido por parte del **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, cesión que -previa aprobación del Comité Asesor de Asuntos Contractuales de la ANI impartida el 24 de octubre de 2013- fue autorizada y aprobada por la Agencia Nacional de

Infraestructura ANI, a partir de la fecha de suscripción del Otrosí Modificatorio al citado Contrato de Concesión denominado “Cesión de Contrato de Concesión Número 0377 de 15 de julio de 2002”,²⁰³ celebrado en 2013 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Sociedad CSS Constructores S.A. y en los términos allí establecidos y según el alcance del contrato inicial, sus adicionales y demás documentos modificatorios. La cesión fue autorizada en el estado de ejecución al momento de la cesión, con todos los derechos y obligaciones que a éste correspondían, incluyendo aquellos temas que las Partes tenían pendiente por definir relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contractuales y/o controversias de cualquier índole. La sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** igualmente aceptó dicha cesión en su estado de ejecución, con todos los derechos y obligaciones que a éste correspondían, obligándose el Concesionario cesionario a continuar con su cabal ejecución hasta la terminación del mismo, en los términos pactados en el Contrato de Concesión, sus modificatorios, adiciones, así como lo previsto en los pliegos de condiciones y la propuesta presentada, los cuales hacen parte integral del mismo, incluyendo aquellos temas que las Partes tuvieran pendientes por definir relacionados con el cumplimiento de obligaciones contractuales y/o controversias de cualquier índole.

En consecuencia, el Tribunal declarará que, en virtud del documento de cesión firmado el tres (3) de noviembre de 2013, **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, asumió la posición contractual de Contratista Concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, motivo por el cual, consecuentemente, esa Sociedad en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, prosperan la pretensiones declarativas primera a cuarta y así lo declarará el Tribunal más adelante en la parte resolutive.

2. Análisis de las Pretensiones declarativas especiales Quinta Principal y Sexta a Décima Primera relacionadas con el pago al Concesionario de la Compensación Tarifaria

En las pretensiones relacionadas con el pago al Concesionario de la compensación tarifaria, la Convocante solicitó lo siguiente:

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

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

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

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

²⁰³ Folios 270 a 274, Cuaderno de Pruebas No. 1

- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el octavo periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$154.753.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el noveno y décimo periodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007 y entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$322.029.700,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$160.855.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$178.032.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$177.304.700,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$219.981.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$260.095.200,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$396.912.500,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$452.912.500,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$472.658.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$453.823.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$484.105.600,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$489.621.800,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$499.907.100,00.

- “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$516.619.000,00.
- “Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo, comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014”, en donde se estableció el monto de la compensación adeudada, el cual ascendió a \$536.176.100,00.

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

- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2014 y el 22 de marzo de 2015”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$530.205.400,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2015 y el 22 de septiembre de 2015”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$537.385.900,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2015 y el 22 de marzo de 2016”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$567.004.800,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2016”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$598.176.800,00.
- “Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2016 y el 22 de marzo de 2016”, por el monto de la compensación adeudada para dicho periodo, el cual ascendió a \$625.012.300,00.

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

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

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

“**NOVENA:** Que, para el caso de las actas de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria que no han sido suscritas por la entidad concedente, se declare que a los quince (15) días calendario siguientes a su remisión por parte de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** al Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, se entienden aceptadas las Actas de liquidación tarifaria para efectos

del cómputo de los dieciocho (18) meses previstos en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

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

“**DÉCIMA PRIMERA:** Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** le adeuda a CSS CONSTRUCTORES S.A. la suma de **Dieciocho mil novecientos noventa y ocho millones setecientos ocho mil ciento sesenta y tres pesos (\$18.998'708.163,00)**, por concepto de compensación tarifaria.

“CAPITAL: \$9.448.218.100

“INTERESES CORRIENTES: \$1.400.747.919

“INTERESES MORATORIOS: \$8.149.742.144”

Por su parte, la Demandada se opuso a dichas pretensiones en la contestación a la demanda e invocó las excepciones de “*Incumplimiento del Concesionario de lo Dispuesto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión No 0377 del 15 de Julio de 2002*” y “*La Tarifa Especial de Peaje El Roble se Estableció con Anterioridad a la Celebración del Contrato*”

2.1. La posición de la Parte Convocante

Expresa la Parte Convocante que durante el desarrollo del proyecto de concesión, se han presentado diferentes hechos que han afectado el esquema tarifario previsto inicialmente, generando la causación de compensaciones tarifarias a favor del Concesionario. A tal efecto destaca los siguientes:

Durante algunos periodos de aforo se mantuvo por parte de la Entidad contratante, sin contar con el consentimiento del Concesionario, la aplicación de una Tarifa Especial, inferior a la Tarifa Contractual, para algunos vehículos de la Categoría II en el Peaje “El Roble”.

Se expidió la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002, a través de la cual se dispuso la exoneración del pago del peaje para los vehículos allí contemplados,

Se expidió la Resolución N° 000241 del 2 de febrero de 2010, del Ministerio de Transporte, a través de la cual se estableció en el peaje denominado “*Tuta*” la categoría I Especial para los vehículos de servicio público allí enunciados, para los cuales se determinó una tarifa vigente de peaje inferior a la tarifa contractual,

Se expidió la Resolución N° 002638 del 24 de junio de 2010 del Ministerio de Transporte, a través de la cual se estableció en el peaje denominado “*Tuta*” la categoría Uno (I) Especial y categoría dos (II) Especial para algunos vehículos de servicio particular y vehículos oficiales allí enunciados, para los cuales se determinó una tarifa vigente de peaje inferior a la tarifa contractual.

Agrega que en aplicación a lo previsto en la cláusula 18 del Contrato de Concesión, se han suscrito diferentes actas donde se ha dejado constancia de las compensaciones tarifarias causadas a favor del Concesionario para los periodos de aforo que han transcurrido a lo largo del desarrollo del proyecto, actas que han sido suscritas entre la entidad contratante y el Concesionario y que enumera.

En sus alegatos agrega que si bien al presentar la Demanda el Concesionario no tenía copia firmada del acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para los primeros siete periodos de

aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, en el proceso se estableció que dicha acta fue suscrita por la ANI.

Señala que el Concesionario ha advertido a la entidad que, a partir de la fecha de la suscripción de cada acta, empezó a correr el plazo de 18 meses con que ella cuenta para hacer el pago correspondiente. Vencido este plazo y al no haberse efectuado el pago, se causan intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 del Contrato de Concesión 0377 del 15 de julio de 2002.

Por otra parte, en sus alegatos la Demandante se refiere a que la Demandada pretende desconocer las compensaciones tarifarias del peaje El Roble, aduciendo que el mismo tenía tarifas diferenciales desde antes que el Concesionario realizara su oferta económica. A tal efecto señala que los montos reconocidos en cada una de las actas de compensación tarifaria para el peaje El Roble no hacen referencia a las tarifas establecidas con anterioridad a la celebración del contrato, sino a las afectaciones sufridas en los ingresos con ocasión de la ley 787 de 2002.

Así mismo, precisa que el Concesionario ha remitido a la entidad estatal varias actas adicionales asociadas a periodos de aforo, que el Concesionario desconoce que hayan sido firmadas por la entidad demandada y/o la Interventoría, y respecto de las cuales tampoco conoce respuesta alguna. Estas actas fueron remitidas el 7 de abril y 7 de octubre de 2015, el 7 de abril y el 7 de octubre de 2016 y el 7 de abril de 2017.

Agrega que en la presentación de cada una de las actas, el Concesionario solicitó a la entidad “...su respuesta y aceptación dentro del término establecido en la cláusula 18.3, donde se indica, con respecto a esta aceptación, que ‘deberá ser otorgada o rechazada dentro de los quince (15) Días Calendario siguientes a la presentación de la solicitud por parte del CONCESIONARIO””, sin que se haya recibido respuesta. Expresa que adicionalmente advirtió en estas comunicaciones que a partir de la fecha de radicado de las cartas empezaba a correr el plazo de 18 meses con que contaba la entidad contratante para hacer el pago correspondiente y al no haberse realizado el pago, el cobro de intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 del Contrato de Concesión No.0377 del 15 de julio de 2002.

Señala que al contestar la demanda, la ANI señala que no concurrió a suscribir las actas porque para ella y Interventoría se presentan diferencias significativas en los reportes del tráfico lo que afecta la confiabilidad de los aforos. Destaca que dicho argumento jamás fue expresado por la entidad estatal ni por la interventoría hasta la contestación de la demanda.

Agrega que las mediciones de tráfico son insumos que no son solo verificados por el Concesionario sino también por el patrimonio autónomo que al recibir los valores recaudados por concepto de peajes incluye los informes de tráfico y recaudo. Advierte que la ANI en ningún momento requirió al Concesionario por supuestas falencias o irregularidades en las mediciones de tráfico, sin encontrarse objeción alguna a los informes del patrimonio autónomo los cuales fueron y son de su pleno conocimiento.

Destaca la manifestación del apoderado de la ANI al dar respuesta al hecho 4.2.1.9 de la Demanda, en la que indicó que es cierto se verificaron todas las actas. Agrega que ninguna de las pruebas de la ANI se destinó a desvirtuar lo manifestado por el Concesionario.

Agrega que las actas no tienen la virtud de producir o crear situaciones, sino que son declarativas y su única finalidad es dejar constancia del devenir del contrato, por lo que mal podrían las Partes valerse de la inexistencia de un acta para justificar la omisión en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los hechos cuya ocurrencia se acredite. La obligación surge al verificarse el hecho, así el mismo no haya sido objeto de reconocimiento contractual. Por ello el reconocimiento debe realizarlo el juez del contrato.

Expresa que el contrato establece el procedimiento de pago de las compensaciones tarifarias determinando el plazo con que contaba la entidad para efectuar el pago, so pena de causación de intereses moratorios. Por lo anterior las actas suscritas deben pagarse con intereses

Aclara en relación con la cesión de derecho de cobro mencionada en el inciso segundo de la cláusula 18.3. que fija el punto de partida del plazo para que la Demandante pague, que el Concesionario podía financiar el proyecto con recursos propios o externos y decidió financiarlo con recursos propios, por lo que la cesión de derechos de cobro nunca tuvo aplicación, como lo reconocen las Partes en las actas de compensación tarifaria, por lo que el plazo se cuenta a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento.

Agrega que en cuanto a las actas no firmadas, el Concesionario le solicitaba a la Demandada que emitiera su concepto, para lo cual la entidad de acuerdo con el contrato contaba con 15 días para la aceptación o rechazo, de no hacerlo se entenderían aceptadas.

En cuanto a los intereses señala que a nadie le es lícito alegar su propia culpa. Como el argumento central de la Demandada es la falta de firma del acta, considera la Demandante que el Tribunal debe declarar que dicha manifestación es una evidencia de mala fe de la entidad, que no allegó al expediente ninguna prueba de los motivos por los cuales se abstuvo de suscribir el acta y ahora pretende que por ello se niegue el derecho de la convocante.

Señala que el capital adeudado al Concesionario más los intereses calculados por el perito, teniendo en cuenta las tasas establecidas en las cláusulas 18 y 49 del Contrato de Concesión, asciende a la suma de cuarenta y tres mil quinientos veinte millones novecientos setenta y tres mil ciento sesenta y dos pesos m/cte (\$43.520.973.162) a pesos del 31 de marzo de 2018, cifra está sobre la cual al momento de proferirse el laudo arbitral deberá hacerse la correspondiente actualización.

Agrega que deberá tenerse en cuenta que el pago de lo debido debe hacerse en los términos pactados en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 (Cláusula 18), esto es, contra los recursos presupuestales de la entidad, sin que haya lugar, porque no lo previó el Contrato, a la modificación de la fuente de pago, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1626, 1627, 1648 y 1649 del Código Civil.

2.2. La posición de la Parte Convocada

Por su parte, la Demandada hace referencia a la cláusula 18 del Contrato y señala que de acuerdo con lo dispuesto en la misma “*Para estos efectos, se procederá a realizar, entre el Auditor, el CONCESIONARIO y el INVÍAS, una liquidación en cada Período de Aforo de los ingresos, para calcular la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual, efectuando el ajuste correspondiente, multiplicada por el tráfico vehicular*”. Ahora bien, las actas mediante las cuales la Demandante pretende cobrar la compensación tarifaria no están firmadas por la Interventoría, por lo tanto, el término contemplado en la cláusula 18.3 no empieza a correr hasta tanto no se cumpla con la suscripción de las Actas. De esta manera, no se han cumplido las condiciones establecidas en la cláusula 18.3 del Contrato de Concesión No. 0377 del 15 de julio de 2002, para que se proceda al cobro de intereses por concepto de la compensación tarifaria.

Señala que si bien el Concesionario regularmente remitió actas a la ANI, ellas no pueden ser consideradas válidas de tal forma que la obliguen, en la medida en que tales liquidaciones siempre desconocieron el trámite contractual pactado para su evaluación, verificación y reconocimiento. Por lo anterior debe negarse la pretensión quinta.

Así mismo señala que debe negarse la pretensión sexta en la medida en que no existe en el expediente prueba alguna de que la ANI “*reconoce*” -o haya manifestado de algún modo- que adeuda

por concepto de compensación tarifaria las actas unilaterales consignadas en la pretensión. Lo mismo respecto de la pretensión séptima que pretende que se declare que la ANI “*no niega*” adeudar las actas listadas en la pretensión. Por la misma razón deben negarse las pretensiones octava, novena, décima y décima primera.

Agrega que el peaje el Roble ya tenía tarifas diferenciales desde antes que el Concesionario realizara su oferta económica para que le fuera adjudicada la Concesión, las cuales se establecieron mediante las Resoluciones 010453 del 3 de diciembre de 2001 y la 011978 del 17 de diciembre de 2001. Así lo reconoció el perito.

Advierte que en el considerando número cuatro del Contrato de Concesión se estableció: “*Que el CONCESIONARIO conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales y legales del Proyecto objeto de este Contrato, así como los riesgos que mediante el Contrato asume.*” Por ello el Concesionario al momento de presentar su propuesta (16 de mayo de 2002), dentro de su modelo económico debió haber previsto lo relativo a las tarifas diferenciales. En tal sentido destaca que el perito en la respuesta a la Pregunta No 2 del Cuestionario de la ANI manifestó que el Concesionario debió incluir dentro de su modelo financiero un análisis y discriminación de esta tarifa diferencial.

Por ello afirma que si el Tribunal llegará a hacer algún tipo de reconocimiento económico por concepto de compensación tarifaria a favor del Concesionario, no puede incluir las tarifas diferenciales que existían con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión

Por otra parte hace referencia a la forma de pago en el Contrato de Concesión y al efecto señala que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 15.4 del Contrato, la remuneración al Concesionario se efectuará por cuatro componentes principales: i) Recaudos de peajes, ii) Valorización, iii) Pagos Estatales y iv) Compensaciones a favor del Concesionario. Señala que el Contrato es de ingreso esperado y que de conformidad con la cláusula 11 el Contrato terminará de manera anticipada, si antes de la fecha pactada el ingreso real acumulado es igual o superior al ingreso esperado. En este sentido destaca que el perito en respuesta a la pregunta No 8 del cuestionario de la ANI indicó que la fecha en que se recibiría el Ingreso Esperado percibido por el Concesionario sería en octubre de 2031, y bajo un intervalo de confianza del 97,5% sobre el mismo modelo el Concesionario estaría recibiendo el Ingreso Esperado entre febrero de 2028 y junio de 2035.

Señala que la cifra reclamada por el Concesionario por el concepto de compensación tarifaria (si se llegará a determinar en la forma establecida en el contrato), si no es pagada por la Entidad Concedente a través de lo dispuesto por la Cláusula 18 del Contrato, de acuerdo con la modalidad de pago será percibida por el Concesionario para alcanzar el ingreso esperado, es decir, el Contrato no terminará hasta tanto el Concesionario no alcance el ingreso esperado que se estableció contractualmente, el cual remunera en su totalidad al Concesionario.

Advierte la Demandada que la Convocante, en la pretensión quinta principal subsidiaria aspira a que el Tribunal Arbitral declare que existe un supuesto desequilibrio económico en contra de sus intereses, bajo la premisa que la entidad Demandada no ha cumplido sus obligaciones contractuales, por la no aplicación de la cláusula 18 del Contrato de Concesión que ocupa al Tribunal Arbitral.

Al respecto señala que no se ha probado en el curso de este proceso que se haya configurado una causa extraña al contrato que haya roto el equilibrio financiero o que la ANI en ejercicio de un poder o de una facultad exorbitante, o de su imperium haya causado perjuicio alguno al Concesionario, que conlleve un restablecimiento por la ANI a favor de la convocante.

Expresa en su alegato que de acuerdo con la forma de pago establecida en el Contrato de Concesión, no se ha roto el equilibrio financiero del mismo debido a que el perito determinó que en las condiciones actuales del contrato, el Concesionario alcanzará el ingreso esperado antes del plazo máximo pactado para ello

Concluye que en caso de que el Tribunal reconozca alguna contraprestación a favor del Concesionario por concepto de compensación tarifaria, esta deberá imputarse al ingreso esperado en los términos establecidos en el contrato para la forma de remuneración del Concesionario, tal como lo determinó el perito en el documento de aclaraciones y complementaciones a su dictamen pericial (página 10).

2.3. El concepto de la Agencia del Ministerio Público

Acerca de esta controversia frente a la aptitud de la demanda y de la competencia del Tribunal, la Agencia del Ministerio Público señaló que, como aparece en los antecedentes, ella tiene como fundamento de hecho unas circunstancias que dan cuenta de que el Contrato 377 de 2002, en su Cláusula 18, apartes 1, 2 y 3, consideró la posibilidad de que, por decisiones de un tercero, en este caso las autoridades de transporte, se afectara el valor de la tarifa de los peajes entregados al concesionario con el propósito de que con el recaudo de la tasa que pagaran los usuarios de la vía, entre otras fuentes, obtuviera la remuneración, y estableció la forma de atender esa eventualidad, a saber: con la compensación, la que implicaba un procedimiento en el que, en un principio, concedente y concesionario, con el apoyo del auditor primero y luego del interventor, establecieran los valores previa acta. En cumplimiento de ese procedimiento se suscribieron las primeras 18 actas, que reconocieron al concesionario los valores a los que se refiere la demanda y, debían ser pagadas, previo un trámite posterior que implicaba la presentación de un acta suscrita entre las Partes. Así mismo se elaboraron otras, 3 de las restantes, frente a las cuales la concedente no firmó.

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

Lo anterior implica que en este particular se haya presentado una indebida acumulación de pretensiones que hace inepta la demanda en cuanto se incorporaron pretensiones propias de un ejecutivo y pretensiones propias de un declarativo. A tal efecto se refirió el Ministerio Público a la doctrina expuesta por Hernando Morales Molina, Hernando Devis Echandía y Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

Tan cierto es que en este particular, dijo, se presentaron unas pretensiones propias de un ejecutivo, que la defensa esgrimió, a título de excepción, una de un proceso de esa naturaleza, a saber: la inexistencia del derecho que en buen romance equivaldría a la inexistencia del título en cuanto se consideró que las actas adolecían de la falta de una firma, la del auditor luego el interventor, por lo que no documentaba el derecho que se reclamaba.

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

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

En defecto de lo anterior, la Agencia del Ministerio Público señaló que de acuerdo con las reglas contractuales contenidas en la Cláusula 18, la entidad demandada tenía el deber de reconocer las diferencias tarifarias considerando, para cada período de aforo, el valor de la tarifa contractual, el de la tarifa efectivamente recaudada y el número de vehículos de las diferentes categorías que transitaban por los diferentes peajes que resultaron afectados con la tarifa diferencial, (“Roble” “Albarracín” y “Tuta”) y de pagar cuando se presentara acta suscrita por las Partes; dicha Cláusula, dijo, debe interpretarse en forma consecuente con las 19 y 20, si dentro de los 54 meses siguientes a la suscripción del acta de iniciación de la etapa de construcción se presentaba reducción de ingresos en los términos de la cláusula 19, aparte 19.1, dentro de los 18 meses posteriores a la aceptación, por parte del INVÍAS (o quien hiciera sus veces), de la cesión a la entidad financiera en la que se apoyara el concesionario para fondar la reducción, lo que debía hacer dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la mentada cesión, y si dentro de las 54 meses no se daba la reducción o con posterioridad a ellos, en forma inmediata.

Las pruebas adosadas al expediente en este particular, dan cuenta de que en las referidos peajes se presentaron diferencias tarifarias relacionadas, de un lado, con la afectación de las tarifas aludidas en el contrato y, de otro, por el establecimiento de nuevas categorías, como las especiales I y II de “Tuta”; el consorcio demandante solicitó el reconocimiento para varios períodos y que a través de sendas actas, la entidad convocante aceptó sus reclamaciones, al tiempo que, también, presentó solicitudes de compensación tarifaria para tres períodos, pero respecto de éstas la entidad demanda no suscribió la respectiva acta.

Así, señaló, dadas las pruebas allegadas al proceso y el contenido de la obligación cuyo cumplimiento se echa de menos, a juicio del Ministerio Público no hubo incumplimiento de parte de la entidad demandada respecto del reconocimiento de las compensaciones para los periodos a los que se refieren las actas 1 a 18, no así respecto de aquellos de los que se ocupan las 1 a 3. Y en el caso, señaló, se impone decretar el incumplimiento en cuanto a éstas últimas corresponde.

Ahora, en cuanto a los valores a reconocer indicó que habrá de considerarse, a título de daño emergente, el valor de la respectiva compensación y de lucro cesante el de los intereses como moratorios (clausula 49); que las actas presentadas a firma que no fueron suscritas por la entidad

contratante, deben considerarse fidedignas en cuanto a los valores que liquidan habida cuenta de que fueron elaboradas por el concesionario, con la misma metodología de las suscritas y, en todo caso, atendiendo el principio de la buena fe contractual.

2.4. Consideraciones del Tribunal

2.4.1. Sobre la indebida acumulación de pretensiones y la falta de competencia invocadas por el Ministerio Público

Como lo ha señalado la doctrina tradicional, lo que caracteriza el proceso ejecutivo es que el mismo se refiere a un derecho indiscutible, que se concreta en una obligación clara, expresa y exigible, y a través del mismo se busca hacer efectivo el derecho del demandante a través de la ejecución forzosa. En este sentido Goldschmidt citado por Hernando Morales²⁰⁴ expresaba que “por la acción ejecutiva se trata de obtener la protección del Estado mediante la ejecución forzosa. Esta es una intromisión coercitiva en la esfera jurídica del deudor, con el fin de obtener un resultado real o jurídico a cuya protección está él obligado y del cual responde”.

Igualmente De la Plaza citado por Morales expresa:²⁰⁵

“En principio, como hemos hecho ver, acomodándonos a los preceptos y aun a la terminología carnelutiana, el proceso de cognición versa sobre una pretensión discutible y, precisamente por serlo, exige un conocimiento previo. En cambio, el de ejecución actúa sobre una pretensión indiscutible (pronto veremos en qué términos), y se endereza rectamente a lograr que sea satisfecha; por eso, cuanto exceda de este propósito, por muy limitadas que sean las fronteras del conocimiento, rebasa el campo de la ejecución rectamente entendida.

“De aquí se infieren diversas conclusiones fecundísimas:

“a) La primera es que en el proceso de ejecución, las pretensiones del actor han de fundarse en un título que, por su sola apariencia, dispense de entrar en la fase de discusión y presente como indiscutible, al menos por el momento, el derecho a obtener la tutela jurídica. Por eso cuando la técnica dentro y fuera de nuestro país, tropezó con algunos tipos cuya traza no respondía íntegramente a esta idea matriz, separó el proceso puro de ejecución, de los denominados con frase harto expresiva, procesos impropriamente ejecutivos.

“b) Se caracteriza también el proceso de ejecución porque su finalidad exclusiva, es la de actuar un derecho ya reconocido, por modo más o menos perfecto, con propósito de reparar una violación determinadas obligaciones por el que las contrajo o fue constreñido a su cumplimiento...” (se subraya)

Así mismo señala el profesor Hernán Fabio López:²⁰⁶

“Las pretensiones ejecutivas. Tienen por objeto que se ordene en la sentencia el cumplimiento de una obligación, para así dar efectividad a la prestación que ya fue declarada en un fallo judicial o surgió de una declaración de voluntad del asociado y son sus notas salientes la de contener la obligación clara, expresa y exigible de manera tal que cuando se ejercitan no se busca una declaración o condena tan solo su cumplimiento, lo que evidencia el carácter diferente que ellas tienen, pues en estos casos no se le pide al juez que declare e imponga sino que ordene cumplir.” (se subraya)

De esta manera, lo que caracteriza el proceso de ejecución es que el mismo se funda en un derecho indiscutido, que se concreta en una obligación clara, expresa y exigible para el deudor, y tiene por objeto hacer efectivo en forma coactiva el derecho.

²⁰⁴ Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial, 7ª ed ABC Bogotá, 1978, p. 142

²⁰⁵ Ibidem, p. 143

²⁰⁶ Código General del Proceso. Parte General. Ed Dupré. 2016, p. 324

A este respecto es además pertinente señalar que en un sentido semejante se ha pronunciado la jurisprudencia.

En efecto, en sentencia del 13 de noviembre de 1981, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió a un caso en el cual un tribunal superior de distrito judicial se había inhibido de decidir unas pretensiones de una demanda de reconvencción, porque ellas “*se destinan a obtener el cumplimiento de ‘sendas (sic) obligaciones de hacer’, las cuales tiene previsto el sendero propio de los procesos ejecutivos, y que, por tanto, aquel -el libelo-contiene una indebida acumulación de acciones*”. La Corte Suprema de Justicia casó dicha sentencia y señaló:

“4. Los procesos declarativos, de declaración constitutiva y de condena tienen en común, por ser de juzgamiento, la incertidumbre de la prestación invocada en la demanda. Su finalidad se concreta en la declaración de un derecho, o de responsabilidad, o en la constitución de una relación jurídica nueva, de manera que la prestación incierta adquiera certeza a través de la pertinente declaración jurisdiccional, donde se determina, por ese motivo, quién tiene la razón y el derecho.

“... ”

“5. Cuando una parte pretende frente a otra la existencia y reconocimiento de un derecho a su favor y la plena satisfacción de él, o, como es común, que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento obligacional suyo, previa la declaración sobre el estado jurídico preexistente que las une, tratase de procesos declarativos y de condena. Por ello, definido el conflicto de intereses, nítidamente resulta, mediante su sentencia, una condena unida a la declaración de derecho o de la responsabilidad como fundamento de aquella.

“6. Tratándose de los procesos de ejecución aparece, como lo tiene precisado la doctrina, una pretensión insatisfecha que, por lo mismo y por existir clara y determinadamente en un título, permite obtener coercitivamente su cumplimiento.” (se subraya)

Señaló la Corte que en la demanda presentada en el referido proceso se solicitó una declaración de responsabilidad y de la existencia de obligaciones y la consiguiente condena y agregó “*dichas pretensiones, literal y consecuencialmente consideradas, junto con las afirmaciones en que ellas se fincan, sin equívoco alguno resaltan la presencia de una demanda connatural a los procesos de declaración y de condena, justamente cognoscitivos, cuyo trámite no es otro que el previsto en el Libro Tercero, Título XXI, Capítulo II del Código de Procedimiento Civil. El libelo está lejos de deprecar el empleo de la fuerza jurisdiccional para el cumplimiento de las obligaciones allí señaladas. Luego es palmar que el Tribunal manifiestamente erró al interpretar ese acto de postulación de la contrademandante, cuando entendió que se había propuesto el cumplimiento de “ sendas (sic) obligaciones de hacer” y concluyó que su camino estaba previsto en el proceso ejecutivo y no en el ordinario.*” (se subraya)

De esta manera para la Corte Suprema de Justicia hay lugar a un proceso declarativo cuando se pretende la existencia y reconocimiento de un derecho a su favor y la plena satisfacción de él, previa la declaración sobre el estado jurídico, en tanto lo que caracteriza el proceso ejecutivo no es sólo que existe un derecho indiscutido sino que se busca obtener coactivamente su cumplimiento.

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2014 (Radicación: 52001-23-31-000-2001-00140-01 30.003), analizó un caso en el cual un tribunal administrativo declaró probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones considerando que algunas de las pretensiones debían tramitarse por un proceso ejecutivo contractual. En su sentencia el Consejo de Estado precisó:

“4.1 Para Sala es claro que el Tribunal incurrió en una equivocación al declarar probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones, pues, si se efectúa una interpretación sistemática de la demanda, resulta que lo pretendido por la actora es que se declare la nulidad de las resoluciones que terminaron unilateralmente el contrato, la declaratoria del incumplimiento del contrato por el demandado por el no pago de honorarios pactados (pretensiones declarativas) y que como consecuencia de ello se le condene al pago de las sumas adeudadas por ese concepto (pretensión de condena).

“Así las cosas, admitir que las pretensiones formuladas en este asunto por la actora deben ventilarse en procesos separados (siendo uno de ellos el ejecutivo) conduciría al absurdo de que en ningún caso es posible pedir la declaratoria de incumplimiento del contrato y que como consecuencia de ello se condene al incumplido al pago de lo adeudado o a la indemnización por los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, o lo uno y lo otro, lo cual resulta irrazonable máxime si se tiene en cuenta que estas son pretensiones propias de un proceso de conocimiento como lo es el que se promueve mediante la acción contenciosa contractual.” (se subraya)

Así mismo, en otro caso en el cual en el cual un tribunal arbitral tramitó un proceso en el cual, según señala el Consejo de Estado en su sentencia, se había solicitado dictar un mandamiento de pago, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 8 de junio de 2009, anuló el laudo y dijo:²⁰⁷

“Es decir que las controversias o conflictos, dan lugar a la existencia de los procesos declarativos genéricos o de conocimiento, en contraposición a los procesos ejecutivos, toda vez que mediante los primeros, se busca establecer la existencia de un derecho sobre el que recae la incertidumbre, mientras que a través del segundo, lo que se pretende es el cumplido ejercicio de tal derecho radicado en cabeza del ejecutante, mediante la coerción del deudor a cumplir con su obligación, respecto de cuya existencia ninguna duda subsiste, puesto que precisamente se trata de obtener el cumplimiento coactivo de una obligación clara, expresa y exigible, que consta en un título ejecutivo, que bien puede ser una sentencia judicial en la que se haya declarado la existencia del derecho; en palabras de la doctrina” (se subraya)

Como se puede apreciar, el criterio que utilizó el Consejo de Estado para establecer la existencia de una pretensión ejecutiva es que en esta lo que se pretende es obtener el cumplido ejercicio del derecho mediante la coerción del deudor.

En el presente caso si se analiza las pretensiones formuladas en la Demanda referidas a las actas de compensación se aprecia que en la pretensión sexta se solicita *“se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, reconoce que adenda por concepto de compensación tarifaria a CSS CONSTRUCTORES S.A. las cifras que constan en las siguientes actas...”*. Así mismo se solicita en la pretensión octava *“Que se declare que a partir de la suscripción de las actas entre CSS CONSTRUCTORES S.A. y el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, inició el computo del término de dieciocho (18) meses previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, a los efectos del pago por la compensación tarifaria...”*. En la pretensión décima se solicita: *“Que se declare que vencido el término de dieciocho (18) meses para el pago de la compensación tarifaria previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, procede la causación de intereses moratorios en los términos de la cláusula 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.”* En la pretensión décima primera se pide *“Que se declare que con corte al mes de mayo de 2017, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI le adenda a CSS CONSTRUCTORES S.A. la suma de...”*

Como se puede apreciar, las pretensiones formuladas tienen por objeto obtener sendas declaraciones y por ello corresponden a un proceso declarativo. Además, en ninguna de ellas se solicita que se dicte un mandamiento de pago y se emplee la fuerza para hacer cumplir la obligación existente a cargo de la demandada.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que en el presente caso no existe indebida acumulación de pretensiones, así como tampoco una falta de competencia del Tribunal.

2.4.2. El marco general de la compensación tarifaria

En el Contrato objeto del presente proceso se estipuló (cláusula 2ª) que se le otorgaba al contratista la concesión para que realizara por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras

²⁰⁷ Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00026-00(36478)

de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento de los Trayectos, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVÍAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto, “a cambio de una remuneración que consiste en lo siguiente: (a) la cesión de los derechos del INVÍAS sobre (i) el recaudo del Peaje en los sitios y con las tarifas que sean aplicables de conformidad con este Contrato y (ii) el recaudo de la Contribución de Valorización de los predios afectados por las obras a realizar en el Proyecto, distribuida y liquidada de acuerdo a lo establecido en los términos de este Contrato; y (b) la entrega, de los Pagos Estatales para los fines y en los términos establecidos en este Contrato.”

De esta manera, los ingresos que recibiría el Concesionario por virtud del Contrato serían los peajes, la contribución por valorización y los pagos estatales que, según el mismo Contrato, son los “recursos que a título oneroso el INVÍAS transfiere al CONCESIONARIO como parte de su remuneración para uso exclusivo en el Proyecto” y cuyos montos se establecieron en el negocio jurídico.

Por otra parte, el Contrato definió los Peaje(s) de la siguiente forma: “Son las tarifas que deberán pagar los vehículos de cada una de las categorías como contraprestación por el uso de la vía en cada una de las Casetas de Peaje, con arreglo a lo previsto en este Contrato, y que el INVÍAS cede al CONCESIONARIO; como remuneración de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 16 de este Contrato.”

Así mismo, en el Contrato se definió el esquema tarifario que se aplicaría en cada una de las casetas desde el día hábil siguiente a la cesión de los peajes al Concesionario y a tal efecto se previó las tarifas que se aplicarían.

Vale la pena señalar que el Contrato definió la Tarifa Contractual como “la tarifa de Peaje que corresponde a la aplicación del Esquema Tarifario y a sus indexaciones. de acuerdo con lo previsto en las Cláusulas 16.1 y 17 de este Contrato”. Añade la cláusula que “En el caso en que a la fecha de cierre de la Licitación existieran tarifas especiales en alguna (s) Caseta(s) de Peaje Existente(s), se entenderá para efectos de este Contrato, que dicha. tarifa especial corresponde a la Tarifa Contractual.”

Igualmente en el Contrato se contempló una compensación tarifaria para el caso en el cual se reduzca la tarifa vigente frente a la tarifa contractual por orden del Ministerio de Transporte o de la entidad competente. A tal efecto, se dispuso que “La reducción de la Tarifa Vigente respecto de la Tarifa Contractual por orden del Ministerio de Transporte o cualquier otra entidad que sea competente causará a favor del CONCESIONARIO la compensación a que se refiere la Cláusula 18 de este Contrato.”

En la cláusula 18 del Contrato se reguló la forma como se determinaría la compensación tarifaria y para ello se estipuló:

“18.1 De acuerdo con el artículo 30 de la ley 105/93, la metodología para la determinación de las tarifas de Peaje establecidas en el Esquema Tarifario y la Cláusula 17 anterior es de obligatorio cumplimiento para las Partes y por lo tanto, su variación requerirá del consentimiento tanto del INVÍAS como del CONCESIONARIO, sin perjuicio de que el CONCESIONARIO de un manejo comercial a dichas tarifas, reduciéndolas o aplicando incrementos menores a los autorizados, caso en el cual se aplicará lo establecido en la Cláusula 18.6 de este Contrato.

“18.2. En el evento en que, sin contar con el consentimiento del CONCESIONARIO, el Ministerio de Transporte, o la autoridad que sea competente, mediante acto administrativo, no permita el cobro del Peaje según lo previsto en este Contrato u obligue al CONCESIONARIO a rebajar las tarifas de Peaje o a aumentar dichas tarifas en un porcentaje menor al establecido en la Cláusula 17 de este Contrato, el INVÍAS deberá reconocer al CONCESIONARIO la diferencia tarifaria correspondiente mediante el Mecanismo Presupuestal del INVÍAS, diferencia que podrá ser fondeada a través del Mecanismo de Liquidez de que trata la Cláusula 20 de este Contrato.

“Para estos efectos, se procederá a realizar, entre el Auditor, el CONCESIONARIO y el INVÍAS, una liquidación en cada Período de Aforo de los ingresos, para calcular la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual, efectuando el ajuste correspondiente, multiplicada por el tráfico vehicular conforme a la siguiente fórmula para cada una de las categorías de vehículos:

$$D_p = \sum_{k=1}^n \sum_{j=1}^s \sum_{i=1}^5 [(Tc_{ijk} - Tmt_{ijk}) \times NVD_{ijk}]$$

“Donde :

Tc_{ijk} : Tarifa Contractual de Peaje de la categoría de vehículos ‘i’, en la Caseta de Peaje ‘j’, en el día ‘k’ a la que tiene derecho el CONCESIONARIO según el procedimiento previsto en la Cláusula 17 de indexación de tarifas

Tmt_{ijk} : Tarifa Vigente de Peaje de la categoría de vehículos ‘i’, en la Caseta de Peaje ‘j’ en el día ‘k’, según la resolución emitida por el Ministerio del Transporte u otra autoridad competente

NVD_{ijk} : Sumatoria de vehículos registrados en el día ‘k’ en que se presente la diferencia entre Tc y Tmt , de la categoría de vehículos ‘i’, en la Caseta de Peaje ‘j’ registrado.

n: número de Días Calendario en los cuales se presente la diferencia entre Tc y Tmt

i: Cada una de las categoría de vehículos de acuerdo con la descripción de las tablas de las tarifas establecidas en la Cláusula 16 de las tarifas de Peajes.

j: Cada una de las Casetas de Peaje del Proyecto.

k: Cada uno de los Días Calendario en (sic) se presente la diferencia entre Tc y Tmt .

Forma de Pago de D_p :

- D_p se le reconocerá al CONCESIONARIO a través del Mecanismo Presupuestal del INVÍAS, el cual será fondado a través del Mecanismo de Liquidez.

Los siguientes son los procedimientos para realizar la compensación

“18.3 Las compensaciones tarifarias de que trata esta Cláusula 18 se pagarán mediante el **Mecanismo Presupuestal del INVÍAS**. Para tal efecto, la obligación de compensación tarifaria a cargo del **INVÍAS**, que se evidenciará por medio de un acta que suscribirán para el caso las Partes, se fondará utilizando el **Mecanismo de Liquidez** establecido en la Cláusula 20 de este **Contrato**.

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

“18.4 Si transcurrido el término de dieciocho (18) meses a que se refiere la Cláusula 18.3 anterior, el **INVÍAS** no le ha pagado la diferencia al **CONCESIONARIO**, éste podrá además solicitar la terminación anticipada del **Contrato** según lo establecido en la Cláusula 10.5 del mismo, sin perjuicio del reconocimiento de los perjuicios a que tenga derecho el **CONCESIONARIO**, en concordancia con lo establecido en la Cláusula 12.4 de este **Contrato**.

“18.5 En caso de que se generen las diferencias tarifarias establecidas en este Cláusula 18, el **CONCESIONARIO** de todas maneras tendrá derecho a indexar los **Peajes** en el momento indicado en la Cláusula 17 de este **Contrato**, de acuerdo con los procedimientos señalados en la misma, siempre y cuando la Tarifa Contractual sea mayor que la Tarifa Vigente.

“18.6. Sin perjuicio de lo anterior, las Partes podrán acordar o el **CONCESIONARIO** podrá unilateralmente cobrar, en cualquier caso, tarifas de **Peaje** inferiores especiales o preferenciales a las tarifas del **Esquema Tarifario**. En todo caso, para efectos de calcular el **Valor a Reconocer por Ingreso** y el **Ingreso Real**, se entenderá como si se estuviera utilizando la **Tarifa Contractual**.”

De esta manera, como contraprestación por el cumplimiento de sus obligaciones, el Concesionario tiene derecho a recibir una remuneración que incluye, entre otros conceptos, la cesión de los derechos sobre el recaudo del peaje, de conformidad con las tarifas previstas en el Contrato. Ahora bien, como un mecanismo para preservar el equilibrio del contrato, el mismo estableció en la cláusula 18.1 que cuando el Ministerio de Transporte o la autoridad competente por acto administrativo no permita el cobro del peaje previsto u obligue a rebajar o aumentar tarifas en un porcentaje menor al establecido en el Contrato, la Entidad Concedente debe reconocer la diferencia. Para tal efecto, el contrato prevé que el Auditor, el Concesionario y la Entidad Concedente realicen una liquidación para cada periodo de aforo con la fórmula que establece el Contrato. La misma cláusula dispone que la Entidad Concedente para pagar la diferencia tendría un término máximo de 18 meses contados a partir de la fecha en que otorgue su aceptación a la cesión de los derechos de cobro que hará el Concesionario a la entidad financiera, aceptación que debía ser otorgada o rechazada dentro de los 15 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud por el Concesionario. Establece la cláusula que dentro de los 18 meses siguientes a la aceptación se causarán intereses remuneratorios del DTF más cinco punto porcentuales. Agrega la cláusula que vencido este plazo se causarán intereses moratorios al interés bancario corriente más una mitad.

Teniendo en cuenta el marco contractual expuesto, el Tribunal considera necesario analizar los siguientes temas: si por decisión de autoridad competente o por exigencia de la entidad estatal se cobraron tarifas distintas a las previstas en el Contrato que den lugar a una compensación tarifaria; los reconocimientos de la compensación realizados por los contratantes; la situación de las actas no firmadas por la Entidad Concedente y el Concesionario, y los intereses aplicables.

2.4.3. Existencia de situaciones de cobro de tarifas distintas a las contractuales

Como se verá a continuación, está acreditado en el expediente lo siguiente: que en el Peaje El Roble se había establecido con anterioridad al cierre de la licitación que daría lugar a la celebración del Contrato de Concesión tarifas diferenciales; que la Ley 787 de 2002 estableció una exenciones en materia de peajes; que el Ministerio de Transporte estableció con posterioridad a la celebración del Contrato tarifas diferenciales; y, finalmente, que el Ministerio aplazó el ajuste de los peajes.

2.4.4. Tarifa diferencial en el peaje El Roble

En primer lugar, por lo que se refiere a las tarifas diferenciales que se habían establecido con anterioridad al cierre de la licitación en el peaje El Roble, obra en el expediente el dictamen rendido por el perito Julio Villarreal Navarro, quien al ser preguntado “*si en el corredor vial existían tarifas diferenciales, en los peajes incluidos en la Concesión BTS antes de celebrarse el Contrato de Concesión*” expresó que en la Resolución 010453 del 3 de diciembre de 2001, proferida por el Ministerio de Transporte, “*se establece el cobro de una tarifa especial para ciertos vehículos particulares y públicos en el peaje el Roble, ubicado en el sector de Briceño Chocontá. De esta manera, se resuelve en dicho documento que se otorgará la categoría especial para aquellos vehículos particulares y de servicio público de primera categoría cuyos propietarios residan en los municipios de Sesquilé, Guatavita, Gachancipá, Chocontá y Suesca. Bajo este beneficio, los usuarios deben cancelar el 50% de la tarifa vigente para la categoría I cada vez que pasen por la caseta del Roble.*”

Así mismo, se refirió a la “*resolución 011978 del 19 de diciembre de 2001, en donde el Ministerio de Transporte define las tarifas que se cobrarían en los peajes del proyecto vial denominado Briceño Tunja Sogamoso. Se define, teniendo en cuenta lo expuesto en la resolución 010453, que los cobros en las casetas pertenecientes a estos trayectos serían las siguientes:*

| Estación | Categoría 1 | Categoría II | Categoría III | Categoría IV | Categoría V | Categoría 1 Especial |
|------------|-------------|--------------|---------------|--------------|-------------|----------------------|
| El Roble | \$ 3,700 | \$4,100 | \$ 10,700 | \$ 13,300 | \$ 15,300 | \$ 1,850 |
| Albarracín | \$ 3,700 | \$4,100 | \$ 10,700 | \$ 13,300 | \$ 15,300 | No aplica |
| Tuta | \$ 3,700 | \$4,100 | \$ 10,700 | \$ 13,300 | \$ 15,300 | No aplica |

Por lo anterior, el perito concluye que *“existía una tarifa diferencial para el peaje del Roble precedente a lo definido dentro del contrato de concesión.”*

Para determinar si el efecto de esta tarifa debe o no tenerse en cuenta para la compensación tarifaria, el Tribunal advierte que en la cláusula 1ª del Contrato se estipuló cuáles eran las tarifas contractuales y así mismo se dispuso que *“En el caso en que a la fecha de cierre de la Licitación existieran tarifas especiales en alguna(s) Caseta(s) de Peaje Existente(s), se entenderá para efectos de este Contrato, que dicha tarifa especial corresponde a la Tarifa Contractual”*.

Ahora bien, a folio 351 del Cuaderno de Pruebas No 4 obra copia de las Resolución No 10453 del 3 de diciembre de 2001 del Ministerio de Transporte por la cual se restablece el cobro de la tasa de peaje en la estación de peaje denominada El Roble, sentido Bogotá -Tunja y se establece una tarifa especial.

A folio 355 del Cuaderno de Pruebas No 4 obra copia de la Resolución No 011978 del 19 de diciembre de 2001 del Ministerio de Transporte, la cual, en su artículo 4º señala que de acuerdo con lo estipulado en la Resolución No 10453 de 2001 se cobrará una tarifa especial del 50% de la tarifa vigente para la categoría I en la Estación de Peaje EL ROBLE en el sentido Bogotá-Tunja para los vehículos particulares y de servicio público de los municipios de Sesquilé, Guatavita, Tocancipá, Chocontá y Suesca.

De otra parte, en los considerandos del Contrato de Concesión se indica que la licitación que dio lugar al Contrato de Concesión fue abierta por Resolución No 007493 del 21 de diciembre de 2001.

Así las cosas es claro que la categoría especial en el peaje El Roble se adoptó con anterioridad a la apertura de la licitación y a su cierre.

En esta medida la tarifa indicada por la Resolución mencionada para la categoría especial de la estación El Roble corresponde a la tarifa contractual, de conformidad con la cláusula 1ª del Contrato, parcialmente transcrita, razón por la cual no procede reconocimiento de compensación por la misma.

Ahora bien, según resulta del Memorando No 003145 del 13 de octubre de 2006, enviado al Supervisor del Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso por el asesor financiero y la asesora administrativa del proyecto, las Partes convinieron excluir de la compensación la liquidación de la categoría IIE, porque dicha categoría no fue establecida por acto administrativo y no corresponde a una determinación del INCO.²⁰⁸ Lo anterior quedó reflejado en el Acta de Determinación de la Compensación Tarifaria Aplicable para los primeros siete períodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, en la cual se expresa:

“6. Se deja constancia, de manera expresa y para los siete periodos de aforo objeto de esta acta, que las partes aceptan que no existe obligación de parte del INCO de reconocer al Concesionario la compensación tarifaria relacionada con los siguientes conceptos.

“• La tarifa especial cobrada a los vehículos de la categoría II Especial en el peaje El Roble.

²⁰⁸ Folios 159 y 160 del archivo denominado *“acta de compensación 23 09 2002 a 22 03 2006”* que obra en el CD a folio 377 Cuaderno de Pruebas N° 4.

“Por lo tanto el Concesionario, renuncia a cualquier tipo de reclamación por este concepto.”

De este modo las Partes aceptaron que para los siete periodos de aforo a los que se refiere dicha acta, no existe obligación del INCO de reconocer la compensación tarifaria por la tarifa especial cobrada a los vehículos de la categoría II Especial en el peaje El Roble. A lo anterior se agrega que el Concesionario renunció a cualquier tipo de reclamación por este concepto.

Adicionalmente, según lo expresó el perito Julio Villarreal, en las actas de compensación suscritas por las Partes no se incluyó lo relativo a la tarifa especial cobrada a los vehículos de la categoría I Especial en el peaje El Roble. En efecto, en su respuesta a las aclaraciones al dictamen pericial solicitadas por el Concesionario, el perito expresó:

“Para dar respuesta a esta pregunta, el perito se refiere al esquema tarifario de los peajes ubicados en el trayecto Briceño - Tunja - Sogamoso, que se encuentra en la tabla 1 del documento de respuesta al cuestionario formulado por la ANI. Como se puede observar, según lo dispuesto en la resolución 0011978 del 19 de diciembre de 2001, antes de que se celebrara el contrato de concesión No. 0377 de 2002 tan solo existía una tarifa diferencial en el peaje ‘El Roble’ para vehículos de categoría 1. De igual forma, el perito identificó que, aunque esta tarifa se mantuviera a lo largo de los años en dicho peaje, esta efectivamente no es incluida en la base de cálculo de la compensación tarifaria. Esto quiere decir, entonces, que los cálculos para esta compensación son elaborados teniendo en cuenta todas las tarifas que surgieron después de celebrar el contrato”.(se subraya)

De todo lo anterior se desprende que la tarifa diferencial para la Categoría I en el peaje El Roble, existía antes del cierre de la licitación que dio lugar al Contrato de Concesión y ella no puede dar lugar a compensación tarifaria, y no ha sido incluida en las actas de compensación. Así mismo la tarifa diferencial para la Categoría II fue excluida expresamente por las Partes, porque la misma no fue establecida por acto administrativo, ni por el INCO.

2.4.5. Las exenciones de la Ley 787 de 2002

La Ley 787 de 2002, que entró en vigencia el 27 de diciembre de 2002, modificó el artículo 21 de la Ley 105 del 30 de diciembre de 1993, el cual regulaba los peajes para el uso de la infraestructura nacional de transporte y estableció que deberían cobrarse a todos los usuarios “*con excepción de las motocicletas y bicicletas, máquinas extintoras de incendios de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, Cuerpo de Bomberos Oficiales, ambulancias pertenecientes a la Cruz Roja, Defensa Civil, Hospitales Oficiales, vehículos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vehículos oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, vehículos oficiales del (DAS) Departamento Administrativo de Seguridad y de las demás instituciones que prestan funciones de Policía Judicial*”. La ley 105 de 1993 sólo exoneraba de los peajes las motocicletas y bicicletas.

Por consiguiente, es claro que la Ley 787 de 2002 determinó que a los vehículos que en ella se indican no se les aplicara la tarifa contractual, por lo que dicha circunstancia da lugar, de conformidad con el Contrato, a la compensación tarifaria.

2.4.6. Las tarifas diferenciales en el peaje Tuta

Por otra parte, por Resolución número 000241 de 2010 del Ministerio de Transporte se estableció “*la categoría uno (I) Especial para los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros en la estación de peaje denominada como ‘Tuta’ en el proyecto Briceño Tunja Sogamoso*”, la cual equivalía al 35% de la tarifa plena más el aporte al fondo de seguridad vial.²⁰⁹

²⁰⁹ El texto de la Resolución está disponible en la página del Ministerio de Transporte en <https://www.mintransporte.gov.co/documentos/259/2010/genPagDocs=28>

Así mismo, por Resolución N°002638 del 24 de junio de 2010, proferida por el Ministerio de Transporte,²¹⁰ se estableció en el peaje denominado “Tuta” la categoría Uno (I) Especial y categoría dos (II) Especial para algunos vehículos de servicio particular y vehículos oficiales allí enunciados, para los cuales se determinó una tarifa vigente de peaje inferior a la tarifa contractual.

La aplicación de dichas tarifas especiales aparece acreditada en el dictamen pericial del perito Julio Villarreal quien señala que se *“encontró que las tarifas establecidas en 2002 se mantienen iguales hasta el 2010, puesto que en 2011 los peajes ‘Albarracín’ y ‘Tuta’ empezaron a cobrar una tarifa especial para los vehículos de categoría I”* (página 5 de las preguntas de la ANI). Añade que *“Años más tarde, en el 2014, se puede observar en los reportes de tráfico por categoría de la ANI y en las actas de liquidación, que para el peaje Tuta se establecen tarifas especiales para vehículos de categoría II y III, adicional a las que se tenían anteriormente.”*

Ahora bien, en las consideraciones de la Resolución número 000241 del 2 de febrero de 2010 del Ministerio de Transporte, se hace referencia al traslado del peaje Tuta y a varias reuniones realizadas sobre *“la posible problemática social especialmente para el sector del transporte público que presta el servicio en la ruta Tunja- Tuta”* por dicho traslado. En particular se hace referencia a las reuniones realizadas el *“3 de octubre y martes 13 de octubre de 2009, con la participación de funcionarios de este Instituto y el Señor Ministro, además, los Alcaldes de Tuta y Sotaquirá, algunos miembros de los Concejos Municipales y los Señores Personeros Municipales de esos Municipios”*, así como mesas de trabajo, y los oficios remitidos por las Administraciones Municipales y los representantes de empresas de transporte público. Se expresó entonces en los considerandos que *“el Ministerio de Transporte, con fundamento en los argumentos esgrimidos en las reuniones sostenidas y atendiendo al impacto socioeconómico que el peaje ocasiona, especialmente a los usuarios del servicio público de transporte, encuentra razonable otorgar un beneficio en la tarifa especial a los vehículos de servicio público de los Municipios de Tuta, Sotaquirá y Combita, categoría uno (I) en peaje ubicado en el trayecto Tunja-Tuta, denominado peaje de “Tuta”, solamente a los vehículos mencionados que cubran la ruta Tunja-Tuta y viceversa, debidamente autorizados”*. Así mismo se expresó que *“en aras de no afectar el equilibrio económico del contrato de concesión 0377 de 2001, el Ministerio de Transporte considera necesario limitar el monto máximo de beneficiarios del servicio público de la tarifa especial del peaje en cuestión, a un máximo de 56 usuarios que cumplan con los requisitos contemplados en el presente acto administrativo.”* La tarifa fijada fue del 35% de la tarifa plena, más el aporte al Fondo de Seguridad Vial.

Igualmente, en la Resolución 002638 de 2010, se hizo referencia a que con posterioridad a la Resolución No 00241 de febrero 2 de 2010, por solicitud de los Alcaldes de Tuta, Sotaquirá y Combita, *“se han adelantado varias reuniones en las que se reitera la solicitud respetuosa de otorgar un nuevo beneficio de tarifa especial a otro sector importante de la población residente en esos municipios que por sus condiciones económicas y sus funciones sociales insisten en que el gobierno analice la posibilidad de otorgar una tarifa especial”*, a los vehículos oficiales pertenecientes a dichas Alcaldías y que prestan un servicio público; al vehículo del personero de cada municipio que debe desplazarse permanentemente para cumplir su función de Ministerio Público; al grupo de docentes que laboran en dichos municipios y se deben trasladar diariamente a cumplir su labor educativa; a un grupo de habitantes de dichos municipios que por sus condiciones socio-económicas especiales considerando su actividad agrícola deben transitar permanentemente entre estos Municipios y la ciudad de Tunja, y a un grupo de funcionarios del INPEC que debe desplazarse permanentemente para cumplir su función en los centros penitenciarios del Barne y de máxima seguridad de Cómbita. Por lo anterior, el Ministerio de Transporte decidió establecer una tarifa especial.

De esta manera, está acreditado que el Ministerio de Transporte para atender las necesidades de la comunidad estableció tarifas especiales inferiores a la tarifa contractual, por lo que procede la compensación reclamada.

²¹⁰ El texto de la Resolución está disponible en la página del Ministerio de Transporte en <https://www.mintransporte.gov.co/documentos/259/2010/genPagDocs=16>

2.4.7. Aplazamiento del incremento de la tarifa

A lo anterior debe agregarse que, igualmente, está acreditado que por solicitud de las autoridades, el ajuste de peaje que debería ser aplicado el 15 de enero de 2006 fue postergado. En efecto, según se expone en el memorando remitido el 3 de octubre de 2006, por el Coordinador de la Asesoría Legal Grupo Carretero al Asesor Gerencia-coordinador de Grupo Carretero del INCO,²¹¹ el Ministro de Transporte de la época “*expresó públicamente la necesidad de incrementar la tarifa de las distintas estaciones de peaje de la vías concesionadas del territorio nacional hasta el día dieciséis (16) de Enero de 2006, con el objetivo de colaborarle a los usuarios de la vía para poder tener un retorno de vacaciones menos oneroso.*” Agregó que “*El Instituto Nacional de Concesiones - INCO - mediante Circulares No 0001 del 3 de Enero de 2006 y 0003 del 12 de Enero de 2006 de la Subgerencia de Gestión Contractual, solicitó la colaboración de los concesionarios viales en el sentido de aplicar el incremento de las tarifas de las estaciones de peaje a partir del día diecisiete (17) de Enero de 2006*” y que “*El Consorcio Solarte - Solarte mediante oficio No. 0009 - 35 del 6 de Enero de 2006, comunicó al INCO que las tarifas de las estaciones de peaje del proyecto Briceño - Tunja - Sogamoso, de acuerdo con el contrato de Concesión, debería incrementar su valor el 15 de Enero, pero que en el caso de dar cumplimiento a las instrucciones de señor Ministro de Transporte, se generaría una compensación a favor de la Concesión, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión*”. Finalmente el INCO “*le comunicó al Concesionario que lo manifestado en el oficio No. 0009 - 35 del 6 de Enero de 2006, se ajusta a lo dispuesto en el Contrato de Concesión.*”

Por todo lo anterior, está acreditado que existieron diversos actos de las entidades estatales que dieron lugar a que se cobrara una tarifa menor a la que correspondía de conformidad con el contrato de concesión.

2.5. Los actos de reconocimiento de la compensación tarifaria por las Partes

Está acreditado en el expediente que las Partes suscribieron diversas actas de compensación tarifaria.

Así, obra el Acta de Determinación de la Compensación Tarifaria Aplicable para los primeros siete períodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, la cual está suscrita por el Sugerente de Gestión Contractual del INCO -que actúa en nombre y representación del Instituto Nacional de Concesiones INCO-, el representante del Consorcio Autovía Briceño - Tunja - Sogamoso, quien hace las veces de Interventoría del proyecto, y el Concesionario.²¹²

En dicha Acta se expresa:

“3. Se deja constancia que durante los siete Periodos de Aforo comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, se mantuvieron por parte de la entidad contratante, sin contar con el consentimiento del Concesionario, Tarifas Vigentes de Peaje inferiores a las Tarifas Contractuales, debido a.

- La exoneración tarifaria a que obliga la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002.
- La orden de aplazar el incremento del esquema tarifario del 15 de enero de 2006 al 17 de enero de 2006, impartida por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES según consta en las circulares del INCO No SGC-001 y No SGC-003 del 3 de enero de 2006 y el 12 de enero de 2006, en la carta del INCO No SGC-0228 del 13 de enero de 2006 y en la carta del CONCESIONARIO No 0057-35 del 13 de enero de 2006.

²¹¹ Folios 62 y 63 del archivo electrónico denominado “*acta de compensación 23 09 2002 a 22 03 2006*” que obra en el CD remitido con oficio del 23 de marzo de 2018 que reposa a folio 377, Cuaderno de Pruebas No. 4

²¹² Folio 168 y siguientes del archivo electrónico denominado “*acta de compensación 23 09 2002 a 22 03 2006*” que obra en el CD remitido con oficio del 23 de marzo de 2018 que reposa a folio 377, Cuaderno de Pruebas No. 4

“4. Se deja constancia que la disminución en los recaudos de peaje asociada a los conceptos señalados en el numeral anterior, debe ser objeto de compensación a favor del Concesionario, de conformidad con lo previsto en la cláusula 18 del contrato de concesión.”

Vale la pena señalar que en dicha Acta igualmente se indica lo siguiente:

“5. Se deja constancia que, el Concesionario presentó de manera oportuna las liquidaciones del Dp de que trata la cláusula 18.2 del contrato de concesión No.0377 del 15 de julio de 2002 para cada uno de los siete Periodos de Aforo comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, y hasta la fecha no había sido posible suscribir las actas donde constaran las liquidaciones definitivas determinando la compensación adeudada, en razón a que se han suscitado controversias entre las partes referentes a: i) los conceptos asociados con la compensación y ii) la tasa de interés aplicada para su cálculo.”

Igualmente se expresa:

“7. Teniendo en cuenta que sólo hasta la fecha, a través de esta acta, se resuelven las controversias asociadas a los conceptos que dan origen a la compensación tarifaria, las partes acuerdan, única y exclusivamente para este caso, aplicar al capital adeudado por concepto de compensación tarifaria, una tasa de interés remuneratorio equivalente a la tasa del portafolio del Fideicomiso.

“... ”

“9. Con las premisas anteriores, se ha realizado entre las partes la liquidación de los ingresos para los siete (7) primeros Periodos de Aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, calculando la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual, la cual asciende a OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$888.387.454.00)”.

El Tribunal considera pertinente destacar que en esta Acta de Compensación sólo se reconocen las consecuencias de la Ley 787 de 2002 y la solicitud de aplazar el incremento tarifario entre el 15 y el 17 de enero de 2006. No se reconoce compensación por las tarifas especiales del peaje El Roble. Es más, expresamente se establece que no existe obligación del INCO de reconocer la compensación tarifaria por la tarifa especial cobrada a los vehículos de la categoría II Especial en el peaje El Roble. A lo anterior se agrega que el Concesionario renunció a cualquier tipo de reclamación por este concepto.

Lo anterior implica que no es procedente reconocer la excepción “*La Tarifa Especial de Peaje El Roble se Estableció con Anterioridad a la Celebración del Contrato*”, pues no se solicita compensación por dicho concepto.

A su vez, ha de observarse que las Partes acordaron única y exclusivamente para este caso, aplicar al capital adeudado por concepto de compensación tarifaria, una tasa de interés remuneratorio equivalente a la tasa del portafolio del Fideicomiso.

Por consiguiente, el Tribunal reconocerá el valor incluido en la citada Acta que es de \$ 888.387.454

Igualmente, obran en el expediente las siguientes actas firmadas por las Partes y el Interventor del contrato:

1. “*Acta liquidación de los ingresos y de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006*”, del 6 de marzo de 2007,²¹³ en la cual se indicó:

²¹³ Folios 15, 16 y 17 del Cuaderno de Pruebas No 4

"2. Se deja constancia que durante el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006 se mantuvieron por parte de la entidad contratante, sin contar con el consentimiento del Concesionario, Tarifas Vigentes de Peaje inferiores a las Tarifas Contractuales. Este es el caso de la exoneración tarifaria aplicada en virtud de lo dispuesto en la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002."

Así mismo, en el numeral 3° de dicha acta se expresa:

"Se deja constancia que a partir del 16 de enero de 2004 el Concesionario recibió de parte del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES las estaciones de peaje, haciéndose cargo a partir de dicha fecha de su operación y recaudo, manteniendo la exoneración tarifaria aplicada en virtud de lo dispuesto en la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002. Esta exoneración tarifaria debe ser objeto de compensación a favor del Concesionario."

En el numeral 4° se indica que:

"Según lo establecido en la Cláusula 18.2 del Contrato de Concesión No.0377 del 15 de julio de 2002, se realiza entre las partes la liquidación de los ingresos para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de 2006, calculando la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual, la cual asciende a CIENTO CINCUENTA Y CINCUENTA Y TRES MIL PESOS MIL PESOS M/CTE (\$154.753.000,00)."

De igual forma, en el Acta se expresó:

"5. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 18.3, la compensación tarifaria identificada en el numeral 4 y que asciende a \$154.753.000.00 se pagará mediante el Mecanismo Presupuestal del INVIAS (ahora INCO). A través de esta acta se evidencia la obligación de compensación tarifaria a cargo del INVIAS (ahora INCO). A partir de la fecha de suscripción de esta Acta, el INVIAS (ahora INCO) tendrá un término máximo de dieciocho (18) meses para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTF más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado. Vencido este plazo sin que el INVIAS (ahora el INCO) haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 de este Contrato."²¹⁴

2. "Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007" del 14 de marzo de 2008.²¹⁵

En dicha acta se expresa:

"2. Se deja constancia que en virtud de lo dispuesto en la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002 se deben mantener las tarifas vigentes de peajes inferiores a las tarifas contractuales. Esto sucedió durante el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007".

Así mismo, en el numeral 3° de dicha acta se expresa:

"Se deja constancia que a partir del 16 de enero de 2004 el Concesionario recibió de parte del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES las estaciones de peaje, haciéndose cargo a partir de dicha fecha de su operación y recaudo, manteniendo la exoneración tarifaria aplicada en virtud de lo dispuesto en la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002. Esta exoneración tarifaria debe ser objeto de compensación a favor del Concesionario."

En el numeral 4° se dispone que:

"Según lo establecido en la Cláusula 18.2 del Contrato de Concesión No.0377 del 15 de julio de 2002, se realiza entre las partes la liquidación de los ingresos para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007 calculando la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual, la cual asciende a CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES

²¹⁴ Folio 15 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 4

²¹⁵ Folios 22, 23 y 24 del Cuaderno de Pruebas No 4

SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$162.744.500.00).”

De igual forma, en el Acta se expresó:

“5. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 18.3, la compensación tarifaria identificada en el numeral 4 y que asciende a \$162.744.500.00 se pagará mediante el Mecanismo Presupuestal del INVIAS (ahora INCO). A través de esta acta se evidencia la obligación de compensación tarifaria a cargo del INVIAS (ahora INCO). A partir de la fecha de suscripción de esta Acta, el INVIAS (ahora INCO) tendrá un término máximo de dieciocho (18) meses para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTF más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado. Vencido este plazo sin que el INVIAS (ahora el INCO) haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 de este Contrato.”

3. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007” del 14 de mayo de 2008,²¹⁶ cuyo contenido es sustancialmente idéntico a la del período comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007, salvo en relación con el período de aforo y el valor de la compensación, que en este caso es de \$159.285.200.00.

4. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008” del 2 de septiembre de 2008,²¹⁷ cuyo contenido es sustancialmente igual a la del período comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación adeudada, que en este caso es de \$160.855.800,00.

5. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008” del 30 de junio de 2009,²¹⁸ cuyo contenido es sustancialmente igual a la del período comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$178.032.000.00.

6. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009” del 15 de enero de 2010.²¹⁹ Si bien dicha acta aparece firmada por el INCO, la Interventoría y el Concesionario, la segunda página está en blanco en el ejemplar que figura en el Cuaderno de Pruebas No 4. Sin embargo, el Perito Julio Villarreal acompañó a su dictamen dicha acta, y en ella sí obra la página 2ª en la que se indica como valor \$219.981.800. Dicha Acta es sustancialmente igual a la del período comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$219.981.800.

7. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010” del 8 de junio de 2010,²²⁰ cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, excepto por el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$260.095.200,00 y además en la medida en que se agrega un numeral 4º del siguiente tenor:

“Se deja constancia que en virtud de lo dispuesto en la Resolución N°000241 del 2 de febrero de 2010 expedida por el Ministerio de Transporte, se estableció en el peaje denominado Tuta la categoría I Especial para los vehículos de servicio público allí enunciados, para los cuales se determinó una tarifa

²¹⁶ Folios 29, 30 y 31 del Cuaderno de Pruebas No 4

²¹⁷ Folios 36, 37 y 38 del Cuaderno de Pruebas No 4

²¹⁸ Folios 43, 44 y 45 del Cuaderno de Pruebas No 4

²¹⁹ Folios 57, 58 y 59 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁰ Folios 64, 65 y 66 del Cuaderno de Pruebas No 4

vigente de peaje Inferior a la tarifa contractual, generando una diferencia que debe ser objeto de compensación a favor del Concesionario.”

8. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010” del 13 de diciembre de 2010,²²¹ cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$396.912.500,00.

9. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011” del 10 de junio de 2011,²²² cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo, el monto de la compensación que en este caso es de \$452.912.500,00, y que se agrega un párrafo quinto con el siguiente contenido:

“Se deja constancia que en virtud de lo dispuesto en la Resolución N°002638 del 24 de junio de 2010 expedida por el Ministerio de Transporte, se estableció en el peaje denominado ‘Tuta’ la categoría Uno (I) Especial y categoría dos (II) Especial para algunos vehículos de servicio de servicio particular y vehículos oficiales allí enunciados, para los cuales se determinó una tarifa vigente de peaje Inferior a la tarifa contractual, generando una diferencia que debe ser objeto de compensación a favor del Concesionario.”

10. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011” del 16 de diciembre de 2011,²²³ cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$472.658.000,00.

11. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012”²²⁴ del 19 de julio de 2012, cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo, el monto de la compensación que en este caso es de \$453.823.800,00, y que se agrega un numeral 2° en el cual se precisa que el Decreto 4165 de 2011 cambió la naturaleza del INCO por la de una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial que se denominará ANI.

12. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012”²²⁵ del 4 de octubre de 2012 cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$484.105.600,00.

13. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013” (folios 108, 109, 110 y 111 del Cuaderno de Pruebas No 4) del 13 de agosto de 2013, cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$489.621.800,00.

14. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013”²²⁶ del 10 de enero de 2014, cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$499.907.100,00.

²²¹ Folios 71, 72 y 73 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²² Folios 78, 79 y 80 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²³ Folios 85, 86 y 87 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁴ Folios 92, 93, 94 y 95 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁵ Folios 100, 101, 102 y 103 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁶ Folios 116, 117, 118 y 119 del Cuaderno de Pruebas No 4

15. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014”²²⁷ del 12 de mayo de 2014, cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$516.619.000,00.

16. “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014”²²⁸ del 4 de noviembre de 2014 cuyo contenido es sustancialmente igual a la anterior, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que en este caso es de \$536.176.100,00.

En la medida en que dichas actas han sido suscritas por las Partes y el Interventor y las mismas no han sido tachadas de falsas a ellas se atenderá el Tribunal.

Ahora bien, obra también en el expediente otra acta de liquidación de ingresos y determinación de la compensación tarifaria que está firmada por las Partes, pero no por la Interventoría. Es el “Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009”²²⁹ del 24 de febrero de 2010, cuyo contenido es sustancialmente igual a la del período comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y 22 de septiembre de 2008, salvo en relación con el período de aforo y el monto de la compensación, que es de \$177.304.700,00.

En relación con dicha acta, el Tribunal debe entonces determinar la consecuencia de que la misma no haya sido firmada por el Interventor.

A este respecto se advierte, en primer lugar, que la firma del Interventor en estas actas surge del Contrato que así lo previó, es decir, su fuente es el acuerdo de voluntades de los contratantes. Por consiguiente, así como las Partes pueden exigir la firma del Interventor, ellas pueden acordar no requerir dicha firma, lo cual puede resultar de la firma de las dos sin participación del Interventor. Por otra parte, ha de observarse que al definir al Interventor, el Contrato señala que “Será la persona o entidad contratada por el INVÍAS para que, en nombre y representación de éste, cumpla las funciones previstas en la Cláusula 58 del Contrato...”. Por otra parte, la cláusula 58.1 del Contrato establece que la “vigilancia de la ejecución y cumplimiento del Contrato -a nivel técnico- será ejercida por el INVÍAS a través del Interventor”. Por consiguiente, desde el punto de vista contractual, el Interventor actúa a nombre de la Entidad Estatal Contratante, por lo que es claro que si esta actúa directamente, ello suplente la participación del Interventor. Por lo demás, si el Interventor ejerce la vigilancia en el cumplimiento del contrato desde el punto de vista técnico a nombre del INVÍAS, es razonable entender que cuando la entidad estatal debe firmar un documento cuyo contenido dependa de algo que el Interventor debe verificar, la entidad estatal solo suscribirá el documento una vez que el Interventor haya realizado la verificación o la propia entidad lo haya hecho. Por consiguiente, si no aparece la firma del Interventor, pero sí la de la Entidad Estatal, se puede entender que ello implica que las cifras están verificadas por el Interventor o, en su defecto, por la entidad estatal.

Por lo anterior, el Tribunal le reconocerá valor a la citada acta, a pesar de que no haya sido firmada por la Interventoría.

Por consiguiente, prospera la pretensión sexta de la Demanda y por ello se declarará que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, reconoce que adeuda por concepto de compensación tarifaria a CSS CONSTRUCTORES S.A. las cifras que constan en las siguientes actas:

²²⁷ Folios 124, 125, 126 y 127 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁸ Folios 132, 133, 134 y 135 del Cuaderno de Pruebas No 4

²²⁹ Folios 50, 51 y 52 del Cuaderno de Pruebas No 4

1. *“Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006”, del 19 de octubre de 2006, por un monto de \$888.387.454.00.*
2. *“Acta liquidación de los ingresos y de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006”, del 6 de marzo de 2007, por un monto de \$154.753.000,00.*
3. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007”, del 14 de marzo de 2008, por un monto de \$162.744.500.00.*
4. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007” del 14 de mayo de 2008, por un monto de \$159.285.200.00.*
5. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008” del 2 de septiembre de 2008, por un monto de \$160.855.800,00.*
6. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008” del 30 de junio de 2009, por un monto de \$178.032.000.00.*
7. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009” del 24 de febrero de 2010, por un monto de \$177.304.700,00.*
8. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009” del 15 de enero de 2010, por un monto de \$219.981.800.00.*
9. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010” del 8 de junio de 2010, por un monto de \$260.095.200,00.*
10. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010” del 13 de diciembre de 2010, por un monto de \$396.912.500,00.*
11. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011” del 10 de junio de 2011, por un monto de \$452.912.500,00.*
12. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011” del 16 de diciembre de 2011, por un monto de \$472.658.000,00.*
13. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012” del 19 de julio de 2012, por un monto de \$453.823.800,00.*
14. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012” del 4 de octubre de 2012, por un monto de \$484.105.600,00.*

15. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013” del 13 de agosto de 2013, por un monto de \$489.621.800,00.*
16. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013” del 10 de enero de 2014, por un monto de \$499.907.100,00.*
17. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014” del 12 de mayo de 2014, por un monto de \$516.619.000,00.*
18. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014” del 4 de noviembre de 2014, por un monto de \$536.176.100,00.*

Ahora bien, no está acreditado en el expediente que el valor correspondiente a dichas actas haya sido pagado, por lo que está acreditado que la Convocada incumplió la Cláusula 18.3 del Contrato de Concesión.

2.6. La situación de las actas no suscritas por la Entidad Concedente ni por el Interventor

El Tribunal encuentra que las siguientes actas, a las que se refiere la pretensión séptima de la Demanda, no se encuentran firmadas por la Concedente y el Interventor:

- *“Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2014 y el 22 de marzo de 2015”, por un monto de compensación para dicho periodo de \$530.205.400,00.²³⁰*
- *“Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2015 y el 22 de septiembre de 2015”, por un monto de compensación para dicho periodo de \$537.385.900,00.²³¹*
- *“Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2015 y el 22 de marzo de 2016”, por un monto de compensación para dicho periodo de \$567.004.800,00.²³²*

Por otra parte, no encuentra que se hayan aportado al proceso las siguientes actas a las que igualmente se refiere dicha pretensión:

- *“Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2016”, por un monto de compensación para dicho periodo de \$598.176.800,00.*
- *“Acta de Liquidación de los ingresos y Determinación de la Compensación Tarifaria aplicable para el Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2016 y el 22 de marzo de 2016”(sic), por un monto de compensación para dicho periodo de \$625.012.300,00.*

²³⁰ Folios 148 a 151 del Cuaderno de Pruebas No 4

²³¹ Folios 165 a 168 del Cuaderno de Pruebas No 4

²³² Folios 185 a 183 del Cuaderno de Pruebas No 4

Lo primero que debe observar el Tribunal es que la Demandada se opone a esta pretensión sosteniendo que el Concesionario no dio cumplimiento al procedimiento acordado, que contempla que tales actas deben estar firmadas por el Concesionario, la Entidad Concedente y el Interventor.

Al respecto, el Tribunal advierte que en el expediente reposan dichas actas con el respectivo oficio remisorio, por el cual el Concesionario las envía a la entidad estatal para su firma. Ahora bien, si la entidad estatal recibió dichas actas, debió proceder a adelantar la actuación correspondiente para revisar su contenido, solicitando para ello la colaboración del Interventor y, cumplida dicha actuación, si lo incluido en el acta era correcto, debió firmar las mismas con el Interventor o, en caso contrario, formular los reparos a que hubiere lugar al Concesionario.

A este respecto, el Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben ejecutarse de buena fe. Lo anterior implica que los mismos no obligan solamente a lo expresamente pactado, sino a todo lo que corresponde a su naturaleza de acuerdo con la ley, la costumbre y la equidad.

Sobre este aspecto precisaba Emilio Betti que la buena fe “*es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte*” y, en particular, como función de integración “*la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario – se haya dicho o no- para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma.*”²³³

En este mismo sentido, Massimo Bianca²³⁴ señala que en “*la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales y del deber extracontractual de neminem laeder.*” Agrega Massimo Bianca que “*Aun si el contrato no lo prevé, la parte está obligada, según la buena fe, a cumplir los actos jurídicos o materiales que se hacen necesarios para salvaguardar la utilidad de la contraparte, siempre que se trate de actos que no comporten un sacrificio apreciable.*”²³⁵

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha dicho,²³⁶ reiterando jurisprudencia anterior,²³⁷ que la buena fe “*presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’ (238).*” Agrega la Corte que “*concurren, así mismo, provenientes del principio señalado en precedencia, lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar ‘deberes secundarios de conducta’, es decir, algunas circunstancias provenientes de la naturaleza misma del negocio, amén del fin perseguido por los estipulantes. Entre ellos pueden citarse el de seguridad o protección, el de cooperación y, de no hacer más onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos. Todo ello, sin duda, estará determinado por las condiciones que rodeen cada pacto, así como la injerencia del mismo en la dinámica social, económica, jurídica, cultural, etc., de la comunidad.*”²³⁹

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que la buena fe en la ejecución del contrato “*consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin obviar que el interés del otro contratante*

²³³ Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, pp. 102-103, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

²³⁴ Bianca, Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Ed. Externado de Colombia. Bogotá, 2007, pp. 526-531.

²³⁵ El Contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 529.

²³⁶ Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Radicación N° 68001-31-03-001-1998-00181-02

²³⁷ CSJ, SC 16496 del 16 de noviembre de 2016, Rad. N° 1996-13623- 01.

²³⁸ E. Danz: “La interpretación de los negocios jurídicos”. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, p. 191. En sentido similar, Luigi Mosco: “Principi Sulla Interpretazione Dei Negozi Giuridici”. Nápoles, Dott, 1952, pp. 67 y ss.

²³⁹ CSJ, SC 16496 del 16 de noviembre de 2016, Rad. N° 1996-13623- 01.

*también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.*²⁴⁰

De acuerdo con lo anterior, si el Concesionario formula una solicitud a la entidad estatal y esta encuentra que la misma no procede o presenta defectos, debe contestarle al Concesionario haciendo las observaciones a que haya lugar. Existe allí un deber de cooperación e información para que el Concesionario pueda obtener aquello a lo que tiene derecho de conformidad con el contrato. Si la entidad no lo cumple no se ajusta al deber de obrar de buena fe.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que el Concesionario hizo lo que le correspondía en cuanto se refiere a la firma de las actas, pues quien no las firmó fue la administración y el Interventor. Es pertinente destacar que en el expediente no obra constancia de que con anterioridad a este proceso la administración o el Interventor hayan formulado reparos específicos sobre dichas actas. En el expediente sólo aparece el reparo que se expresa en la contestación a la demanda, cuando se indica que hay inconsistencias, pero sin que en el proceso se haya acreditado cuáles son.

Por consiguiente, el Tribunal concluye que no se puede afirmar que el Concesionario incumplió sus obligaciones; por lo mismo, no prospera la excepción que la Parte Convocada formuló bajo la denominación: *“Incumplimiento del Concesionario de lo Dispuesto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión No 0377 del 15 de Julio de 2002”*

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

Al respecto, el Tribunal encuentra que esta pretensión no está llamada prosperar puesto que no se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento para que el silencio pueda generar obligaciones. Lo anterior, tanto si se analiza el punto desde la perspectiva de la teoría general de los actos jurídicos, como si se examina desde la perspectiva específica de los contratos estatales.

En efecto, desde el punto de vista de la teoría general de los actos jurídicos, el silencio no constituye manifestación de voluntad a menos que así lo establezca la ley o lo hayan previsto los contratantes. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:²⁴¹

“Importa recordar que la conducta silente, en general, no tiene efectos en el campo del derecho, pero en algunos escenarios jurídicos puede tenerlos de diversa índole, según la naturaleza o especificidad de cada derecho o relación jurídica, acorde con las regulaciones normativas, que no contemplan un efecto unívoco para el mutismo de las personas, o cuando media pacto expreso de las partes.

“Unas veces supone aceptación o aprobación, verbi gratia, entre muchas normas en ese ámbito: a) el artículo 2151 del Código Civil, que constriñe a las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, declarar rápidamente si aceptan o no el cargo de una persona ausente, de suerte que «transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación» (inc. 1º); b) el 1270 del estatuto mercantil, sobre el deber de responder el mandante a cierto requerimiento del mandatario, porque de lo contrario, su silencio equivale a aprobación.

“... ”

²⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836, reiterada en sentencia del 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)

²⁴¹ Sentencia del 12 de febrero de 2018 Radicación No. 11001-31-03-031-2002-01133-01

“En materias procesales, también hay diversas formas de darle consecuencias al hecho de callar una parte, como por ejemplo: (i) la falta de contestación de la demanda, que salvo norma en contrario, constituye un indicio grave (art. 95 del CPC), o una confesión ficta (art. 97 CGP); (ii) la conducta del demandado cuando deja sin proponer la prescripción en la litiscontestación, omisión que conlleva su renuncia, si ya estuviere cumplida; (iii) la opción del cónyuge sobreviviente entre porción conyugal o gananciales, que en caso de «silencio se entenderá que optó por gananciales» (arts. 593 del CPC y 495 del CGP).

“7.4. Los efectos de la conducta silente también pueden ser fijados por las partes en un negocio jurídico, cual se adelantó, mientras no contraríen normas imperativas,

“...”

Por consiguiente, como lo ha señalado la jurisprudencia civil, el silencio en materia de contratos no implica una manifestación de voluntad, salvo cuando el ordenamiento lo establece o las Partes así lo han pactado.

A lo anterior se agrega que en materia de derecho público la ley consagra la figura del silencio administrativo, pero dicha figura sólo opera cuando la ley lo establece. Sobre esta figura ha dicho el Consejo de Estado:²⁴² “*El silencio administrativo es una ficción de la ley que le da el carácter de decisión a la omisión en la que incurre la administración frente al deber de expresar su voluntad, respecto de una cierta solicitud, en el término legalmente establecido. Así, ‘... la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo’ Esta ficción legal busca evitar que la administración escape del control jurisdiccional como consecuencia de su inactividad, de tal forma que, contra el acto ficto es posible interponer los recursos administrativos y judiciales. La doctrina distingue en general el silencio administrativo sustantivo, cuando este se refiere a peticiones y, el silencio administrativo procesal, relativo a la falta de resolución de los recursos interpuestos.*”

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 84 que “*Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.*”

Ahora bien, en materia de contratación estatal la ley establece la posibilidad de que exista un silencio administrativo positivo para lo cual el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece:

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley”.

Sobre esta norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado,²⁴³ señaló:

“54. Ahora bien, se observa que la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, hizo referencia a una modalidad de silencio administrativo positivo, pero no reguló el procedimiento para su configuración, razón por la cual resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 01 de 1984 –art. 2 de la Ley 1437 de 2011– de acuerdo con el cual ‘Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se registrarán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.’ En consecuencia, para la configuración del silencio administrativo positivo establecido en la ley de contratación, se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 42 del CCA. Sobre esta figura, en materia contractual, ha dicho la Sala:

‘(...) esta Corporación ha señalado que para que se configure el silencio administrativo positivo no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley, sin que la administración se

²⁴² Sección cuarta. Sentencia del 13 de octubre de 2016. Radicación número: 25000-23-37-000-2015-01353-01(22234)

²⁴³ Sentencia del 29 de marzo de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01723-01(36714)A. En sentido semejante Sentencia del 1 de julio de 2015 Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02854-01 (34.163)

pronuncie, sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que, además, es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando.

“En el mismo orden de ideas, se ha considerado que el silencio contemplado en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 habrá que interpretarse con efectos restrictivos, cuando se pretende definir etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar .

“Si bien el contratista está facultado para ejercer el derecho de petición y a beneficiarse del silencio de la administración, esto no significa que pueda exigir derechos que para su configuración requieren que se surtan procedimientos ineludibles y obligatorios, como viene a ser la liquidación definitiva del contrato, así la petición se haya protocolizado ante notario

“Tratándose de la configuración del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, además del mero transcurso del tiempo, sin que la administración se pronuncie, se requiere i) que la solicitud se presente durante la ejecución del contrato; ii) que el peticionario, con su solicitud, aporte las pruebas que den lugar a deducir la obligación que se reclama; iii) que no se pretenda entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) que la petición se refiera a un derecho del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público y v) que lo pedido tenga que ver con asuntos relacionados con la actividad del contratista y no del contratante.²⁴⁴ Y, lo anterior, toda vez que al silencio de la administración no se le puede atribuir la generación de obligaciones inexistentes.²⁴⁵

“Siendo así y dado que, sin perjuicio del otorgamiento de la escritura, la misma tampoco da lugar a estructurar las obligaciones a cargo de la administración que se reclaman ...”

Igualmente, el Consejo de Estado ha dicho:²⁴⁶

“En el Estatuto contractual se indica que ‘se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo’ en las solicitudes que se presenten en el curso de ejecución del contrato, si la Entidad Estatal no se pronuncia dentro del término legal (tres meses; num. 16 art. 25 Ley 80 de 1993).

“Esas pretensiones, deben contener implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; este derecho es anterior a la petición y requiere solamente la formalidad o declaración del contratante público.

“El silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; no se puede edificar sobre la nada.

“Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista, requieren de declaraciones del Contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo.

“Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo.”

Como se puede apreciar, en materia de contratación estatal procede el silencio administrativo positivo, el cual de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado debe sujetarse a las normas del procedimiento administrativo. En este sentido tanto el Código Contencioso Administrativo como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo han exigido

²⁴⁴ [17] “Auto de 12 de mayo de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 37446”.

²⁴⁵ [18] “Sentencia de 30 de enero de 2012, exp. 20458, con ponencia de quien elabora el presente fallo. Posición reiterada en sentencia de 13 de noviembre de 2014, exp. 31463, con igual ponencia”.

²⁴⁶ 7 de octubre de 1999 Referencia: Expediente N°16,165

que los documentos que dan lugar al silencio se protocolicen. A este respecto el artículo 85 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “*La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.*” Agrega la norma que “*La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así*”. Una norma sustancialmente igual contenía el Código Contencioso Administrativo.

A lo anterior debe agregarse que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado a la que se ha hecho referencia, el silencio no puede crear en cabeza del contratista derechos si los mismos no surgen de la ley o del contrato.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se encuentra que en la Cláusula 18.3 se estipuló:

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

Esta cláusula es ciertamente ambigua, porque establece un término de dieciocho meses “*a partir de la fecha en que el INVÍAS otorgue su aceptación a la cesión de los derechos de cobro correspondiente que hará el CONCESIONARIO con la respectiva entidad financiera.*” La Parte Convocante señala que dicha referencia se explica porque el contrato partía de la base de la existencia de financiadores, lo cual en el caso concreto no ocurrió, por lo que debe entenderse que el plazo de 18 meses se cuenta desde que la Entidad Concedente acepta el derecho a la compensación y, el término de quince días calendario para aceptar o rechazar, desde que se le solicita que reconozca dicho derecho.

Sobre este punto debe el Tribunal precisar el alcance de la cláusula dado que el mismo no es claro frente a la situación del Contrato. A este respecto debe recordarse que existen diversas formas de precisar el sentido de un precepto normativo y una de ellas es la interpretación auténtica que se presenta cuando quien interpreta la norma es el autor de la misma. Dicha interpretación puede operar en el caso de la ley, evento en el cual la interpretación la hace el legislador, o en el caso de un contrato, caso en el cual la hacen las Partes.

La interpretación auténtica en materia de contratos puede ser expresa, cuando las Partes la hacen a través de un documento en el cual precisan el sentido de su declaración de voluntad, o tácita, cuando resulta de su conducta. A esta forma de interpretación se refiere el artículo 1622 del Código Civil cuando señala que las cláusulas de un contrato pueden ser interpretadas “*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*”. Esta interpretación ha sido calificada por la doctrina como “*la reina de todas las interpretaciones*”,²⁴⁷ pues son las Partes las que mejor pueden precisar el sentido de su declaración de voluntad.

A este respecto, el Tribunal encuentra que en las diversas actas sobre compensaciones que firmaron las Partes se estipuló que “*A partir de la fecha de suscripción de esta Acta, el INVÍAS (ahora INCO) tendrá un término máximo de dieciocho (18) meses para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTF más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado.*” Como se

²⁴⁷ Luis Claro Solar quien cita a Giorgi, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo Duodécimo, p. 20

puede apreciar, en la mencionada estipulación contractual las Partes interpretaron que el plazo de pago de dieciocho (18) meses corría a partir de la firma del acta respectiva, la cual no hace referencia a una cesión de los derechos de cobro. Existe pues una interpretación auténtica del contrato.

La interpretación de las Partes es razonable si se tiene en cuenta que la cláusula que se analiza estableció un derecho sustancial a una compensación para el Concesionario, con el fin de preservar el equilibrio del contrato, el cual no está sujeto a que exista o no cesión de los derechos, por lo que debe entenderse aplicable también en los eventos en que no exista financiador, pues de otra manera en el presente caso no existiendo financiador la cláusula no produciría efectos. En este sentido debe recordarse que el artículo 1620 del Código Civil dispone que *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”*

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

Ahora bien, si el término de dieciocho (18) meses para pagar se cuenta a partir de la firma del acta que reconoce el monto a cargo del Concesionario, es claro que el plazo para que la Administración conteste si considera que el Concesionario tiene o no derecho debe contar desde la presentación de la solicitud de reconocimiento.

Aclarado lo anterior, Tribunal debe establecer cuál es la consecuencia de que la ANI no haya aceptado o rechazado las actas que el Concesionario remitió para su firma.

A este respecto, el Tribunal observa que la cláusula contractual no previó que el hecho de que la ANI guardara silencio equivaldría a aceptación. En la medida en que no se estipuló que como consecuencia del silencio se entendía otorgado el derecho no puede el Tribunal darle dicho alcance a la estipulación contractual. Adicionalmente, tampoco se ha invocado el silencio administrativo positivo previsto por la Ley 80 de 1993, el cual, para ser reconocido de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, implica la protocolización de los documentos que dan lugar al mismo.

Ahora bien, no pudiendo otorgársele el efecto de aceptación al silencio de la entidad estatal, es en todo caso necesario determinar cuándo surge el derecho a la compensación. Esto es, si resulta de que no se cobre la tarifa prevista en el Contrato o del hecho de que la entidad estatal acepte dicha compensación.

A este respecto se encuentra que el Contrato establece que cuando se presente el supuesto contemplado en la cláusula 18, esto es, cuando el Ministerio de Transporte, o la autoridad que sea competente, mediante acto administrativo, no permita el cobro del Peaje según lo previsto en el Contrato u obligue al CONCESIONARIO a rebajar las tarifas de Peaje o a aumentar dichas tarifas en un porcentaje menor al establecido en el contrato, *“el INVÍAS deberá reconocer al CONCESIONARIO la diferencia tarifaria correspondiente mediante el Mecanismo Presupuestal del INVÍAS”* (se subraya). Por consiguiente, la cláusula contractual establece un derecho para el Concesionario que surge de que no se cobre las tarifas estipuladas en el Contrato.

En esta medida, las reglas del Contrato que establecen que el Auditor (cuyas funciones serían cumplidas por el Interventor, según el acuerdo de las Partes en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005), el Concesionario y la Entidad Concedente deben realizar una liquidación de la compensación, lo que prevén es un procedimiento para el reconocimiento y pago, pero ello no significa que en ausencia del cumplimiento de dicho procedimiento desaparezca el derecho del Concesionario, sobre todo cuando el no cumplimiento del procedimiento no es imputable al Concesionario. En efecto, concluir que si la Entidad

Concedente y el Interventor no firman el acta el Concesionario carece de derecho, implicaría desconocer la regla del Contrato que impone a la Entidad Concedente reconocer el derecho.

Por lo anterior, en caso de no firma de la Concedente, el Concesionario bien puede acudir al juez del contrato, para que a la luz de lo que aparezca probado en el proceso le reconozca su derecho.

En este contexto debe entonces precisarse cuál es la consecuencia del plazo otorgado a la entidad para aceptar o rechazar la solicitud de compensación. A juicio del Tribunal lo que consagra la cláusula contractual 18.3 es una obligación de contestar por parte de la administración expresando su aceptación o rechazo. En tal caso, si no lo hace y el Concesionario tiene derecho a la compensación, debe concluirse que la Concedente ha incumplido una obligación y se ha colocado en mora, por lo que debe resarcir los perjuicios que cause al Concesionario dicho incumplimiento, lo que implica colocarlo en la misma situación en que se encontraría si la entidad estatal le hubiere contestado oportunamente. En este sentido considera el Tribunal que la Parte Convocada incumplió la cláusula 18.3 del Contrato.

Teniendo entonces establecido que el derecho del Concesionario existe en la medida en que se produzca el supuesto de hecho consistente en el menor pago del peaje frente a la tarifa contractual debe el Tribunal establecer si en el presente caso está acreditado el derecho del Concesionario. Lo primero que observa el Tribunal es que la ANI no ha negado que se presentaron situaciones que dieron lugar a que la tarifa que se cobrara fuera menor a la contractual. De hecho, la entidad reconoció tal circunstancia en las actas que sí firmó, y no se ha demostrado que tales circunstancias hayan cambiado. Por otra parte, lo que la entidad estatal manifestó en este proceso es que no se ha reconocido la compensación porque *“para la Interventoría del Contrato algunas Actas no prestan confiabilidad, comoquiera que el sistema presenta errores temporales que no reportan la confiabilidad exigida contractualmente”* (contestación al hecho 4.2.1.12 en la Contestación a la Demandada), es decir no se negó la causa del derecho y la existencia del mismo, sino su cuantificación.

Ahora bien, la Convocante ha hecho referencia para acreditar su derecho al dictamen pericial rendido por el experto Julio Villarreal. Desde esta perspectiva se aprecia que al perito se le solicitó por la Convocante:

“Literal d

“Calcule, actualizando su valor hasta la fecha en que emita su peritaje, la suma de la deuda causada a favor del Concesionario, relacionada con el pago de la compensación tarifaria, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“Para los valores de capital, correspondientes a la compensación tarifaria determinada para cada Periodo de Aforo, considerar aquellos determinados en las actas de compensación tarifaria, para el caso de los Periodos de Aforo en que éstas hayan sido suscritas, o determinados en las actas de compensación tarifaria propuesta por el Concesionario y remitidas vía correspondencia a la entidad, para el caso de los Periodos de Aforo en que las actas no hayan sido suscritas.

“Liquidar los intereses remuneratorios conforme lo previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión, aplicando una tasa equivalente al DTF + 5% sobre el monto adeudado, por un periodo de 18 meses, indicando para el caso de los Periodos de Aforo que cuentan con acta suscrita, desde la fecha de suscripción del acta, y para el caso de los Periodos de Aforo que no cuentan con actas suscritas, desde la fecha correspondiente a los quince (15) días calendario siguientes a la presentación de las cartas por parte del Concesionario donde se incluyen las actas de compensación tarifaria para su firma.

“ Liquidar los intereses moratorios causados, conforme lo previsto en la cláusula 49 del contrato de concesión, una vez vencido el plazo de 18 meses previamente referido, y hasta la fecha en que se emita su peritaje.” (se subraya)

Para tal efecto el perito manifestó lo siguiente

“Ahora bien, el perito tuvo en cuenta en su cálculo las actas de compensación tarifaria suscritas entre las partes, actas de compensación no suscritas teniendo en cuenta que la fecha correspondiente son 15 días siguientes a la fecha de presentación de las cartas presentadas a la entidad contratante por parte del Concesionario y finalmente, las actas de compensación tarifaria del Periodo de Aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 al 22 de marzo de 2006, con fecha de suscripción del 19 de octubre de 2006.” (se subraya)

Como se puede apreciar, al perito se le solicitó que hiciera sus cálculos con las actas no firmadas remitidas por el Concesionario a la entidad y así procedió el mismo, pero no hizo ninguna verificación sobre el contenido de dichas actas.

Dicha verificación, para que estuviera debidamente soportada, debía hacerse frente a los registros de los peajes que debe conservar el Concesionario. Ello implica que no está acreditado en el expediente cuáles son las cifras que corresponden por concepto de compensación tarifaria por el período que cubren las actas no firmadas.

Por lo anterior, el Tribunal deberá negar la pretensión séptima en la que se solicitó que “*se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, no niega y por el contrario acepta que adeuda por concepto de compensación tarifaria a CSS CONSTRUCTORES S.A. las cifras que constan...*” en las actas que se identifican en dicha pretensión.

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

2.7. Los intereses

En lo que se refiere a los intereses por razón de las compensaciones reconocidas debe el Tribunal determinar a partir de qué momento se causan y cuál es su valor.

Como ya se dijo, la cláusula 18.3 del Contrato, en la forma como las Partes la interpretaron, implica que a partir de la fecha de suscripción de cada Acta en que se reconoce el derecho a la compensación la Entidad Concedente tiene un término máximo de dieciocho (18) meses para pagarle al CONCESIONARIO la diferencia (Dp) entre la Tarifa Vigente de Peaje y la Tarifa Contractual. Durante este término de dieciocho (18) meses se causarán intereses remuneratorios equivalentes al DTF más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado. Vencido este plazo sin que la Entidad Concedente haya hecho los pagos, se causarán intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 49 del Contrato

En este sentido prospera la pretensión décima en la que la Demandante solicitó lo siguiente:

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

Ahora bien, la cláusula 49 del Contrato establece:

“CLÁUSULA 49. INTERESES DE MORA

“Salvo estipulación especial en contrario en otras cláusulas de este Contrato, para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre el INVIAS y el CONCESIONARIO, se aplicará la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, o quien en el futuro la sustituya y/o asuma dicha función, más la mitad de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor a la máxima permitida por la ley colombiana. Para este efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado.”

De esta manera, de conformidad con esta cláusula del contrato, vencido el término de 18 meses se causan intereses de mora, a la tasa de interés bancario corriente, más una mitad, para lo cual se tomará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado. En todo caso la tasa que se aplique no podrá ser superior a la permitida por la ley colombiana.

Ahora bien, el perito Julio Villarreal calculó los intereses correspondientes y señaló en su dictamen que al efecto *“implementó un esquema de interés compuesto para el cálculo solicitado. Es decir, se reconoció el hecho de que los intereses no percibidos en el tiempo generan más intereses”*.

Sobre este punto la Convocada solicitó una aclaración al perito sobre la razón por la cual utilizó para su cálculo un interés compuesto, a la cual este contestó lo siguiente:

“Una vez claras estas definiciones, el perito abordará la presente pregunta con base en los dos cuestionamientos que en ella se plantean. Respecto a por qué para el cálculo se utilizó interés compuesto, el perito manifiesta que este tipo de interés es de uso estándar y comúnmente aceptado en la práctica financiera. Para dar sustento a esta afirmación, el perito ilustrará cómo el interés compuesto es el tipo de interés estándar en diferentes niveles y contextos financieros.

“En primer lugar, el perito considera relevante poner como un referente al mercado financiero de Colombia y el tipo de tasas de interés más comunes en dicho mercado. De acuerdo con lo consignado en el Banco de la República, se encuentran dos grupos de tasa de interés que son las más comunes en el mercado. Por un lado se encuentran las tasas de Captación, que son las tasas de interés que las instituciones financieras reconocen a los depositantes por la captación de sus recursos. Estas tasas se ven más comúnmente reflejadas en los instrumentos de ahorro conocidos como CDT's (Certificado de Depósito a Término). En el mercado financiero se ofrecen estos instrumentos a distintos plazos como 30,45, 60,90,180 y 360 días. Cuando se cumple dicho plazo, el depositante tiene dos opciones: 1) El depositante podrá retirar los intereses generados por ese periodo del capital invertido, también conocido como CDT No Capitalizable, y 2) el depositante podrá reinvertir los intereses o capitalizarlos con el fin de que se aplique nuevamente la tasa de interés efectiva tanto al capital inicial como a los intereses. Este último, se traduce en que los intereses generarían para un periodo posterior intereses, conocido también como intereses compuestos.

“Por otro lado, se encuentran las tasas de Colocación, que son las tasas cobradas por las entidades financieras por los distintos créditos otorgados a sus clientes. En dichos créditos, las entidades financieras utilizan tasas efectivas (compuestas) para calcular los montos de dinero que se deben cancelar como pago ante la adquisición de un préstamo. Estas tasas efectivas capturan el hecho de la composición de intereses para todas las transacciones de colocación en el mercado financiero. De igual manera es pertinente mencionar que ante el incumplimiento de obligaciones en el pago de deuda en el mercado financiero, lo que se observa en la práctica estándar es que el cobro de intereses se lleve a cabo teniendo en cuenta el incumplimiento presentado y asignado los intereses no pagos como parte del capital para un nuevo cálculo de la remuneración exigida, en otras palabras, el intereses no pagado genera que los siguientes intereses posteriores sean superiores.

“En segundo lugar, de acuerdo a la información disponible en el portal web del DANE, en conjunto con las leyes dispuestas por el congreso de Colombia y la Superintendencia Financiera, el perito encontró que el interés compuesto es utilizado ampliamente por parte del Estado Colombiano, aclarando que no se hace ningún juicio de valor respecto a los derechos u obligaciones jurídicas que se desprenden de dichas leyes. Según el concepto 2010017499-001 del 12 de abril de 2010 emitido por la superintendencia financiera, en Colombia los tipos de interés más comunes, y que son aplicados

generalmente, son el interés simple y el interés compuesto. Estos intereses son definidos, según este concepto, como "el rédito de un capital, precio o costo que se paga por el uso del dinero". Bajo esta definición, es común que se presenten dos tipos de tasas de interés dentro del mundo empresarial o en los establecimientos de crédito. Por un lado, se encuentra el interés remuneratorio, los cuales pueden ser pactados libremente por las partes, lo que significa que pueden ser tanto interés simple como interés compuesto.

“Sin embargo, cualquier tasa libre que sea pactada en un contrato o negocio no pueden superar en la mitad el interés bancario corriente. Por otro lado, es común, más no obligatorio, que se pacten tasas de interés moratorio. Estas tasas están reguladas de tal manera que no excedan una y media veces el interés remuneratorio, y solo pueden ser pactadas en cobro vencido y con límites que corresponden a tasas reales efectivas, pues son estas las indicadas para reflejar la verdadera rentabilidad obtenida en un ejercicio financiero. Así mismo, estas definiciones se encuentran estipuladas bajo la ley 1066 de 2006, en donde se establece que las tasas de interés moratorio se deben calcular en todo caso dentro del contexto del interés compuesto, usando como referencia la tasa de usura, que a su vez es certificada como una tasa efectiva anual.”

“En conclusión, el interés compuesto es comúnmente utilizado tanto en el sector bancario, sector empresarial, y el mismo Estado Colombiano. Donde, para el cálculo del interés moratorio se contempla el interés compuesto para actualizar el valor del dinero en el tiempo.” (Se subraya)

En cuanto a la existencia o no en el presente caso de un anatocismo, el perito expresó:

“Respecto a la pregunta en la que se indaga si la aplicación de una tasa de interés compuesto constituye anatocismo, el perito aclara que este concepto pertenece a una categoría jurídica cuya interpretación se encuentra por fuera del área de experticia del perito. Ahora bien, con el ánimo de prestar el mejor servicio a la justicia arbitral, el perito entiende que el concepto de anatocismo está inspirado en la prohibición de cobrar intereses en una transacción comercial y/o contractual más de una vez por el mismo concepto.”

“Lo anterior sin embargo, no es equivalente a implementar un esquema de interés compuesto para el cálculo de unos presuntos perjuicios ya que dicho esquema es el único que garantiza que se capture de manera adecuada el Valor del Dinero en el Tiempo y la Prima por Riesgo como conceptos pilares del Costo de Oportunidad. Concretamente, el hecho de que los intereses capitalicen una presunta deuda por la implementación de un interés compuesto no significa que se esté cobrando intereses más de una vez por el mismo concepto.” (Se subraya)

Sobre el particular, el Tribunal considera lo siguiente:

Como bien lo señala el perito, la prohibición del anatocismo y su alcance es un tema jurídico que debe ser resuelto por el Tribunal y que no puede resolverse a la luz de la práctica financiera.

Desde este punto de vista se observa que el artículo 1617 del Código Civil establece que cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora se sujeta a una serie de reglas entre las cuales se encuentra que “3a.) *Los intereses atrasados no producen interés*”.

Así mismo, el artículo 2235 del Código Civil dispone que “*Se prohíbe estipular intereses de intereses*”.

Por su parte, el artículo 886 del Código de Comercio establece:

“Art. 886. Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.”

Ahora bien, dichas normas fueron objeto de reglamentación por el Decreto 1454 de 1989 el cual dispuso:

“Artículo 1º Para efectos de lo dispuesto en los artículos 886 del Código de Comercio y 2235 del Código Civil, en concordancia con la regla cuarta del artículo 1617 del mismo Código, se entenderá por intereses pendientes o atrasados aquellos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente.

“En consecuencia, no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación. Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichas sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4º del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil; tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio.”

Como se puede apreciar, el decreto mencionado dejó claro que es posible pactar sistemas de capitalización de intereses, pero también precisó que de conformidad con las normas del Código Civil y del Código de Comercio está prohibido causar intereses sobre los intereses exigibles, esto es, aquellos que no se han pagado oportunamente.

Es importante señalar que dicho decreto fue objeto de una acción de nulidad que decidió el Consejo de Estado en sentencia de marzo 27 de 1992 negando la nulidad de dicho Decreto, para lo cual expresó lo siguiente:

“La regla tercera del artículo 1617 del C.C. que, como ya se dijo, es la directamente reglamentada — no la regla cuarta a la cual se refirió erróneamente la norma reglamentaria, que para la Sala no tiene ninguna incidencia—, prohíbe el cobro de intereses sobre aquéllos “atrasados”, es decir, aplicando el criterio del artículo 28 ib., lo pendiente, lo insatisfecho o no cumplido en su oportunidad, vale decir, para el caso sub lite, los intereses que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalado para ello en el respectivo negocio jurídico. Y, la razón de la disposición, es el querer del legislador de evitar que se sancione doblemente el incumplimiento contractual, lo que acontecería si se permitiese el cobro de intereses sobre intereses atrasados o pendientes de pago.

“Por consiguiente, son estos intereses colocados en condiciones moratorias los que no permiten, de conformidad con la norma reglamentada del C.C. el cobro de nuevos intereses. Pero, a contrario sensu, los intereses no ‘atrasados’ sí pueden llegar a producir intereses.

“Ahora bien; no se opone a lo anterior, como bien lo observa la parte impugnadora de la acción de nulidad, la norma establecida en el artículo 2235 del mismo Código Civil, según la cual ‘se prohíbe estipular intereses de intereses’, que se refiere específicamente al mutuo o préstamo de consumo. La ‘armonía legis’ impone la necesidad de concluir, para evitar la oposición entre los dos artículos del mismo Estatuto o el sometimiento del contrato de mutuo a un criterio diferente a aquél que opera para el resto de las obligaciones dinerarias provenientes de fuente distinta, lo cual no parece razonable, que el artículo 2235, en cuanto prohíbe cobrar intereses de intereses, debe entenderse y aplicarse teniendo en cuenta el criterio sentado por la regla tercera del artículo 1617 del mismo Código Civil. Y, sirve también de fuente de interpretación, para determinar los alcances del artículo 2235 del C.C., la estipulación que contiene el artículo 886 del Código de Comercio, en cuanto marca claramente una voluntad del legislador en el sentido de prohibir el cobro de intereses sobre intereses únicamente respecto de aquéllos que sean exigibles, en la medida en que la precitada norma emplea la expresión ‘pendiente’, es decir, lo que se debe, lo exigible, que no es equivalente a lo ‘causado’, que sólo se debe cuando se dan los supuestos para que se produzca su exigibilidad, y con ello la consiguiente situación de mora, si es que no se cancelan; prohibición que, por lo demás, no es absoluta sino relativa, ya que los permite en las relaciones jurídicas entre comerciantes, cuando a causa de la mora se produce demanda judicial del acreedor, causándose en tal evento desde la presentación de aquélla; cuando se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos; o, cuando se produce un acuerdo posterior al vencimiento.

“En síntesis: conforme a las normas civiles y comerciales que regulan el anatocismo, debe entenderse por tal el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, y no los sistemas

de pago libremente acordados entre las partes en un negocio jurídico que contemplen la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deban cancelarse dichos rendimientos.” (se subraya)

Esta misma solución ha sido seguida por pronunciamientos posteriores del Consejo de Estado, como, por ejemplo, la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 31 de mayo de 2018 (Radicación número: 25000-23-24-000-2005-90001-01).

De acuerdo con lo anterior, para que proceda un interés compuesto debe pactarse de esa manera y no es posible pactar que los intereses que no se pagan oportunamente produzcan intereses, salvo el supuesto contemplado en el artículo 886 del Código de Comercio.

Es pertinente destacar que la Ley 1066 de 2006 -que el perito señala establece que las tasas de interés moratorio se deben calcular dentro del contexto de interés compuesto-, modifica en su artículo 12 el artículo 635 del Estatuto Tributario para determinar la tasa de interés moratorio para efectos tributarios. A tal efecto, la norma señala que el interés moratorio se calcula a una tasa equivalente “a la tasa efectiva de usura”, lo cual, según ha interpretado la DIAN y ha determinado el Consejo de Estado, implica una tasa de interés compuesto. En todo caso, es claro que dicha disposición legal sólo es aplicable en materia tributaria y no en otros contextos, en los que se deben aplicar las normas civiles y comerciales.

Ahora bien, en el presente caso las Partes estipularon que sobre las sumas determinadas por la Concedente, el Concesionario y el Interventor se causarían intereses remuneratorios equivalentes al DTF más cinco puntos porcentuales (5%) sobre el monto adeudado durante un término de 18 meses. Las Partes no pactaron un interés compuesto por lo que -a la luz de lo dispuesto por el Código Civil, el Código de Comercio y el Decreto 1454 de 1989-, sólo puede cobrarse el que corresponda al DTF.

Así mismo, las Partes estipularon un interés de mora en la cláusula 49 para lo cual previeron que se aplicaría la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, o quien en el futuro la sustituya y/o asuma dicha función, más la mitad de dicha tasa, pero en ningún caso una tasa mayor a la máxima permitida por la ley colombiana. Para este efecto, se pactó que se utilizará la tasa certificada vigente para el Día Hábil siguiente al Día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado.

Por consiguiente, los intereses se calcularán sin que haya lugar a un interés compuesto.

Como ya se indicó, el perito Julio Villarreal hizo el cálculo respectivo aclarando que había utilizado una metodología de interés compuesto, lo que le dio el siguiente resultado (página 9ª de la respuesta a CSS):

“Al realizar el cálculo solicitado por la pregunta y con base en las consideraciones anteriormente descritas, el perito encuentra que el total de intereses corrientes, intereses moratorios y el total capital más intereses del total de las actas de compensación hasta el 31 de marzo de 2018 ascienden a la suma de \$1.342.225.295, \$33.862.973.267 y \$43.520.973.162 pesos del 31 de marzo de 2018, respectivamente”.

Ahora bien, para el Tribunal este cálculo no es aceptable por dos razones. La primera porque como ya se dijo, la metodología de interés compuesto no es aplicable cuando se trata de calcular intereses sobre sumas pendientes de pago, esto es, cuando la Parte está en mora y, en segundo lugar, porque entre los ítems que tuvo en cuenta el perito se encuentran las actas no suscritas por las Partes, las cuales no pueden ser reconocidas por el Tribunal por las razones ya expuestas.

Desde esta perspectiva, si se tiene en cuenta el monto de las actas suscritas, se concluye que la Demandante tiene derecho a la siguientes sumas:

| ACTAS FIRMADAS | |
|----------------|------------------|
| Fecha de firma | Monto reconocido |
| 19/10/2006 | \$ 888.387.454 |
| 6/3/2007 | \$ 154.753.000 |
| 14/3/2008 | \$ 162.744.500 |
| 14/3/2008 | \$ 159.285.200 |
| 2/9/2008 | \$ 160.855.800 |
| 30/6/2009 | \$ 178.032.000 |
| 24/2/2010 | \$ 177.304.700 |
| 15/1/2010 | \$ 219.981.800 |
| 8/6/2010 | \$ 260.095.200 |
| 13/12/2010 | \$ 396.912.500 |
| 10/6/2011 | \$ 452.912.500 |
| 16/12/2011 | \$ 472.658.000 |
| 19/7/2012 | \$ 453.823.800 |
| 4/10/2012 | \$ 484.105.600 |
| 13/8/2013 | \$ 489.621.800 |
| 10/1/2014 | \$ 499.907.100 |
| 12/5/2014 | \$ 516.619.000 |
| 4/11/2014 | \$ 536.176.100 |
| Total | \$ 6.664.176.054 |

Es importante precisar que en su dictamen el perito toma como capital del acta firmada el 19 de octubre de 2006 la suma de \$905.389.900. Sin embargo, al revisar la copia del acta que remitió la Entidad Pública y que se encuentra firmada su valor es de \$888,387,454, que es además el que indica la Demandante en su pretensión, por lo que se toma este valor para hacer el cálculo.

Si se calculan los intereses utilizando la información que suministró el perito en su hoja de cálculo, pero eliminando la capitalización de intereses y tomando en cuenta la corrección del acta firmada el 19 de octubre de 2006, se encuentra que el total de intereses remuneratorios de dichas actas es de \$ 977.521.795 y de intereses moratorios es de \$ 9.477.586.476, hasta marzo de 2018, lo cual arroja un total de \$ 17.119.284.325.

Por lo anterior, conforme a lo probado, se declarará que con corte al mes de marzo de 2018, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de \$ 17.119.284.325 por concepto de compensación tarifaria, suma que se discrimina, así: CAPITAL: \$6.664.176.054; INTERESES CORRIENTES: \$977.521.795; e, INTERESES MORATORIOS: \$9.477.586.476. Usando la misma metodología, a partir del mes de abril del 2018, se deberán liquidar los intereses hasta la fecha en que se haga el pago total de la obligación. En este sentido prospera la pretensión Décima Primera.

2.8. Conclusiones

Por lo anterior, el Tribunal concluye:

Prospera la pretensión Quinta de la Demanda y por ello se declarará que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO -hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-, incumplió la obligación contenida en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

Prospera la pretensión Sexta de la Demanda y en tal sentido se declarará que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO -hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-,

reconoce que adeuda por concepto de compensación tarifaria a CSS CONSTRUCTORES S.A. las cifras que constan en las siguientes actas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe negarse la pretensión Séptima de la Demanda en la que se solicita se declare que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, no niega y por el contrario acepta que adeuda por concepto de compensación tarifaria a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las cifras que constan en las actas que se indican en dicha pretensión.

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

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

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

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

Prospera la pretensión Décima en la que se solicita *“se declare que vencido el término de dieciocho (18) meses para el pago de la compensación tarifaria previsto en la cláusula 18.3 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, procede la causación de intereses moratorios en los términos de la cláusula 49 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.”*

Prospera la pretensión Décima Primera y, por ello, conforme a lo probado, se declarará que con corte al mes de marzo de 2018, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, le adeuda a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de \$ 17.119.284.325 por concepto de compensación tarifaria, suma que se discrimina así: CAPITAL: \$6.664.176.054; INTERESES CORRIENTES: \$977.521.795; e, INTERESES MORATORIOS: 9.477.586.476.” Usando la misma metodología, a partir del mes de abril del 2018, se deberán liquidar los intereses hasta la fecha en que se haga el pago total de la obligación.

3. Análisis de las Pretensiones Declarativas Especiales Décima Segunda a Vigésima relacionadas con el pago al Concesionario de la compensación causada por el no traslado del peaje Albarracín al sector Villapinzón - Chocontá

En las pretensiones relacionadas con el pago al Concesionario de la compensación causada por el no traslado del peaje Albarracín al sector Villapinzón – Chocontá, la Parte Convocante solicitó lo siguiente:

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

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

- ‘1. Caseta El Roble, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 4**.*
 - ‘2. Caseta Albarracín, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 5**.*
 - ‘3. Caseta Tuta, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el **Trayecto 14**.*
- (...)*’

“**DÉCIMA TERCERA:** Que se declare que la ‘Caseta Albarracín’ ubicada en el Trayecto 5, debía estar ubicada en el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque en los términos previstos en el contrato de concesión No. 0377 de 2002.

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

“**DÉCIMA QUINTA:** Que se declare que mediante documento del 29 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** acordaron el traslado del peaje de ‘Albarracín’ a un punto en el Trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

“**DÉCIMA SEXTA:** Que se declare que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, mediante documento de fecha del 29 de septiembre de 2009 impartió una instrucción a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** de construir la infraestructura del peaje ‘Albarracín’ en los alrededores del peaje existente.

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

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

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

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

3.1. Los hechos que sirven de causa a este grupo de pretensiones descritos por la Parte Convocante

La Parte Convocante señala que en la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, se define el término “Casetas de Peaje Existentes” o “Casetas de Peaje”, de la siguiente forma:

“Son las estaciones de peaje, equipos y accesorios existentes dentro del Proyecto al momento del cierre de la Licitación, y que una vez entregadas al CONCESIONARIO de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 16, deberán ser adecuadas y operadas por el mismo en los términos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento y de este Contrato, y las cuales se relacionan en el Anexo C de las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento”.

Asimismo, que se define el término “Peaje(s)”, según se indica a continuación:

“Son las tarifas que deberán pagar los vehículos de cada una de las categorías como contraprestación por el uso de la vía en cada una de las Casetas de Peaje, con arreglo a lo previsto en este Contrato, y que el INVÍAS cede al CONCESIONARIO como remuneración de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 16 de este Contrato”.

Que en la Cláusula 16.1.1 del Contrato de Concesión se determinan las Casetas de Peaje Existentes, en los siguientes términos:

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

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

Señala que “aun cuando en el Contrato de Concesión se especificó que la Caseta de Albarracín se encontraba ubicada en el Trayecto 5, definido en la Cláusula 1 como el ‘...segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guatemala, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento...’, en realidad esta caseta se encontraba – y fue recibida por el Concesionario – en su ubicación original, entre los Trayectos 8 (segmento

comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada). Es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada.”

Indica que el 16 de enero de 2004, se suscribió el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes”, mediante la cual la firma VIPSA hizo entrega al INVIAS de las estaciones de peaje “El Roble”, “Albarracín” y “Tuta” y que éste, a su vez, hizo entrega de las mismas al INCO, y de las mismas al Concesionario Consorcio Solarte Solarte, aclarando, señala, que en la primera página de esta Acta se indicó previamente, que la caseta “Albarracín” se localiza realmente entre el Trayecto 8 y el Trayecto 9.

Informa que el 29 de julio de 2005, se suscribió el “Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002 - con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “Briceño – Tunja - Sogamoso”, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- y el Consorcio Solarte Solarte” y que en el párrafo segundo del acuerdo quinto de este documento se previó:

“La caseta de peaje de Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada”.

Y que en el acuerdo sexto de este documento, se convino:

“Materializar las modificaciones y ajustes previstos en el presente Acuerdo mediante un Documento Final de Ajuste de Cláusulas, modificación que deberá suscribirse a más tardar el día jueves quince (15) de septiembre del año en curso. La devolución de los trayectos se efectuará en los términos antes descritos y en la misma fecha de suscripción del mencionado Documento Final de Ajuste de Cláusulas”.

Señala igualmente que, tras sucesivas prórrogas para dar lugar a la suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas, éste fue finalmente firmado el 29 de septiembre de 2005 en cuya Cláusula Cuarta se acordó lo siguiente:

“TRASLADO PEAJE ALBARRACÍN.- Se ratifica que el Concesionario adelantará todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje ‘Albarracín’ a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón). Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención serán identificados por el Concesionario, quien adelantará la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del Documento N°3 del 9 de julio de 2004. En este evento, los costos que surjan se cancelarán con cargo a la cuenta Predios del Fideicomiso, de conformidad con lo previsto en las cláusulas contractuales aplicables. Una vez se cuente con los predios que sean necesarios, se acuerda que el CONCESIONARIO dará inicio a la construcción de la estación de peaje”.

Agrega que “con posterioridad a la suscripción de este documento, y al momento de socializar con la comunidad la relocalización de la estación de peaje ubicada originalmente en el sector de Albarracín, ésta no fue de buen recibo por parte de las autoridades municipales de Chocontá y Villapinzón, quienes adujeron impactos sociales y económicos significativos, relacionados con la importante relación comercial y social entre estos dos municipios. Ante esta circunstancia, tanto el Ministerio de Transporte como el INCO, hoy ANI, plantearon la necesidad de revisar la decisión de relocalizar la estación de peaje.” Que “mientras esta situación fue materia de definición, no se avanzó en la construcción de la estación de peaje Albarracín, en su nueva ubicación y que de esta situación se dio cuenta a la entidad contratante” mediante los oficios que relacionó, respecto de algunos de los cuales hizo una breve síntesis o transcripción.

Señala que “mediante la comunicación 1068-35 del 2 de mayo de 2008, el Concesionario expuso al INCO una relación de temas pendientes por definición en el marco contractual, incluyendo lo

relativo a la definición de la localización de la estación de peaje Albarracín y que al respecto, se indicó:

‘En el alcance contractual vigente, se prevé la relocalización de la estación de peaje Albarracín a un punto localizado en el trayecto 7, entre Chocontá y Villapinzón.

‘Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de la comunidad de estos dos municipios, el Concesionario ha sido testigo de la determinación adoptada en diferentes escenarios, en cabeza del propio Ministro de Transporte, de no relocalizar la estación de peaje en dicho sector, sino de construir la estación definitiva en el área aledaña a aquella en la cual se encuentra la estación de peaje actual.

‘Siendo el propósito del Concesionario actuar de conformidad con los lineamientos del Ministerio de Transporte y de esa entidad, a la fecha las actividades de construcción de la estación de peaje definitiva se encuentran suspendidas, mientras se formaliza la decisión adoptada, con la cual se deberán revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual.

‘Por lo anterior, solicitamos su definición sobre este asunto, destacando el interés de dar lugar a la pronta construcción de la infraestructura de peajes definitiva, la cual redundará en un mejor servicio para los usuarios y en la implementación de nueva y mejor tecnología.’”

Señaló que “el INCO, a través de su comunicación con radicado de salida No. 2008-409-000980-1, requirió al Concesionario ‘...agilizar el inicio de la construcción de la ESTACIÓN DE PEAJE ALBARRACÍN...’; que “el Concesionario, a través de la comunicación 0217-35 del 5 de febrero de 2009, dio respuesta con Radicado de salida No. 2008-409-000980-1, recordando lo establecido en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, a propósito de la relocalización de la estación de peaje Albarracín, indicando que, a partir de lo anterior, era claro que no tenía asidero contractual ‘...la solicitud de agilizar el inicio de la construcción de la estación de pesaje en el área aledaña a la actual estación...’, reiterando lo expuesto en pasadas comunicaciones y solicitando, de manera expresa, la definición de la ANI sobre las alternativas que se debían emprender.

Que “se indicó que de no recibir ‘...ninguna instrucción o repuesta de esa entidad en el transcurso de este mes, y teniendo en cuenta el apremio en la ejecución de la obra, especialmente teniendo en cuenta el estado de avance de la vía concesionada, nos permitimos informar que, en este escenario y salvo que se reciba instrucción contraria de parte del INCO, el Concesionario procederá, a partir del próximo mes de marzo, a retomar la gestión para dar aplicación al escenario contractual vigente, es decir aquel relacionado anteriormente en el literal b). De esta forma, se iniciará la gestión predial y ambiental correspondiente, como primer paso para el avance de esta obra, bajo el entendido de que ‘... el plazo máximo para la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de operación correspondiente a los peajes definitivos, los pesajes, las áreas de servicio al público y los centros de control operacional corresponderá a doce (12) meses contados a partir de la fecha en la cual se hayan adquirido los predios necesarios y se cuente con las autorizaciones ambientales requeridas para su construcción...’”

Que al no haber recibido ninguna respuesta por parte del INCO, dentro del mes señalado, el Concesionario inició la identificación de la afectación predial para dar lugar a la construcción de la estación de peaje, en su nueva localización, entre Chocontá y Villapinzón.

Agregó que “el 25 de septiembre de 2009, el Concesionario recibió la carta del INCO con Radicado No. 20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009, a través de la cual la entidad reiteró su requerimiento para que se construyera la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ en los alrededores del peaje existente.”

Señala igualmente que:

“...terminada la construcción de la infraestructura de peaje definitiva, entre Villapinzón y Ventaquemada, en las citadas cartas se registró este hecho, puntualizando la compensación que por este efecto se empezó a causar. Al respecto, se indicó que:

‘...Al haberse puesto en operación la infraestructura definitiva del peaje Albarracín desde finales del año 2011, es prudente subrayar que se ha comenzado a causar la compensación asociada al desequilibrio económico a favor del Concesionario, a la cual se refirió nuestra citada carta N°2198-35 y demás antecedentes asociados a esta temática...’

“Ante la solicitud de información relativa a las deudas de la entidad con el Concesionario en desarrollo del contrato de concesión, el Concesionario suministró a la entidad la información correspondiente, incluyendo lo concerniente a la compensación causada por el no traslado del peaje ‘Albarracín’. Este es el caso de la carta 1093-35 del 7 de septiembre de 2012, donde, como respuesta a la comunicación con Rad Salida No. 2012-308-010772-1, se remitió un formato con el registro de diferentes deudas u obligaciones de la entidad con el Concesionario, incluyendo ‘...la compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá-Villapinzón...’

“El mismo caso se presentó en la carta 500-35 del 2 de mayo de 2013, donde, atendiendo la solicitud de la entidad en su comunicación con Rad salida No. 2013-308-005604-1 para que se informara sobre las deudas y compensaciones pendientes de pago al Concesionario, se señaló lo siguiente:

‘A continuación nos referimos a la deuda asociada a la compensación causada por el no traslado de la estación de peaje Albarracín.

‘Como bien señala la comunicación de la referencia, tanto el ‘Acuerdo para la modificación del contrato de concesión No. 0377 de 2002’ de fecha 29 de julio de 2005, como el ‘Documento Final de Ajuste de Cláusulas’ de fecha 29 de septiembre de 2005, previeron el traslado de la estación de peaje Albarracín al Trayecto 7, el primero en el parágrafo segundo del acuerdo quinto y el segundo en su cláusula cuarta.

‘En las condiciones y términos convenidos en dichos documentos, incluyendo, entre otros, el traslado de la estación de peaje Albarracín al trayecto 7, las partes, como bien se registra en la comunicación de la referencia, determinaron que ‘...consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en ese documento por todos los derechos y obligaciones que las partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación...’

“Lo anterior no significa cosa distinta que sobre la base de los acuerdos contenidos en dichos documentos, en particular en el ‘Documento Final de Ajuste de Cláusulas’ de fecha 29 de septiembre de 2005, las Partes debieron revisar sus implicaciones en el equilibrio económico del contrato. En esta revisión, debieron tenerse necesariamente en cuenta las modificaciones en ‘...los derechos y obligaciones...’ que una y otra Parte se atribuyó en el cuerpo del documento. Dentro de los ‘derechos’ del Concesionario, adicional al incremento del Ingreso Esperado, se contempló, dentro del documento, el traslado de la estación del peaje a otro Trayecto, localizado entre Chocontá y Villapinzón, con un mayor flujo vehicular y, por tanto, con un mayor recaudo. Es esta consideración, unida a todas las demás que fueron estipuladas dentro del documento, son las que, al ser evaluadas de manera conjunta, permitieron determinar como ‘adecuada’ la fórmula de compensación pactada.”

Empero, señaló, “como se indica en la comunicación de la referencia, con posterioridad a estos acuerdos, la entidad concedente ordenó de forma unilateral al Concesionario dar lugar ‘...a la construcción de la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’...’, no en el trayecto 7, sino ‘...en el K60+800 aproximadamente, es decir 550 mts hacia el sur del peaje existente...’, en un sector

localizado en inmediaciones de la confluencia entre los trayectos 8 y 9, entre Villapinzón y Ventaquemada, en una zona de menor tráfico vehicular.”

Sobre este asunto, dijo, “se pronunció el Concesionario, dijo, a través, entre otros, de los oficios No. 1068-35 del 2 de mayo de 2008, No. 0217-35 del 5 de febrero de 2009 y No. 2198-35 del 29 de septiembre de 2009, éste último, precisamente, a través del cual se dio respuesta a la carta de la entidad con Radicado No. 20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009. De lo expresado por el Concesionario, señaló, se reiteran los señalamientos asociados con la orden impartida por la entidad en el sentido de dar lugar a la construcción de la estación de peaje en una ubicación distinta a la contractualmente prevista, así como a la necesidad de revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual, los cuales no son otros que el desequilibrio de la ecuación contractual en perjuicio del Concesionario, lo que hace necesario revisar las alternativas para su compensación y pago.”

Señala que conforme al “texto transcrito en la comunicación de la referencia la entidad no comparte la apreciación asociada a la revisión del desequilibrio causado haciendo referencia a que estos aspectos ‘...nunca hicieron parte de las condiciones de negociación del modificatorio suscrito el 29 de julio de 2005, ni del modificatorio de ajuste de cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, ni de ninguno de los modificatorios suscritos hasta la fecha...’, y que por ello ‘...no procede ningún tipo de compensación a favor del Concesionario producto del traslado de la infraestructura de dicho peaje...’. Con esta referencia, en la comunicación de la referencia se concluye que ‘...no existe fundamento contractual para solicitar valores o compensaciones económicas correspondientes a este tema...’.”

Pero es que, señaló,

“...tal y como se advierte de lo previamente expuesto, a partir de la revisión de los mismos apartes contractuales citados, la conclusión no puede ser otra que precisamente la opuesta: el traslado del peaje Albarracín sí formó parte de los aspectos contenidos en dichos acuerdos modificatorios, y que fueron contemplados para dar origen a la declaración conjunta de considerar adecuada la fórmula de compensación pactada en dichos documentos. Así, el cambio en las reglas de juego, que ha generado un desequilibrio económico en perjuicio del Concesionario, debe ser debidamente compensado, conclusión que no sólo tiene pleno fundamento contractual, sino aun pleno fundamento legal, para lo cual consideramos pertinente hacer referencia a lo expuesto en el artículo 27 de la ley 80 de 1993, que establece:

‘En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

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

“La deuda generada por efecto de esta compensación, actualizando el cálculo remitido a la Agencia al 31 de marzo de 2013, asciende a \$10.431.987.087, según cálculo que se anexa a la presente carta”.

Sumado a lo anterior, dijo,

“...el Concesionario ha recordado a la entidad, sobre las deudas pendientes de pago, incluyendo la compensación adeudada por el no traslado del peaje Albarracín al trayecto 7, a través de las comunicaciones 0659-35 del 23 de julio de 2014, en respuesta a la comunicación con Rad Salida No.2014-500-012042-1 de la ANI, 0807-35 del 8 de septiembre de 2014.

“Sobre las deudas y compensaciones pendientes de pago, incluyendo las deudas correspondientes al no traslado del peaje Albarracín al trayecto 7, el Concesionario ha continuado remitiendo cuadros con la liquidación y actualización de las deudas, así:

“Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2012, a través de la carta 0021-35 del 17 de enero de 2013,

“Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2013, a través de la carta 763-35 del 15 de julio de 2013,

“Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2013, a través de la carta 0009-35 del 10 de enero de 2014,

“Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2014, a través de la carta 0017-35 del 12 de enero de 2015,

“Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2015, a través de la carta de fecha 30 de julio de 2015,

“Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2015, a través de la carta de fecha 1º de febrero de 2016,

“Liquidación de las deudas a 30 de junio de 2016, a través de la carta de fecha 8 de julio de 2016,

“Liquidación de las deudas a 31 de diciembre de 2016, a través de la carta de fecha 1º de febrero de 2017,

“Igualmente, mediante comunicación 0763-35 del 15 de julio de 2013, el Concesionario ha manifestado a la entidad concedente que:

‘...como lo expresamos en nuestra carta N°0021-35, se puntualiza la necesidad ‘...de que, al interior de la entidad, se adelanten las gestiones necesarias para dar lugar a su pago definitivo, evitando, de esta forma, una mayor onerosidad por concepto de intereses remuneratorios y moratorios...’

“En la misma línea de lo expuesto en la precitada carta, se ‘...hace especial hincapié en aquellas deudas que se siguen causando de manera periódica, para que, con carácter preventivo, se efectúen las previsiones necesarias para proyectar su monto futuro, de tal forma que se puedan adelantar, con tiempo suficiente, las gestiones necesarias para dar lugar a su pago. Esto evitará que en el futuro se sigan presentando situaciones como la actual, donde existen deudas vigentes y en mora desde hace varios años, afectando no sólo la liquidez del proyecto concesionado, sino, como se indicó, causando intereses moratorios con un alto impacto económico a cargo de la entidad...’

“El 20 de septiembre de 2013, suscrito el documento llamado ‘Base de Conversaciones’, con el cual se dio inicio a unas Mesas de Trabajo para analizar las principales controversias contractuales existentes, entre ellos la solicitud del reconocimiento económico por concepto de la decisión unilateral de la ANI de no trasladar el peaje Albarracín al sector Villapinzón-Chocontá, como estaba contemplado contractualmente.

“Avanzando en las conversaciones, las partes determinaron que estos temas pendientes sin resolver fueran tratados a través de la aplicación de los mecanismos de solución de controversias previstos contractualmente, dentro del que se encuentra el relativo al reconocimiento y pago de la compensación causada por efecto de la decisión unilateral de la entidad de no trasladar el peaje Albarracín al trayecto 7.

“Para la liquidación de los intereses dentro del cálculo de la compensación, y si bien el contrato de concesión no cuenta con un modelo financiero que sirva de base para determinar directamente el efecto de los desequilibrios que, como en este caso, se producen en la ecuación contractual por efecto de cambios en las reglas de juego definidas contractualmente, por decisiones adoptadas de manera unilateral por la entidad, se toma como referencia para el cálculo una tasa de 11.48%EA, tasa determinada en el numeral 12.2.1 del contrato de concesión para los casos de compensaciones por terminación anticipada del contrato, en los casos en que el causante de este hecho es la entidad concedente.

“El valor de la deuda, aplicando la metodología señalada, con corte a mayo de 2017, asciende a COL\$ 73.016’311.160,00 según se refleja en el juramento estimatorio de esta demanda.”

3.2. El pronunciamiento sobre los hechos formulados por la Parte Convocada

Al contestar la demanda arbitral, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, por conducto de su apoderado judicial, se opuso en forma expresa a todas las pretensiones de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** y negó categóricamente las afirmaciones de la Parte actora mencionadas en la demanda en su contra, de conformidad con los hechos, los argumentos y las excepciones de mérito que en ella expuso.

En relación con los hechos descritos en la demanda arbitral, la Parte Convocada señaló que en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 se lee que la ubicación del peaje Albarracín está en el Trayecto 5, numeral 16.1.1, pero que no obstante, en el capítulo de definiciones se lee Trayecto 8 y Trayecto 9 como el límite de esos trayectos; así mismo, indica que en la visita los proponentes se informaron de la ubicación física del peaje Albarracín, por lo cual esta ubicación estaba indicada en los pliegos de condiciones y era de conocimiento de los proponentes por la visita. Acepta que el Concesionario haya remitido al INCO/ANI las comunicaciones sobre desequilibrio económico pero que no obstante ello, no hay prueba alguna del mismo. También acepta como cierto lo dicho en la comunicación sobre el traslado de la estación de peaje pero que, sin embargo, ante la solicitud de la comunidad y de común acuerdo con el Concesionario se acordó no trasladar el peaje, pues el Concesionario ya conocía la oposición de la comunidad al traslado del peaje, por lo que no podía unilateralmente iniciar proceso alguno sin el aval de la entidad y/o la interventoría.

La Parte Convocada admite como cierto la existencia de las comunicaciones relacionadas en la demanda, pero señala que no obstante ello, no hay prueba del supuesto desequilibrio económico por el no traslado del peaje, además de que si no se tiene modelo financiero, se desconoce si el no traslado generó desequilibrio económico del contrato y que también la ANI envió las comunicaciones con radicado No. 2013-308-005604-1 del 18 de abril de 2013 y No. 2014-500-012042-1 del 25 de junio de 2014 en las cuales se le expuso al Concesionario el por qué la Entidad considera que no se debe pagar esta pretensión. Que, el Concesionario tiene el peaje funcionando y recaudando y, por el hecho de que no esté en un sitio específico, no es posible argumentar, que ahí sus ingresos hubieran sido superiores; que “al no haber un hecho que genere una obligación no se pueden estimar intereses y la tasa a la que hacen referencia para estimarlos es una tasa aplicable para hechos de terminación anticipada del contrato y este no es el caso.” Que “no hay desequilibrio económico, se debe probar. Asimismo, con el ingreso esperado se cubre un supuesto desequilibrio.” Que “Se están haciendo unos cálculos de una obligación que no se ha generado y con una tasa subjetiva estimada por la parte demandante, tampoco se cuenta con un modelo financiero que permita verificar la cuantía del supuesto desequilibrio causado.”

Al contestar la demanda, la Parte Convocada propuso como excepciones u oposiciones a estas pretensiones las siguientes:

“Inexistencia de la obligación

“En el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 se consagró que la ubicación del peaje Albarracín estaba en el Trayecto 5, numeral 16.1.1, no obstante, en el capítulo de definiciones se lee Trayecto 8 y Trayecto 9 como el límite de esos trayectos, así mismo, se indica que en la visita los proponentes se informaron de la ubicación física del peaje Albarracín, por lo cual esta ubicación estaba indicada en los pliegos de condiciones y era de conocimiento de los proponentes por la visita.

“En la cláusula cuarta del Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, se acordó lo siguiente:

‘TRASLADO PEAJE ALBARRACÍN. - Se ratifica que el Concesionario adelantará todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje ‘Albarracín’ a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón). Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención serán identificados por el Concesionario, quien adelantará la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del Documento N°3 del 9 de julio de 2004. En este evento, los costos que surjan se cancelarán con cargo a la cuenta Predios del Fideicomiso, de conformidad con lo previsto en las cláusulas contractuales aplicables. Una vez se cuente con los predios que sean necesarios, se acuerda que el CONCESIONARIO dará inicio a la construcción de la estación de peaje.’

‘Era lógico en el momento en que se excluyeron los trayectos, que se pactara el traslado del peaje, ya que el trayecto en el que se encontraba ubicado se devolvería al INVIAS, sin embargo, mediante el modificatorio del 27 de enero de 2006248 se incluyeron nuevamente los Trayectos 8 y 9 dentro del alcance del Contrato, por lo tanto, el traslado del peaje nunca ha sido necesario.

‘Los pliegos de condiciones establecieron:

‘1.9. VISITA A LOS TRAYECTOS Y ZONAS QUE COMPONEN EL PROYECTO

‘La visita a los Trayectos y zonas que componen el Proyecto será obligatoria para todos los Proponentes y constituye requisito previo para la presentación de la Propuesta. El INVIAS organizará dos (2) visitas, las cuales se llevarán a cabo dentro del período establecido para la presentación de la Propuesta en las fechas que e INVIAS establecerá.

‘Para tal efecto, los Proponentes deberán inscribirse en el INVIAS, enviando fax o carta donde manifiesten el ánimo de realizar la visita indicando el número de personas que deseen asistir por Proponente, sin perjuicio de que el INVIAS se reserve el derecho a limitar el número de visitantes por Proponente. La inscripción deberá realizarse a más tardar cinco (5) Días Hábiles antes de la fecha establecida para la visita. El o los Proponente(s) que no se inscribieran para realizar la visita, no obtendrán el Acta de Visita, y por lo tanto no podrán presentar la Propuesta.

‘El Proponente, su personal y representantes se harán responsables por todos los daños y perjuicios que se puedan ocasionar durante la visita, así como por los costos y gastos relacionados con la misma.

‘Una vez realizada la visita, el funcionario delegado por el INVIAS levantará un Acta de Visita individual para cada Proponente, de acuerdo con el modelo suministrado en la Forma No. 6 anexa a estos Pliegos, en la cual se certifique que el Proponente, su personal o representante ha(n) recorrido los diferentes Trayectos y zonas que componen el Proyecto y ha(n) conocido las condiciones del terreno y de la vía, sin perjuicio de que el Proponente deba investigar acerca de los aspectos geológicos, meteorológicos, hidrológicos, sociales, políticos del mismo para la debida presentación de la Propuesta. Dicha acta será firmada por el funcionario delegado por el INVIAS y por cada uno de los miembros del Proponente que asistieron a la visita o en su defecto por el apoderado o representante del Proponente.

‘En todo caso, los interesados podrán inspeccionar los Trayectos y zonas que componen el Proyecto, de acuerdo con sus propias necesidades.’

‘El Concesionario desde que presentó su oferta, sabía dónde estaría ubicado el peaje, por lo tanto, su modelo económico debió haberse elaborado teniendo en cuenta esta información.

²⁴⁸ “PRIMERA. - OBJETO. El CONCESIONARIO, una vez el INCO cuente con la disponibilidad de recursos, y estos sean debidamente apropiados, se obliga a ejecutar las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso), incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un periodo de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados, lo anterior con el alcance previsto en la propuesta incluida en la carta 137-35 del 25 de enero de 2006 y en los diseños elaborados por el CONCESIONARIO, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón – inicio Variante de Tunja y la rehabilitación de la vía existente comprendida entre Villapinzón y Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso”.

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los proponentes que se presentaron a la licitación tenían la obligación de verificar la información que era puesta a su disposición y si consideraban que no era suficiente, hubieran podido solicitar aclaraciones a la entidad, e incluso haberse abstenido de presentar oferta. El deber precontractual de información es de doble vía no se predica solamente de la entidad concedente, no se puede premiar una actitud pasiva del proponente que no hizo nada por la verificación de la información y ahora alega que dicha información no le era suficiente para presentar su oferta.

“No ha probado el Concesionario cómo se configura el supuesto perjuicio causado por el no traslado del peaje, ya que en la actualidad el peaje se encuentra en funcionamiento.

“Adicionalmente, el mismo Concesionario reconoce que la comunidad se opuso al traslado del peaje, lo que claramente demuestra que la Agencia no ha incumplido ninguna de sus obligaciones pactadas contractualmente.”

3.3. El alegato de conclusión de la Parte Convocante

Además de lo dicho en la demanda arbitral, la Parte Convocante reiteró que el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 previó la ubicación de la Caseta de Peaje Albarracín, siendo este el documento vinculante para las Partes y que regía, de por sí, la ejecución del proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, en los siguientes términos:

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

“1. Caseta El Roble, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 4

“2. Caseta Albarracín, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 5.

“3. Caseta Tuta, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 14...”.

Así, a juicio de la Convocante, “el Contrato estableció que el Trayecto 5 era el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de Salida a Guateque, por lo que el mismo debió estar ubicado en ese sector. Sin embargo, a pesar de lo estipulado contractualmente, la Caseta de Peaje fue entregada al Concesionario, a través del *Acta de Entrega y Recibo de las Casetas de Peajes Existentes del 16 de enero de 2004* entre los Trayectos 8 (Segmento comprendido entre Villapinzón -y el Peaje Albarracín) y 9 (Segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), incumpliendo así la entidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión.”

“Resulta preciso afirmar que la Caseta del Peaje Albarracín, teniendo en cuenta el Contrato de Concesión, debía estar ubicada en el Trayecto 5²⁴⁹, sin embargo, ésta fue entregada al Concesionario entre los Trayectos 8 y 9, situación que no se acomoda a la estipulación contractual y evidencia un claro incumplimiento por parte de la entidad concedente.

“Sobre este punto, resulta trascendental poner de presente el incumplimiento flagrante de la ANI, más cuando el apoderado de la entidad se escuda en afirmar que el Concesionario, desde que presentó su oferta, ‘sabía’ donde estaría ubicado el peaje y por lo tanto el modelo económico debió haberse elaborado teniendo en cuenta esta información, es decir, entre los Trayectos 8 y 9. Dicha apreciación no puede ser más ajena a la realidad contractual ni a la del proyecto que, como se advertirá, cambió totalmente, pero que además, el Concesionario tuvo el cuidado de dejar la correspondiente salvedad cuando se le hizo entrega de las casetas de peaje en enero de 2004.

“Así las cosas, resulta trascendental poner de presente las modificaciones realizadas al Contrato de Concesión No. 0377, con el fin de precisar los incumplimientos de la entidad que alteraron la ecuación

²⁴⁹ Nota de pie de página del alegato de conclusión: “Resulta preciso afirmar, como se demostrará, que a través del ‘Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002’ suscrito el 29 de julio de 2005 se ordenó el traslado del Peaje Albarracín al Trayecto 7.”

económica del Contrato en contra de mi poderdante. Es imperioso anotar que el 29 de julio de 2005 se suscribió el ‘Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002’, acordando lo siguiente:

(...)

“Es en razón del pacto que viene de suscribirse que cualquier controversia que hubiera podido surgir por el incumplimiento inicial de la ANI relacionada con la ubicación del peaje Albarracín en el Trayecto 5 del proyecto, carece de relevancia en este trámite. En efecto, en virtud de los acuerdos consignados en el Documento del 29 de julio de 2005, es evidente que la previsión contractual vinculante -y que aún subsiste- fue y es el traslado del peaje Albarracín al Trayecto 7.

“Así, teniendo en cuenta el escenario contractual anteriormente transcrito, resultaba claro y evidente que al excluir los Tramos 8 y 9 del proyecto concesionado -en donde se encontraba ubicado el Peaje Albarracín-, era menester y de obligatorio traslado el mismo, al Trayecto 7, tal y como lo previó el documento contractual vinculante para las Partes.

“Finalmente, de acuerdo a lo expuesto en el ‘Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002’ del 29 de julio de 2005, el mismo previó que se suscribiría el ‘Documento Final de Ajuste de Cláusulas’, lo cual ocurrió el 29 de septiembre de 2005. (...)

“Teniendo en consideración lo anterior, a través de este documento las Partes modificaron el Contrato de Concesión, consignando así las obligaciones estipuladas en el ‘Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002’ del 29 de julio de 2005, y respecto del Peaje Albarracín, se estableció lo siguiente:

(...)

“Posteriormente, y en virtud del aplazamiento de la firma del Acta de Devolución de los Trayectos 8, 9, 10 y 18 y que el Concesionario había realizado las actividades asociadas a la Operación y Mantenimiento de los Trayectos, las partes convinieron una Modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, y el 27 de enero de 2006 suscribieron el documento contractual correspondiente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones y cláusulas contractuales:

(...)

“Es pertinente hacer referencia a que, independiente de la inclusión, nuevamente, de los Trayectos 8 y 9 al proyecto vial concesionado, no hubo alteración o modificación a la estipulación contractual respecto del traslado del Peaje Albarracín - y por el contrario, la misma fue expresamente confirmada-, por lo que dicha obligación de reubicación continuaba y continúa vigente a la fecha.

“En este entendido, y en cumplimiento de lo estipulado contractualmente, el Concesionario procedió a realizar la socialización con la comunidad sobre la relocalización del peaje, ubicada en los Trayectos 8 y 9 del Proyecto, con el fin de trasladarla al Trayecto 7 -Chocontá y Villapinzón-. No obstante, dicha reubicación no fue de recibo por parte de la comunidad, dado que alegaban la importante relación comercial entre los dos municipios, situación que no es, ni puede ser por ningún motivo, imputable al Concesionario ni repercutir de manera negativa en el equilibrio económico del Contrato, **MÁXIME CUANDO EL TRAZADO DE LA VÍA JAMÁS FUE DE SU CARGO. ES EL ENTE PÚBLICO CONCEDENTE EL QUE DETERMINA EL TRAZADO DE SUS PROYECTOS Y EL CORREDOR VIAL CONCESIONADO, NINGUNA INJERENCIA TIENE EL CONCESIONARIO – CONTRATISTA EN ESA DETERMINACIÓN.**

“En virtud de estos inconvenientes presentados con la comunidad, tanto el Ministerio de Transporte como el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy ANI) plantearon la necesidad de relocalizar la estación del peaje, yendo así en desmedro del Contratista e imponiéndole situaciones que son ajenas a sus obligaciones contractuales, puesto que el Ingreso Esperado de la inversión y su posterior consecución se estimó teniendo en cuenta que la ubicación del Peaje Albarracín sería en el Trayecto 7, y no en los Trayectos 8 y 9.

“Al propósito de la afirmación anteriormente realizada, deberá tomarse en consideración la comunicación 20093050113341 del 15 de septiembre de 2009, de la cual da cuenta, entre otras, la comunicación 2013-308-005604-1 del 18 de abril de 2013, mediante la cual la Agencia Nacional de Infraestructura desecha el reconocimiento de la compensación a favor del Concesionario por concepto del NO TRASLADO del Peaje Albarracín. En el documento referido la Entidad manifiesta que:

‘El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, mediante comunicación No. 20093050113341 del 15 de septiembre de 2009, le manifestó al Consorcio Solarte Solarte: ‘(...) le solicitamos dar celeridad a la construcción de la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ a ser ubicado en el K 60+800 aproximadamente, es decir 550 mts hacia el sur del peaje existente, lo anterior en consonancia con lo manifestado en nuestro oficio SGC-00980 DE 3702/2009 (...)’.

“Dada dicha situación, el Consorcio Solarte Solarte –hoy CSS Constructores S.A.–, en su momento, remitió comunicación al entonces INCO, hoy ANI, el 14 de agosto de 2006²⁵⁰, en la cual adjunta el soporte del cobro realizado por actividades de la gestión predial durante el mes de julio de 2006 y un resumen donde se relacionan los siguientes aspectos importantes sobre la relocalización del Peaje Albarracín, de la siguiente manera:

(...)

○ *Predios peajes Albarracín y Tuta: aunque el Concesionario tiene adelantado el proceso de gestión predial en los sectores donde, conforme el contrato, deben instalarse las estaciones de peaje, habiendo realizado incluso en el último caso de avalúos comerciales, el proceso en estos sectores ha sido suspendido, teniendo en cuenta en el primer caso, **la decisión ministerial de no trasladar el peaje lo cual debe ser objeto de modificación contractual**, y, en el segundo caso, **la decisión de la entidad de no adelantar trámites prediales hasta tanto no se evalúe con mayor detenimiento los planteamientos a ser expuestos por parte de las administraciones municipales afectadas por el peaje.**’* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

“Así mismo, este desmedro se puso de presente en las Comunicaciones No. 2447-35 del 20 de septiembre de 2006, No. 2799-35 del 20 de octubre de 2006, No. 4008-35 del 26 de diciembre de 2006, No. 0254-35 del 25 de enero de 2007, No. 0419-35 del 9 de febrero de 2007, No. 0711-35 del 9 de marzo de 2007, No. 1072-35 del 12 de abril de 2007, No. 1353-35 del 8 de mayo de 2007, No. 1695-35 del 7 de junio de 2007, No. 2050-35 del 6 de julio de 2007, No. 2456-35 del 9 de agosto de 2007, No. 2799-35 del 7 de septiembre de 2007, No. 3146-35 del 8 de octubre de 2007, No. 3455-35 del 7 de noviembre de 2007, No. 3932-35 del 5 de diciembre de 2007, No. 0015-35 del 11 de enero de 2008, No. 0317-35 del 8 de febrero de 2008, No. 0642-35 del 10 de marzo de 2008, No. 0947-35 del 14 de abril de 2008, No. 1068-35 del 2 de mayo de 2008, No. 1137-35 del 13 de mayo de 2008, No. 1401-35 del 16 de junio de 2008, No. 1546-35 del 11 de julio de 2008, No. 1707-35 del 11 de agosto de 2008, No. 1921-35 del 9 de septiembre de 2008, No. 2157-35 del 10 de octubre de 2008, No. 2574-35 del 10 de diciembre de 2008 y No. 0016-35 del 14 de enero de 2009,²⁵¹ todas ellas dirigidas por el Concesionario al INCO, hoy ANI, tal y como obra en el material probatorio que reposa en el expediente de este trámite arbitral.

“En este orden de ideas, haciéndole especial énfasis al Tribunal del silencio de la entidad respecto al desequilibrio económico que estaba percibiendo el contratista por el NO Traslado del Peaje Albarracín, posteriormente, el Concesionario remitió nuevamente una comunicación²⁵² a la ANI con el fin de obtener una definición concreta sobre el traslado del peaje, en los siguientes términos:

• **“Definición de la localización de la estación de peaje Albarracín:**

En el alcance contractual vigente, se prevé la relocalización de la estación de peaje Albarracín a un punto localizado en el trayecto 7, entre Cbocontá y Villapinzón.

²⁵⁰ Folio 50 a 55 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

²⁵¹ Folios 56 a 207 del Cuaderno de Pruebas No. 2

²⁵² Comunicación No 1068-35 del 2 de mayo de 2008 (Folios 16 a 22 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de la comunidad de estos dos municipios, el Concesionario ha sido testigo de la determinación adoptada en diferentes escenarios, en cabeza del propio Ministro de Transporte, de no relocalizar la estación de peaje en dicho sector, sino de construir la estación definitiva en el área aledaña a aquella en la cual se encuentra la estación de peaje actual.

Siendo el propósito del Concesionario actuar de conformidad con los lineamientos del Ministerio de Transporte y de esa entidad, a la fecha las actividades de construcción de la estación de peaje definitiva se encuentran suspendidas, mientras se formaliza la decisión adoptada, con la cual se deberán revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual.

Por lo anterior, solicitamos su definición sobre este asunto, destacando el interés de dar lugar a la pronta construcción de la infraestructura de peajes definitiva, la cual redundará en un mejor servicio para los usuarios y en la implementación de nueva y mejor tecnología.”

“Sobre esta posición resulta relevante destacar dos aspectos trascendentales: el primero, que hace referencia al silencio perverso de la entidad, que en el transcurrir de más de un año, guardó silencio sobre las mencionadas comunicaciones del Concesionario, mientras éste seguía presentando un significativo desmedro financiero; el segundo, el incumplimiento contractual evidente de las estipulaciones que deben regir las actuaciones de las partes, tal y como se recaló en la primera parte de estos Alegatos de Conclusión.”

Así mismo señaló que no solo en esta Concesión, sino en la **TOTALIDAD** de las Concesiones de Infraestructura Vial, cualquiera que sea la generación en la que se ubique la respectiva contratación, la localización o ubicación de los peajes es un factor fundamental para determinar la fórmula de la contraprestación que recibirá el Concesionario, en este caso, CSS CONSTRUCTORES S.A.

“Por consiguiente, dijo, resulta menester hacerle ver al Tribunal, y nuevamente reiterarle a la entidad demandada, que las cláusulas contractuales no se encuentran estipuladas de manera arbitraria, sino que cada una cumple una función trascendental para que el Proyecto objeto del Contrato, se ejecute tal y como se estructuró, especialmente porque de su correcta ubicación y operación pende la retribución del Concesionario, que tiene derecho a percibirla de conformidad con lo pactado en el Contrato, según las condiciones bajo las cuales se celebró el convenio. En este caso, desde las definiciones²⁵³ se denota la importancia de los Peajes, al definirlos el Contrato como:

Peaje(s)

*Son las tarifas que deberán pagar los vehículos de cada una de las categorías como contraprestación por el uso de la vía en cada una de las **Casetas de Peaje**, con arreglo a lo previsto en este **Contrato**, y que el **INVÍAS** cede al **CONCESIONARIO** como remuneración de acuerdo con lo establecido en la **Cláusula 16** de este **Contrato**.”*

En esta medida, el cobro de los peajes resulta una actividad fundamental, así como la ubicación de los mismos en determinado sector, puesto que el Concesionario planea la recuperación de su inversión en un determinado tiempo teniendo en cuenta el flujo de tráfico vehicular que circula por determinada zona. Resulta importante entonces destacar que los peajes son un pilar fundamental en el modelo financiero del Concesionario con el fin de recibir el Ingreso Esperado, en los términos y en los plazos previstos a este efecto en el Contrato.

Sobre la remuneración del Concesionario, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2009²⁵⁴, estableció lo siguiente:

*Uno de los sistemas de remuneración en **los contratos de concesión de construcción de obra pública consiste en permitirle al concesionario participar del ingreso que por peajes recauda la nación cuando explota la obra objeto del contrato de concesión o las obras aledañas a la misma**. En esa medida, el sistema de remuneración que se acuerde en un contrato de concesión*

²⁵³ Cláusula 1ª “Definiciones” del Contrato No. 0377 de 2002.

²⁵⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de septiembre de 2009, No. Rad. 25 000 23 27 000 2005 00060 01; C.P. Hugo Bastidas.

debe analizarse dentro del contexto del contrato y no como una actividad aislada o independiente del negocio jurídico. – Resaltado y negrilla fuera de texto -

“Ahora bien, resulta importante resaltar la escasez -por no decir nula- del material probatorio aportado por la ANI en el presente trámite, por lo que los argumentos que esboza con la contestación de la demanda carecen de todo fundamento, así como el total desconocimiento del expediente contractual del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

“Corolario de lo anterior, respecto al argumento plasmado por la parte demandada, en el cual asevera que los proponentes conocían la ubicación del Peaje Albarracín en los Trayectos 8 y 9, debemos advertir y recordar que posteriormente a la selección del contratista, la ubicación definitiva del mismo, FUE CAMBIADA, y así se suscribió el Contrato de Concesión en el cual se estipuló que el Peaje Albarracín se encontraría ubicado en el Trayecto 5, siendo esta estipulación, por voluntad de las partes, la única que cuenta con efecto vinculante. Pero aún en el remoto caso que el Tribunal aceptara el argumento de la ANI en punto al ‘conocimiento’ de la ubicación previa del peaje que tenía el Concesionario, lo cierto es que las Partes, ya suscrito el Contrato y en documento contractualmente vinculante, pactaron su traslado al Tramo 7, lo que nunca ocurrió. **De esta manera, resulta irrelevante, al propósito de esta controversia, que el peaje en cuestión se ubicara inicialmente en los Trayectos 8 y 9 según el entendimiento de las Partes, puesto que aún en ese supuesto -que no es cierto-, su traslado se pactó expresamente al Trayecto o Tramo 7, y es en esa omisión que consiste el incumplimiento de la entidad contratante y los perjuicios derivados del mismo causados al Concesionario, cuyo reconocimiento se depreca de este Tribunal.**

“En esta medida, no es de recibo el argumento esgrimido por la demandada, toda vez que resulta, incluso, violatorio a la buena fe contractual de mi poderdante, puesto que si en el documento contractual vinculante para las Partes -Contrato de Concesión 0377 de 2002- se estableció la ubicación de tal peaje, el mismo tendría que ser reubicado al Trayecto 5, independientemente de que en los Pliegos se encontrara ubicado en otro lugar. Y posteriormente, de donde estuviere ubicado, el pacto expreso de las Partes fue su traslado al Trayecto 7.

“De esta manera, insisto, si en gracia de discusión el Tribunal acogiera tal argumento, se tendría evidenciada la pretensión de la convocada en el sentido de inducir a los Árbitros a tener como documentos autónomos ajenos al Contrato Principal, los documentos modificatorios al mismo, siendo éstos y aquél integrantes de un mismo y único negocio jurídico. En este entendido, de acuerdo a lo que se resalta en la Demanda Arbitral, si bien existe un incumplimiento en virtud a la no ubicación del Peaje Albarracín en el Trayecto 5 -ubicación establecida en el Contrato de Concesión-, éste fue modificado en razón al ‘Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002’ del 29 de julio de 2005 y el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, por lo que el Peaje Albarracín debía ser traslado de los Trayectos 8 y 9 al Trayecto 7, pacto éste actualmente vigente, que jamás fue objeto de modificación por las Partes.

“Dicho lo anterior, no es de recibo establecer que el Concesionario previó en su modelo financiero - inicialmente previsto para un Ingreso Esperado de 1.2. Billones- que el Peaje Albarracín se encontraba en los Trayectos 8 y 9, puesto que, en virtud de la modificación contractual, fue necesario ajustar el modelo financiero del Contrato, pues éste no puede permanecer estático, pético, si se presenta un ajuste al Contrato de Concesión. En este sentido, se contempló en el mencionado ajuste, la exclusión de los Trayectos 8 y 9 y por ende el traslado del Peaje Albarracín al Trayecto 7, dado que, en virtud de dicha modificación, se alteró también el Ingreso Esperado del Concesionario -1.8. Billones-.

“Efectivamente es claro que con la suscripción del Acta del 27 de julio de 2005 y el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, se modificaron varios aspectos que, evidentemente, generan impactos y desequilibrios en la ecuación contractual inicial. Como se advierte en los documentos, estos cambios involucran desde modificaciones en el alcance contractual (afecta los Usos del modelo financiero) como en los ingresos producto del recaudo del peaje Albarracín (afecta las Fuentes del modelo financiero), por efecto del desplazamiento de su localización (se previó su traslado al sector Chocontá – Villapinzón). Ahora bien, el ejercicio combinado de todos estos efectos, se equilibró a través del incremento del Ingreso Esperado a \$1,8 billones, tal y como se pactó en el mismo documento.

“Dicho lo anterior, ninguna duda cabe -ni puede haber- que un cambio posterior como el que es materia de esta demanda, a saber la instrucción de la ANI para no desplazar la localización del peaje, a pesar de estar ello contractualmente pactado, genera un nuevo desequilibrio contractual, que es el que aquí se reclama. Siendo de naturaleza similar al hecho de que, a manera de ejemplo, se hubiera decidido ampliar o disminuir el alcance de las obras definidas: esta situación también afectaría el equilibrio del contrato, por lo que no puede ser de recibo desconocer la situación de desequilibrio que evidentemente se genera.

“De esta manera, se insiste en dos puntos fundamentales: (i) El Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y sus Modificatorios integran un **ÚNICO** negocio jurídico, por lo que dichos documentos no se pueden mirar de manera aislada, y (ii) Resulta relevante resaltar que, independientemente que los Trayectos 8 y 9 hayan sido incluidos nuevamente al proyecto vial concesionado, la Cláusula del Traslado del Peaje Albarracín al Trayecto 7 **NUNCA** fue modificada por las Partes.”

3.4. El alegato de conclusión de la Parte Convocada

En su alegato de conclusión, la Parte Convocada señaló que, a su juicio, se encontraba probado que:

1. El Concesionario desde que presentó su oferta dentro del proceso licitatorio del contrato, sabía dónde estaba ubicado el peaje Albarracín, por lo tanto, su modelo económico -en cuanto a los ingresos- debió haberse elaborado teniendo en cuenta esta información, tal como lo manifestó el perito Julio Villarreal en su dictamen.

2. Los proponentes que se presentaron a la licitación tenían, no solo el deber, sino la obligación de verificar la información que era puesta a su disposición de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.9 del pliego de condiciones, y si consideraban que no era suficiente, hubieran podido solicitar aclaraciones a la entidad, e incluso haberse abstenido de presentar oferta.

3. En la cláusula 16.1.1 del Contrato de Concesión se determinaron las Casetas de Peaje Existentes, en los siguientes términos:

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

“1. Caseta El Roble, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 4.

“2. Caseta Albarracín, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 5.

“3. Caseta Tuta, con cobro en 2 sentidos, ubicada en el Trayecto 14...”.

4. A pesar de lo anterior, en el capítulo de definiciones del Contrato de Concesión se lee:

“Trayecto 8

“Es el segmento comprendido entre Villapinzón – y el Peaje Albarracín, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Trayecto 9

“Es el segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento.”

5. Como el mismo Concesionario lo reconoció en el hecho 4.2.2.3 de su demanda el 16 de enero de 2004, se suscribió el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes”, mediante la cual la firma VIPSA hizo entrega al INVÍAS de las estaciones de peaje “El Roble”, “Albarracín” y “Tuta”, éste a su vez hizo entrega de las mismas al INCO, y de las mismas al Concesionario

Consorcio Solarte Solarte. Aclarando en la primera página de esta acta que, como se indicó previamente, la caseta “Albarracín” se localiza realmente entre el trayecto 8 y el trayecto 9.

6. Es decir desde el proceso licitatorio, desde la celebración y el inicio de la ejecución del Contrato de Concesión, el peaje Albarracín estuvo ubicado entre el Trayecto 8 y el Trayecto 9, hecho conocido y aceptado por el Concesionario, quien presentó su oferta conociendo esta información, suscribió el contrato y firmó el Acta de entrega y recibo de las casetas de los peajes existentes.

7. Conforme lo estableció el Contrato de Concesión No 0377 del 15 de julio de 2002 para los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18 en su Cláusula Primera existía para cada uno de ellos alcances básicos y adicionales de diseño, de expansión, construcción, rehabilitación y mejoramiento.

8. El párrafo primero de la Cláusula Primera del Modificadorio denominado “**Documento Final de Ajuste de Cláusulas**” reemplazó íntegramente el alcance básico y el alcance condicionado del contrato y **eliminó todas las obligaciones asociadas a los trayectos 8, 9, 10 y 17.**

9. Es en este documento, en donde se definió que los trayectos 8 y 9 serían devueltos al INVIAS, se pactó en la cláusula cuarta *que el Concesionario adelantaría todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje “Albarracín” a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón).*

10. Mediante el modificadorio del 27 de enero de 2006 se dispuso entre las partes **la ejecución de las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17.**

11. El Concesionario ha percibido los ingresos del peaje Albarracín desde el momento en que se inició el Contrato, el cual siempre ha estado en la misma ubicación.

Igualmente señaló que desde el momento mismo en que se contestó la demanda y se propusieron las excepciones, la ANI argumentó la **inexistencia de dicha obligación** en tanto la ubicación del peaje Albarracín fue conocida y aceptada por el Concesionario desde el proceso licitatorio, la celebración e inicio de la ejecución del Contrato de Concesión. Que era lógico en el momento en que se excluyeron los Trayectos 8 y 9, mediante el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, que se pactara el traslado del peaje, ya que el trayecto en el que se encontraba ubicado el peaje se devolvería al INVIAS, sin embargo, **mediante el modificadorio del 27 de enero de 2006 se incluyeron nuevamente los Trayectos 8 y 9** dentro del alcance del Contrato, por lo tanto, el traslado del peaje nunca fue necesario. Que, por lo tanto, es evidente que la ANI no incumplió la cláusula 16.1.1 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, lo que hace que no prospere la pretensión **DECIMA SEGUNDA**, ya que las Partes desde el momento del proceso licitatorio, desde la suscripción e inicio del contrato conocieron la ubicación del peaje Albarracín.

Tampoco, dijo, puede prosperar la pretensión **DECIMO TERCERA** en tanto -se demostró en el proceso- que la “*Caseta Albarracín*”, no debe estar ubicada en el segmento comprendido entre “*Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque*”, por cuanto el trayecto donde se encuentra ubicada sigue haciendo parte del alcance del Contrato de Concesión. La pretensión **DECIMO CUARTA** señaló, tampoco puede tener vocación de prosperidad en tanto se demostró en el trámite arbitral que **mediante el modificadorio del 27 de enero de 2006 se incluyeron nuevamente los Trayectos 8 y 9** dentro del alcance del Contrato de Concesión, por lo tanto, el traslado del peaje nunca ha sido necesario.

Lo mismo ocurre con las pretensiones **DECIMA QUINTA** y **DECIMA SEXTA**, dijo, en tanto si bien entre las Partes se acordó el traslado del peaje de “*Albarracín*” a un punto en el Trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, también lo es que **mediante el modificadorio del 27 de enero de 2006 se incluyeron nuevamente los Trayectos 8 y 9** dentro del alcance del Contrato, haciendo incensario el traslado del peaje.

Tampoco, dice, se probó el desequilibrio financiero del contrato por el no traslado del peaje Albarracín y señala que el Tribunal no puede tener en cuenta los cálculos referentes a este asunto elaborados por el perito, ya que para ello, a su juicio, debía realizar un estudio de tránsito que debía contener cómo mínimo:

- El volumen de tránsito local, de larga distancia y atraído, discriminado por categorías.
- Realizar una proyección de tráfico, donde se considere: la malla vial y de transporte en el área de influencia, volúmenes de tránsito por tipo de vehículo, la desviación y atracción de tráfico, impacto de las rutas o proyectos alternos de otras entidades públicas y el impacto de otros modos de transporte.
- Números de viajes diarios y tipos de vehículos (Se debe considerar transporte público y tráfico pesado)
- Realización de encuestas origen y destino de los recorridos realizados.
- Identificación precisa del tipo de vehículos que realizan los recorridos de corta distancia y determinación de los recorridos
- Definir alternativas que permitan maximizar el cobro a los vehículos de mediana y larga distancia y minimizar el cobro a los de corta distancia (Tarifa diferencial)
- Considerar las vías alternas o aledañas para evitar la elusión del peaje.

Así como, señala, un Estudio Socioeconómico en el que, a su juicio, se contemplara:

- Analizar la capacidad de pago de los usuarios residentes en el área de influencia del proyecto
- Analizar el tráfico de corta y media distancia
- Analizar el impacto sobre los costos del transporte de servicio público de pasajeros y carga
- Describir el impacto de las tarifas sobre las comunidades aledañas y el transporte público de pasajeros de y carga.
- Análisis del comercio sobre el trayecto y o vía.
- Análisis de los impactos al instalar el peaje.
- Identificación de impactos sobre los habitantes de la zona

Los análisis efectuados por el perito no prueban de ninguna manera que el equilibrio económico del Contrato se hubiera visto afectado por el no traslado del peaje Albarracín, ya que, señala, como se expresó al momento del descender el traslado del dictamen pericial, éste no era un asunto simplemente financiero, así como el mismo perito lo manifestó en el documento de aclaraciones y complementaciones presentado al Tribunal (pregunta No 10; página No 11 del documento), determinando que esto se escapaba a su formación profesional. Siendo así las cosas, no pudo la Convocante probar la existencia y mucho menos la cuantía de los perjuicios reclamados en virtud del aparente desequilibrio reclamado, así como tampoco probó que los mismos en caso de existir fueran consecuencia inmediata o directa de alguna actuación de la ANI que causara un incumplimiento contractual de sus obligaciones. No procede la reparación de daños pretendida porque primero los derechos procurados por el Concesionario no existen, y segundo por cuanto la ANI no incumplió obligación alguna total o parcialmente, ni puede decirse que el cumplimiento imperfecto o retardado de sus obligaciones haya ocasionado daño alguno. En reciente Laudo proferido el 1º de febrero de 2019 entre las mismas Partes se determinó que:

“No está permitido, calcular el daño partiendo de suposiciones, conjeturas o valores promedio de costo, sino que se requiere de una cuantificación basada en la realidad contable que contenga una individualización plena del valor real derivado del pretendido costo”²⁵⁵”

²⁵⁵ Laudo Arbitral CSS CONSTRUCTORES Vs ANI del 1 de febrero de 2019 página 112

3.5. El Concepto del Señor Agente del Ministerio Público

En relación con este tema, el señor Agente del Ministerio Público conceptuó:

“El consorcio demandante aseveró que el contrato, con las modificaciones de 29 de septiembre de 2005, imponía la reubicación de la citada caseta de los sectores 8 y 9 comprendidos entre Villapinzón y Albarracín y Ventaquemada, al sector 7, comprendido entre los municipios de Chocontá y Villapinzón, que no se llevó a cabo, con el consecuente impacto negativo en el recaudo de peajes, por razón de una decisión unilateral de la entidad convocada dictada el 25 de septiembre de 2009, que dispuso que construyera una nueva en las inmediaciones del lugar en el que se hallaba levantada la existente, lo que determinó que se edificara en el tramo 9 Albarracín – Ventaquemada, km 60 + 800 y empezara a operar desde finales de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6. Consideraciones del Tribunal

3.6.1. Sobre la ubicación del peaje o caseta “Albarracín”

En la Adenda No. 2 a los Pliegos de la Licitación se identificaron claramente los Trayectos 5, 8 y 9 y las obras que debían ejecutarse en cada uno de ellos. En éstos dos últimos se precisó la ubicación de la Caseta de Peaje Albarracín, de manera que no existía duda de su existencia y ubicación en los Trayectos 8 y 9 y no en el Trayecto 5.

El Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 definió las “Casetas de Peaje existentes” o “Casetas de peaje”, como las estaciones de peaje, equipos y accesorios existentes dentro del Proyecto al momento del cierre de la Licitación y que una vez entregadas al Concesionario de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 16, “deberán ser adecuadas y operadas por el mismo en los términos establecidos en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** de este **Contrato**, y las cuales se relacionan en el Anexo C de las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**. A su vez, al definir los Trayectos, como cada uno de los segmentos en que se dividió la vía respecto de la cual versa el Contrato para efectos de la ejecución del Proyecto, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**, ellos fueron identificados de manera precisa en el Contrato de Concesión, así:

“Trayecto 1”: Es el segmento comprendido entre Briceño y el inicio de la Variante Gachancipá – Tocancipá, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 2”: Es el segmento comprendido entre el inicio y el final de la Variante Gachancipá – Tocancipá correspondiente al **Trayecto** de vía existente, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 3”: Es el segmento comprendido entre el inicio y el final de la Variante Tocancipá – Gachancipá correspondiente al **Trayecto** de vía nueva que se construirá, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 4”: Es el segmento comprendido entre el final de la Variante Tocancipá – Gachancipá y Sesquilé, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 5”: Es el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 6”: Es el segmento comprendido entre Cruce de la Salida a Guateque y Chocontá según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 7”: Es el segmento comprendido entre Chocontá y Villapinzón, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 8”: Es el segmento comprendido entre Villapinzón -y el Peaje Albarracín, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 9”: Es el segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 10”:

Es el segmento comprendido entre Ventaquemada y Tunja, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 11”:

Es el segmento comprendido entre el inicio y el final del Paso Urbano Tunja, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 12”:

Es el segmento comprendido entre el inicio y el final de la Variante Tunja, correspondiente al trayecto de vía nueva que se construirá, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 13”:

Es el segmento comprendido entre Tunja y Mortiñal, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 14”:

Es el segmento comprendido entre Mortiñal y Paipa, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 15”:

Es el segmento comprendido entre Paipa y Duitama, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 16”:

Es el segmento comprendido entre Duitama y La Ye, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 17”:

Es el segmento comprendido entre La Ye, Tibasosa y Sogamoso, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

“Trayecto 18”:

Es el segmento comprendido entre La Ye, Nobsa y Puente Blanco, según se determina en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**.

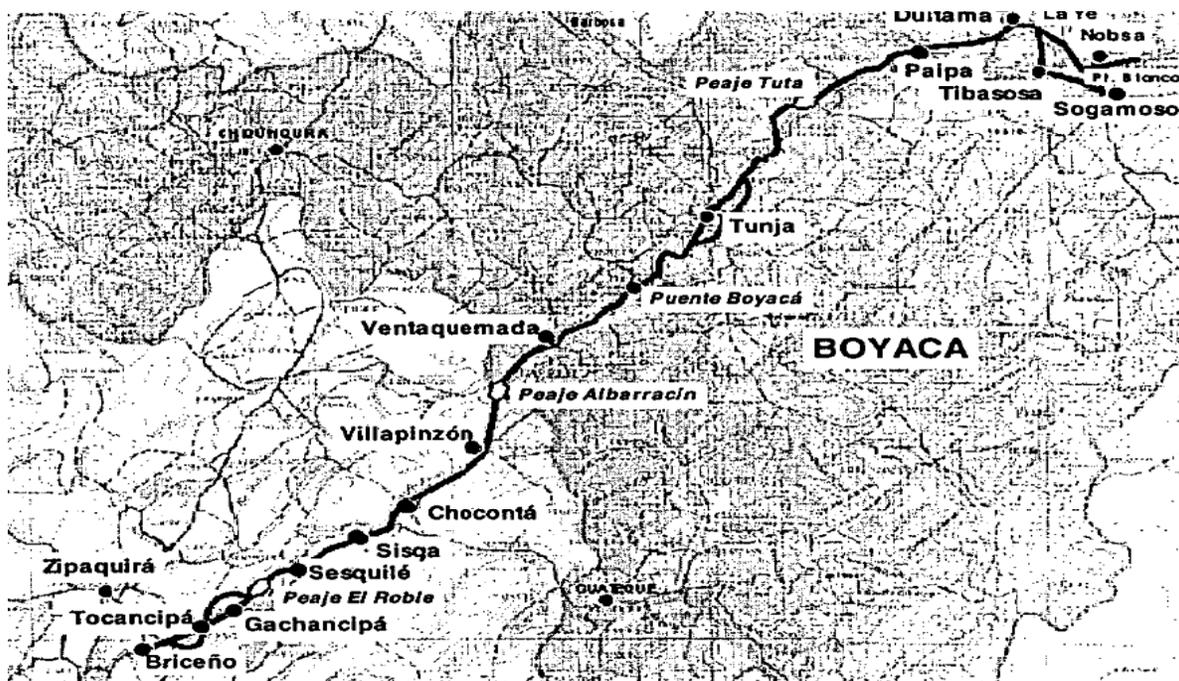
En las **Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento**, se contempló la siguiente Tabla que hace la identificación exacta de los Trayectos de la vía, así:

TABLA 1. IDENTIFICACIÓN DE TRAYECTOS DE VÍA

| TRAYECTO | ABCISA INICIAL | ABCISA FINAL | LONGITUD TRAYECTO |
|-----------------------------------------------------------|----------------|--------------|-------------------|
| 1. Briceño – Inicio Variante Tocancipá Gachancipá | K0+000,00 | K2+022,77 | 2.022 km |
| 2. Vía existente Tocancipá – Gachancipá | K2+022,77 | K16+095,11 | 14.072 km |
| 3. Variante Tocancipá – Gachancipá | K0+000,00 | K16+675,14 | 14.762 km |
| 4. Fin Variante Tocancipá Gachancipá – [Cruce a] Sesquilé | K16+095,11 | K22+360,00 | 6.265 km |
| 5. [Cruces a] Sesquilé – [Cruce de salida a] Guateque | K22+360,00 | K33+000,00 | 10.640 km |
| 6. [Cruce de salida a] Guateque – Chocontá | K33+000,00 | K40+500,00 | 7.497 km |
| 7. Chocontá – Villapinzón | K40+500,00 | K53+966,95 | 13.467 km |
| 8. Villapinzón – Peaje Albarracín | K53+966,95 | K63+250,00 | 8.800 km |
| 9. Peaje Albarracín – Ventaquemada | K63+250,00 | K74+960,00 | 11.710 km |
| 10. Ventaquemada – [Inicio paso Urbano] Tunja | K74+960,00 | K102+666,00 | 27.695 km |
| 11. Paso Urbano [de] Tunja | K102+266,00 | K110+767,00 | 8.101 km |
| 12. Variante [de] Tunja | K98+700,00 | K114+824,71 | 16.000 km |
| 13. Tunja – Mortiñal | K110+767,00 | K121+000,00 | 10.233 km |
| 14. Mortiñal – Paipa | K121+000,00 | K146+000,00 | 25.000 km |
| 15. Paipa – Duitama | K146+000,00 | K158+000,00 | 12.000 km |
| 16. Duitama – La Ye | K158+000,00 | K162+347,00 | 4.347 km |
| 17. La Ye – Tibasosa – Sogamoso | K162+347,00 | K175+961,58 | 13.615 km |
| 18. La Ye – [Puente Blanco por] Nobsa | K162+347,00 | K175+868,82 | 13.522 km |

Fuente: Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento

Ello indica que el peaje Albarracín estaba ubicado exactamente en la abscisa Km 63+250,00 entre los Trayectos 8 y 9.



Fuente: Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento

Conforme a las Casetas de Peaje existentes durante la Licitación, adjudicación y celebración del Contrato de Concesión, no obstante lo indicado en la Tabla anterior y en los demás documentos contractuales, en el numeral 16.1. Casetas de Peaje se previó que:

“16.1.1. Las siguientes son las **Casetas de Peaje Existentes** que serán cedidas por el INVIAS al **CONCESIONARIO**:

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

Complementariamente, en el numeral 16.1.2. del Contrato de Concesión se previó que “Las Casetas de Peaje existentes antes mencionadas y relacionadas en el Anexo C de las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** serán entregadas por el INVIAS al **CONCESIONARIO** para su operación y mantenimiento, a más tardar a los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la fecha de terminación del(los) respectivo (s) contrato(s) de operación y recaudo de Peajes existente(s) con tercero(s) concesionario(s), el(los) cual(es) se encuentran como Anexo No. 45 del Contrato. La entrega de estas casetas se hará, sin embargo, previa realización del proceso de empalme al cual hace referencia el Parágrafo Segundo de esta Cláusula, entre el **CONCESIONARIO** y el(los) tercero(s) concesionario(s). (...)”

Así mismo, en la Cláusula 37 del Contrato de Concesión se pactó que la instalación y operación de, entre otras, las Casetas de Peaje, se ceñirán a lo previsto en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** y en el citado Contrato de Concesión. Los costos de adecuación necesarios para que dicha infraestructura cumpla con los requerimientos del Contrato, del Pliego de Condiciones y sus Anexos especialmente las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**, corren por cuenta del Concesionario.

En el Anexo C de las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** se relacionaron las Casetas de Peaje existentes y su ubicación en los Trayectos que corresponde. A su vez en el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes” suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **Agencia Nacional de**

Infraestructura – ANI y CSS Constructores S.A., se aclaró que la Caseta de Peaje Albarracín no estaba ubicada en el Trayecto 5, sino que forma parte de los Trayectos 8 y 9.

Por ello, al redactar los antecedentes respecto del pago al Concesionario de la compensación causada por el no traslado del peaje Albarracín al sector Villapinzón – Chocontá, en el documento que obra a los folios 4 y 5 del Cuaderno de Pruebas No. 2, la Convocante, luego de transcribir la Cláusula 16.1.1. del Contrato de Concesión 377 de 2002, expresamente señaló que “aun cuando en dicho contrato se especificó que la Caseta de Albarracín se encontraba ubicada en el Trayecto 5, definido en la cláusula primera como el ‘... segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento...’, en realidad esa caseta se encontraba – y fue recibida por el Concesionario- en su ubicación original, entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada). Es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada.”

Además, en el Considerando No. 14 del “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el Proyecto Vial ‘Briceño – Tunja – Sogamoso, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** y el Consorcio Solarte Solarte cedido luego a la Sociedad **CSS Constructores S.A.**”, Acuerdo suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005, se señala por ellas la existencia del Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, con el cual se recomendó la suscripción de dicho Acuerdo, en el que a su vez se indica que “De igual manera es importante establecer en el documento que las Partes se comprometen a evaluar la posibilidad de trasladar la nueva infraestructura a construir dentro de las obligaciones contractuales del CONCESIONARIO correspondientes a las obras del peaje denominado ‘Albarracín’ a un sector ubicado en el final del Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón). Esta infraestructura se encuentra actualmente al final del Trayecto 8, el cual será entregado al INVIAS como se mencionó anteriormente.”

De conformidad con el Considerando No. 15 del “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002” suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005, el citado Memorando hace parte integral de dicho Acuerdo.

Como se puede inferir, la Caseta Albarracín ya existía y conforme a la identificación de los Trayectos estaba ubicada entre los Trayectos 8 y 9, pero en el numeral 16.1.1 se indicó erróneamente que estaba ubicada en el Trayecto 5.

Recuérdese la identificación y ubicación de los Trayectos 8 y 9, con base en lo previsto en el Contrato de Concesión, en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**, en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** y en el **Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes**:

“Trayecto 8”: Es el segmento comprendido entre Villapinzón -y el Peaje Albarracín.

“Trayecto 9”: Es el segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada.

Mientras que según lo previsto en el Contrato de Concesión, en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**, en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** y en el **Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes**, la identificación y ubicación del “Trayecto 5” es el segmento comprendido entre Sesquilé y el Cruce de la Salida a Guateque.

Así entonces, la Caseta Albarracín que corresponde al Peaje Albarracín, ya existente a la celebración del Contrato de Concesión, estaba y está ubicada entre el Municipio de Villapinzón del Departamento de Cundinamarca y el Municipio de Ventaquemada del Departamento de Boyacá, y

más precisamente añeja a la jurisdicción de la Vereda Albarracín del Municipio de Ventaquemada de donde deriva su nombre de Caseta o Peaje Albarracín y, por lo tanto, dicha caseta nunca estuvo ubicada en el Trayecto 5, esto es, en el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque.

Por Auto del 20 de junio de 2018, este Tribunal ordenó a oficiar al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS- para que le informara en qué fecha fue construida y/o instalada la caseta o estación de peaje denominada “*Caseta Albarracín*” que actualmente hace parte de la infraestructura del proyecto vial Briceño – Tunja – Sogamoso y que fue cedida por el INVÍAS al Concesionario **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en virtud de lo pactado en la Cláusula 16.1.1. del Contrato de Concesión No. 0377 celebrado el 15 de julio de 2002 entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS y el CONSORCIO SOLARTE SOLARTE; e, informara al Tribunal si esa caseta o estación de peaje siempre ha estado ubicada en el sitio donde actualmente se encuentra, o si estuvo inicialmente ubicada en otro lugar, o si alguna vez fue reubicada en otro sector o trayecto y cuál ha sido el sector o sectores o trayecto de influencia de dicha estación de peaje. Igualmente, este Instituto deberá suministrar los estudios de tráfico vehicular de que disponga respecto de la vía Briceño – Tunja – Sogamoso objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, que se hayan realizado antes de entregarse la vía en Concesión.

Al atender requerimiento de este Tribunal, mediante comunicación No. OAJ 28493 del 5 de julio de 2018, el Instituto Nacional de Vías INVÍAS señaló igualmente que la Caseta de Albarracín fue construida en 1987 en el sitio Albarracín - Sector Villapinzón – Ventaquemada, del tramo 5501 – La Cita – Tunja, más precisamente en el K97+500 del Sector Chocontá – Ventaquemada, de la carretera Bogotá - Tunja.

En efecto, dijo el INVÍAS en la citada comunicación:

“A través de la Resolución No. 9838 del 22 de octubre de 1987 el Ministerio de Obras Públicas y del Transporte estableció en su artículo segundo: ‘Establécese el cobro de derecho de peaje en la caseta que se ubicará en el sitio ALBARRACIN, Sector Villapinzón – Ventaquemada, del tramo 5501 – La Cita – Tunja. PARÁGRAFO PRIMERO: Los usuarios del Sector Villapinzón – Ventaquemada, del tramo 5501 – La Cita – Tunja, sin excepción alguna, pagará al Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Vial Nacional – el derecho de peaje, de acuerdo con las siguientes tarifas (...)’

“Consultado el archivo central del Instituto Nacional de Vías, se pudo ubicar una carpeta que contiene información relacionada con el contrato No. 0658 del 3 de diciembre de 1987, de construcción de la Caseta de Peaje en el K97+500 del sector Chocontá – Ventaquemada, de la carretera Bogotá – Tunja, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y Juan Martín Beltrán Rincón, del cual se adjunta copia, sitio en el cual se ubicó la estación de peaje Albarracín, según lo ordenado mediante la Resolución No.9838 del 22 de octubre de 1987. Así mismo se señala en acta de reunión suscrita por el contratista y funcionarios del Ministerio de Obras Públicas que el día lunes primero de enero de 1990, se ponen en funcionamiento dos vías auxiliares en el peaje para facilitar el tránsito de vehículos y su control mediante utilización de dos casetas, para lo cual se dio inicio al cobro por el paso de vehículos en ambas direcciones por las vías auxiliares. Se adjunta copia.”

Finalmente, en la misma comunicación, el Instituto Nacional de Vías INVÍAS señaló que “Revisados los antecedentes que reposan en el archivo del Instituto Nacional de Vías, no se evidencia que la estación de peaje ALBARRACIN haya sido reubicada por esta entidad”.

En todo caso, la caseta de peaje sí se movió en 2009 dentro del mismo PR, pero se halla ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada.

Así, entonces, tal y como lo reconoce la propia Parte Convocante, así solicita que se declare y así se declarará por este Tribunal, la “*Caseta Albarracín*” se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre

el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada como consta en el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes” suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** y **CSS Constructores S.A.**

A contrario sensu, no es posible declarar al mismo tiempo -como se le pide que lo haga el Tribunal- que la ‘Caseta Albarracín’ estuvo o está ubicada en el Trayecto 5. Como se infiere, es un error evidente el que se halla en el numeral 2 de la Cláusula 16.1.1 del Contrato de Concesión al señalar que la “Caseta Albarracín, con cobro en 2 sentidos”, haya estado o esté “ubicada en el **Trayecto 5**”, cuando en el mismo Contrato -tanto en las definiciones como en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**- se precisa y luego se aclara en el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes” suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** y la misma Sociedad Convocante **CSS Constructores S.A.**, que la “Caseta Albarracín” se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada).

Como consecuencia de todo lo anterior, además, no se puede acceder a la pretensión de declarar que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** haya incumplido la Cláusula 16.1.1. del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

3.6.2. La redefinición física de la Concesión según el Acuerdo del 29 de julio de 2005 y conforme a él, la necesidad de reubicar entonces el Peaje o Caseta Albarracín

Después de su celebración y en plena ejecución del Contrato de Concesión, las Partes estudiaron la posibilidad de modificar el Alcance del mismo y así lo hicieron el 29 de julio de 2005, fecha en la cual, al redefinir su alcance físico y excluir de la Concesión los Trayectos 8, 9, 10 y 17, acordaron modificar la ubicación del peaje o caseta Albarracín que, como se verá a continuación, consistió en trasladarlo de los Trayectos 8 (en el segmento comprendido entre Villapinzón y el Peaje Albarracín) y 9 (en el segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), al “Trayecto 7” en el segmento de Chocontá - Villapinzón. Nunca fue voluntad de las Partes, ni siquiera fue su intención, trasladarlo al “Trayecto 5”, esto es, al segmento comprendido entre Sesquilé y el Cruce de la Salida a Guateque.²⁵⁶

3.6.2.1. Lo acordado en el Contrato Adicional No. 1 del 7 de agosto de 2003

Según el examen de los antecedentes contractuales,²⁵⁷ el Tribunal ha constatado que el 7 de agosto de 2003, las Partes suscribieron el Contrato Adicional No. 1, en cuyo objeto se acordó la realización de “(...) los estudios y diseños de la segunda calzada para los trayectos de vía del proyecto que no tienen este alcance en el proyecto original, en consonancia con la Cláusula cuarta del presente contrato adicional. Se exceptúan los trayectos 2 (vía existente Tocancipá-Gachancipá), 11 (Paso Urbano por Tunja), 17 Ya ye-Tibasosa-Sogamoso) y 18 (la ye-Nobsa).”

En el párrafo primero de la Cláusula Cuarta del citado Contrato Adicional No. 1 celebrado el 7 de agosto de 2003, las Partes acordaron que

²⁵⁶ Según observa el Tribunal en los considerandos del Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005 y en los considerandos del Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito por las mismas Partes el 29 de septiembre de 2005.

²⁵⁷ Y, según se observa, igualmente, en los considerandos del Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005 y en los considerandos del Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito por las mismas Partes el 29 de septiembre de 2005.

“El alcance de los estudios y diseños de la rehabilitación y de la gestión predial, previstos dentro del presente contrato adicional, reemplaza el previsto en el contrato inicial para el alcance básico y el alcance condicionado, y tendrán en cuenta lo siguiente:

- Los trabajos de rehabilitación se realizarán sobre la vía existente, y únicamente, se mejorarán algunas curvas puntuales y el sector Puente Boyacá y empalme variante de Tunja.
- Los trabajos de rehabilitación serán adelantados en el ancho de la vía actual.
- No se construirán terceros carriles.

(...)”

A su vez, en el Parágrafo Tercero de la misma Cláusula Cuarta del citado Contrato Adicional No. 1 celebrado el 7 de agosto de 2003, se acordó que

“Con base en los resultados de los estudios de rehabilitación y de la segunda calzada, las partes se comprometen a evaluar el impacto económico de los cambios que surjan en el proyecto, específicamente en los ahorros que ello implicará, para efectos de definir con base en dichos ahorros, un plan maestro de inversiones para acometer trabajos de segunda calzada y variantes, en forma gradual, priorizando los tramos que presenten deficiencias de servicio en la vía, de conformidad con lo indicado en el documento técnico N° 990-0032-0934 del 31 de julio de 2003 suscrito por el Asistente Técnico.

“El Plan Maestro de Inversiones será acordado entre las partes, acuerdos que quedarán suscritos a través de un documento elaborado por parte de la Entidad.”

En cumplimiento de lo previsto en el Contrato Adicional No. 1, el Concesionario realizó y entregó los estudios y diseños, conforme al alcance señalado y así, se dio por terminada la Etapa de Preconstrucción y se inició la Etapa de Construcción, tal y como consta en el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, suscrita por las Partes el 24 de agosto de 2004.

Así mismo, el 16 de noviembre de 2004, las Partes suscribieron el documento denominado “Metodología de cálculo de cantidades de obra para compensar la construcción de la vía en doble calzada por el tercer carril y la rehabilitación de la vía existente según Ley 105/93 conforme lo previsto en el Contrato Adicional N° 1 al Contrato de Concesión 0377/2002.” De conformidad con lo previsto en este documento, el INCO, la Interventoría y el Concesionario, de manera conjunta, adelantaron el ejercicio allí previsto, el cual concluyó el 28 de febrero de 2005, fecha en la cual las Partes obtuvieron las cantidades de obra para cada uno de los escenarios planteados. Ese documento hace parte integral del Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005. Con esta información, el Supervisor del Proyecto conjuntamente con la Interventoría, adelantaron el ejercicio financiero tendiente a compensar cantidades de obra e inferir los recursos adicionales necesarios para la construcción de la segunda calzada y obras adicionales, así como elaborar una primera versión del Plan Maestro de Inversiones, todo, de conformidad con lo señalado en el Contrato Adicional No. 1. Los resultados de los ejercicios financieros se incluyeron como anexo a la carta, radicada en el INCO con el número 05252 del día 21 de abril de 2005.

Como resultado de la evaluación de las alternativas derivadas del ejercicio financiero contenido en la citada comunicación del 21 de abril de 2005, el INCO le solicitó al Concesionario, mediante la comunicación N° SGC-005950 del 13 de julio de 2005, que: i) Presentara una propuesta concreta sobre este asunto que contemplara evaluar la posibilidad de suspender la ejecución de la variante Tocancipá – Gachancipá, reconociendo al Concesionario las actividades ejecutadas hasta esa fecha, a fin de dedicar los recursos liberados a la ejecución de ampliaciones a doble calzada en otros sectores de la vía concesionada, lo mismo que evaluar la posibilidad de suspender la ejecución de actividades de rehabilitación, construcción, mejoramiento, mantenimiento y operación de la vía en algunos sectores, destinando los recursos liberados a la ejecución de ampliaciones a doble calzada en sectores definidos por necesidades de priorización en la vía concesionada, lo cual permitiría

definir sectores completos de intervención en doble calzada, dejando otros sectores completos sin intervenir, cuya rehabilitación, construcción, mantenimiento y operación sería contratada por aparte por la entidad concedente, todo lo cual requeriría la adición en valor al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002; y, ii) Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, presentara una propuesta en la cual se identificara el alcance de las obras de segunda calzada que podrían llegar a ejecutarse al adicionar el valor del Contrato de Concesión.

3.6.2.2. La reestructuración del alcance físico de la Concesión según las necesidades de priorización de obras identificadas en la vía Briceño – Tunja – Sogamoso, definida por las Partes en el “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002” suscrito el 29 de julio de 2005

Con fundamento en lo anterior y de diversas discusiones preparatorias sostenidas con representantes del Gobierno Nacional y del INCO,²⁵⁸ el Concesionario envió la comunicación N°1378-35 del 14 de julio de 2005, con radicado en el INCO N°010108 del 14 de julio de 2005, con la cual entregó al INCO la propuesta de reestructuración del alcance físico de la concesión, de acuerdo con las necesidades de priorización de las obras identificadas en la vía Briceño – Tunja – Sogamoso. La propuesta incluyó la adición del 50% en valor del Ingreso Esperado, el cual ascendería de un valor de \$1.2 billones de pesos de diciembre de 2000, a \$1.8 billones de pesos de diciembre de 2000, y las fuentes serían el resultado de una combinación de los siguientes elementos: i) recursos adicionales provenientes del recaudo de peajes, lo cual implica que ellos, incluido el peaje Albarracín, se mantendrían; ii) recursos propios de la Nación; y, iii) ampliación del plazo de la Concesión.

Para mejor análisis, en dicha comunicación el Concesionario señaló:

“3. DESARROLLO DE LA PROPUESTA

“3.1. Alcance de las obras:

“Como resultado de la revisión solicitada, teniendo en cuenta la totalidad de los aspectos considerados en el ejercicio financiero presentado por el CONCESIONARIO como anexo a la carta No. 0683-35 del 21 de abril de 2005, enviada por el CONCESIONARIO al Instituto Nacional de Concesiones, y al incluir los aspectos definidos por el Alto Gobierno en el sentido de considerar la no ejecución de la variante Tocancipá – Gachancipá, su reemplazo por la construcción de una segunda calzada paralela a la existente en el trayecto 2, la no rehabilitación, construcción, mejoramiento, mantenimiento, y operación de la vía en algunos sectores, y la adición del contrato de concesión en valor en un 50%; se propone el alcance de las obras señalado en el esquema incluido en la página siguiente.

“De acuerdo con este esquema, se destaca la construcción de aproximadamente 121 km de doble calzada, la determinación de una longitud sin intervenir aproximada de 62 km y la determinación de una longitud aproximada de 22 km que está en proceso de ser rehabilitada y que será devuelta al INCO una vez terminen las actividades de rehabilitación, para que la Entidad proceda a contratar su mantenimiento y operación.

“3.2. Adición en valor del Ingreso Esperado:

“La propuesta incluye la adición del 50% del valor del Ingreso Esperado, el cual ascenderá de un valor original de \$1.2 billones de pesos de Diciembre de 2000, a \$1.8 billones de pesos de Diciembre de 2000. Lo anterior representa un valor adicional de \$600.000 millones de pesos de Diciembre de 2000.

²⁵⁸ Según observa el Tribunal, igualmente, en los considerandos del Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005 y en los considerandos del Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito por las mismas Partes el 29 de septiembre de 2005.

“3.3. Fuentes probables de recursos:

“Las fuentes de recursos serán definidas por la entidad concedente, aunque en el ejercicio se ha previsto la utilización de recursos adicionales provenientes del recaudo de peajes por el valor total del monto adicionado, a [l]o largo de la duración del plazo Contrato de Concesión (sic). En principio, se prevé que las fuentes pueden ser el resultado de una combinación de los siguientes elementos:

- Recursos adicionales provenientes del recaudo de peajes
- Recursos propios de la Nación
- Ampliación del plazo de la concesión.”

Esta propuesta involucró los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación entregado el 21 de abril de 2005, antes citado, esto es, i) la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, para los trayectos en los que, en los estudios y diseños, se proyectaba construir segunda calzada; ii) la no ampliación a tercer carril, en los trayectos en los que esta actividad estaba prevista en el contrato original; iii) la no ampliación de tercer carril a segunda calzada, en los trayectos en los que esta actividad estaba prevista en el contrato original; iv) el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla; v) la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados, incluyendo la aplicación de las consideraciones técnicas especificadas en el Anexo N°5 del documento entregado el 21 de abril de 2005; vi) la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado; vii) la ejecución del empalme con la Concesión a cargo de la U.T. Devinorte; y, viii) la prórroga del inicio de la etapa de construcción.

Como resultado del análisis de la anterior propuesta, el Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Concesiones requirieron al Concesionario reevaluar el alcance propuesto, incluyendo la construcción de una segunda calzada paralela a la calzada existente en el trayecto 2, dejando sin intervenir los tramos de rehabilitación propuestos, lo cual implicaría la no intervención y la devolución al INCO de los trayectos 8, 9, 10 y 17 y la devolución al INCO de los trayectos 11 y 18, en los cuales la rehabilitación ya estaba próxima a terminarse. El mantenimiento y operación de estos trayectos (8, 9, 10, 11, 17 y 18) pasaría a ser responsabilidad del INCO.

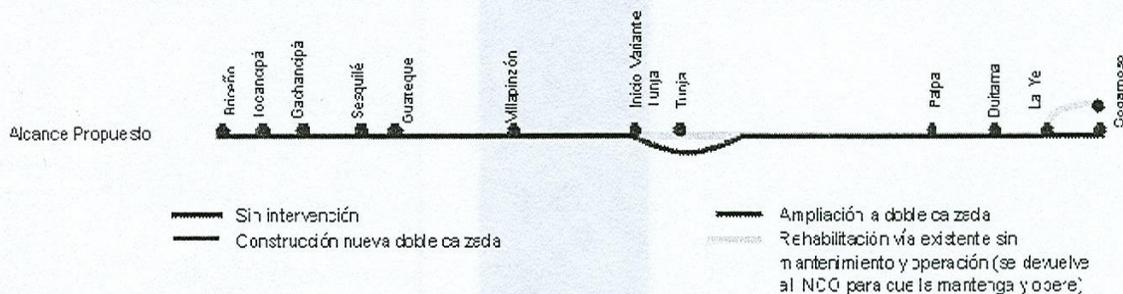
Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta los aspectos señalados en el párrafo precedente, el Concesionario, con la comunicación No. 1410-35 del 21 de julio de 2005, con radicado en el INCO No. 010497 del 22 de julio de 2005, complementó su propuesta, la cual fue objeto de evaluación técnica por parte del Subgerente de Gestión Contractual, del Supervisor del Proyecto y de la Asistente Jurídica del mismo, según consta en el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005; con base en dicha evaluación, de manera expresa, los citados funcionarios le recomendaron al Gerente General del INCO, procediera a la suscripción de un Documento Modificatorio y Contrato Adicional No. 7 al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, en los términos señalados en dicho Memorando, en el que se indicó:

“Teniendo en cuenta que para satisfacer las necesidades actuales es necesario modificar y adicionar las obras originalmente pactadas en los pliegos de condiciones, en el Contrato de Concesión y sus anexos y en las Especificaciones Técnicas de Construcción y de Operación y Mantenimiento se estima que la figura jurídica pertinente es la suscripción de un documento con base en lo previsto en las Cláusulas 1 y en el literal i) del numeral 48.3 de la Cláusula 48 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

“Lo anterior por cuanto las labores a contratar, además de ser indispensables para garantizar la seguridad de los usuarios de la vía concesionada, son compatibles y están directamente relacionadas con el objeto del Contrato de Concesión 0377 de 2002, además de guardar estrecha relación con las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO.

“De la misma manera a continuación se transcribe cual podría ser el nuevo alcance del proyecto, de acuerdo a la propuesta presentada por el CONCESIONARIO:

Alcance Propuesto con Adición del 50% Alternativa 21-07-2005 – Variante de Tunja de 16 Km



| TRAYECTO | DESCRIPCIÓN | LONGITUD | ALCANCE | | | | |
|----------------|-----------------------------|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|--------------|
| | | | Rehabilitación, sin mantenimiento y operación, cada trayecto se devuelve al INCO al terminar su correspondiente rehabilitación | Ampliación a doble calzada con mantenimiento y operación | Construcción nueva doble calzada con mantenimiento y operación | Sin intervención, se devuelve a INCO de inmediato | |
| 1 a 7 | Briceño - Villapinzón | 53,963 | | X | | | |
| 8 a 10 | Villapinzón - Tunja | 48,205 | | | | X | |
| 11 | Paso Urbano Tunja | 8,101 | X | | | | |
| 12 | Variante Tunja | 16 | | | X | | |
| 13 a 16 | Tunja - La Ye | 51,58 | | X | | | |
| 17 | La Ye - Tibasosa - Sogamoso | 13,615 | | | | X | |
| 18 | La Ye - Nobsa | 13,522 | X | | | | |
| Totales | | 204,986 | | 21,62 | 105,54 | 16,00 | 61,82 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Kilómetros de Doble Calzada Incluidos | 121,54 |
| Longitud sin intervenir: | 61,82 |
| Longitud rehabilitada, cada trayecto se devuelve al INCO al término de su correspondiente rehabilitación para que la entidad contrate el mantenimiento y operación: | 21,62 |

“Por lo anterior el alcance de las obras previstas en el contrato de concesión N° 0377 de 2002, quedaría así:

| TRAYECTO | DESCRIPCIÓN | LONGITUD | Rehabilitación, sin mantenimiento y operación, cada trayecto se devuelve al INCO al terminar su correspondiente rehabilitación | Ampliación a doble calzada con mantenimiento y operación | Construcción nueva doble calzada con mantenimiento y operación | Sin intervención, se devuelve al INVIAS |
|----------------|--------------------------------|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| 1 a 7 | Briceño - Villapinzón | 53,963 | | X | | |
| 8 a 10 | Villapinzón - Tunja | 48,205 | | | | X |
| 11 | Paso Urbano Tunja | 8,101 | X | | | |
| 12 | Variante Tunja | 16 | | | X | |
| 13 a 16 | Tunja - La Ye | 51,58 | | X | | |
| 17 | La Ye - Tibasosa - Sogamoso | 13,615 | | | | X |
| 18 | La Ye - Nobsa Puente Blanco | 13,522 | X | | | |
| Totales | | 204,986 | 21,62 | 105,54 | 16,00 | 61,82 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Kilómetros de Doble Calzada Incluidos: | 121,54 |
| Longitud sin intervenir: | 61,82 |
| Longitud rehabilitada, cada trayecto se devuelve al INCO (INVIAS) al término de su correspondiente rehabilitación. | 21,62 |

AAB

“El alcance así previsto reemplazaría integralmente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el contrato original, incluyendo la eliminación de todas las obligaciones del CONCESIONARIO asociadas a la variante Tocancipá – Gachancipá, al sector Villapinzón – Tunja y al trayecto 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso), así como la eliminación de las obligaciones de mantenimiento y operación previstas en los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La Ye-Nobsa-Sogamoso).”

En el citado Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, con base en la cual, de manera expresa, se le recomendó al Gerente General del INCO procediera a la suscripción de un Documento

Modificatorio y Contrato Adicional No. 7 al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, el Subgerente de Gestión Contractual, el Supervisor del Proyecto y la Asistente Jurídica del mismo, recomendaron, igualmente, dejar en claro en el Documento Modificatorio del Contrato de Concesión los siguientes asuntos:

“De acuerdo con la propuesta definitiva del CONCESIONARIO se destaca que es indispensable dejar claro en el documento modificatorio del contrato de concesión que los trayectos rehabilitados a ser devueltos al Instituto como son el Trayecto 11 y el Trayecto 18, deben ser recibidos a entera satisfacción del INCO a través de la Interventoría del proyecto y que en estos sectores no podrán quedar trabajos pendientes ni actividades ejecutadas en observación, en términos similares a los contemplados en la cláusula 39 del contrato actual de concesión, y considerando que especialmente estos dos trayectos mencionados no estarán dentro de la responsabilidad del CONCESIONARIO en sus etapas de Operación y Mantenimiento.

(...)

“De igual manera se destaca que es indispensable dejar en claro en el documento modificatorio del contrato de concesión que los trayectos para los cuales se propone no realizar ningún tipo de intervención y a ser devueltos al Instituto, como son los Trayectos del 8 al 10 y el Trayecto 17, deben ser recibidos a entera satisfacción del INCO a través de la Interventoría del proyecto y que en estos sectores no podrán quedar trabajos pendientes ni actividades ejecutadas en observación, en los términos actuales de mantenimiento actual. De la misma manera el CONCESIONARIO se deberá comprometer a efectuar todas las actividades indicadas por el Interventor con el fin de mantener el Índice de Estado con el cual se entregaron estos Trayectos por parte del INVIAS, y para lo cual se tomará como referencia las observaciones de la última medición hecha por el Interventor actual del proyecto. Una vez surtido este trámite, el INCO recibirá del CONCESIONARIO los Trayectos mencionados, a través del Interventor para lo cual se suscribirá con el CONCESIONARIO la respectiva Acta de Devolución de los Trayectos mencionados. De la misma manera es necesario que en este mismo acto de entrega el INCO devuelva los mencionados Trayectos al Instituto Nacional de Vías – INVIAS – para que este último se haga cargo desde ese momento de estos Trayectos en el corredor.

“Que de la misma manera es necesario dejar en claro en el documento modificatorio del contrato de concesión, y tal como se infiere de la propuesta definitiva del CONCESIONARIO presentada en su comunicación 1410-35 con Radicado INCO No 010497 de Julio 22 de 2005, que el alcance del contrato de concesión abarca el sector en doble calzada desde el fin del Trayecto 1 y el comienzo del Trayecto 2, este último a ejecutarse también en doble calzada. De la misma manera abarca desde el Fin del Trayecto 11 hasta el inicio del Trayecto 13, estos últimos una vez rehabilitados serán devueltos al INCO en las condiciones mencionadas en el considerando anterior. **Adicionalmente debe quedar claro que el CONCESIONARIO se obliga a construir mantener y operar la infraestructura del peaje denominado ‘Albarracín’ durante la duración del contrato de concesión, entendiéndose que este estará ubicado en el Trayecto No 8 (entregado al INVIAS).** (Subrayado y resaltado fuera del texto)

(...)

“**De igual manera es importante establecer en el documento que las partes se comprometen a evaluar la posibilidad de trasladar la nueva infraestructura a construir dentro de las obligaciones contractuales del CONCESIONARIO correspondientes a las obras del peaje denominado ‘Albarracín’ a un sector ubicado en el final del Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón). Esta infraestructura se encuentra actualmente al final del Trayecto 8, el cual será entregado al INVIAS como se mencionó anteriormente.**” (Resaltado y subrayado fuera del texto).

“De acuerdo con estas consideraciones, es viable técnicamente proceder a la elaboración de un documento que modifique y adicione el Contrato de Concesión No 0377 del 15 de Julio de 2002, previo análisis jurídico del comité inter-institucional mencionado anteriormente, el concepto de la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación del INCO y el concepto de la Interventoría del Proyecto. Lo anterior para dar un mayor alcance al proyecto denominado ‘Briceño-Tunja-Sogamoso’.

“Por las razones aducidas a lo largo de este estudio, se recomienda, desde el punto de vista técnico, la celebración de una adición y modificación al Contrato de Concesión 0377 del 15 de Julio de 2002, en los términos arriba expuestos.”

De conformidad con el Considerando No. 15 del “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002” suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005, el citado Memorando hace parte integral de dicho Acuerdo.

Como quiera que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.2.4. del Contrato de Concesión 0377 de 2002 -que obligaba al Concesionario a construir y poner en funcionamiento la infraestructura de operación de acuerdo con lo establecido en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**-, y que en éstas, al describir las acciones a ejecutar en el Trayecto 8, se encontraba contemplada como obligación a cargo del Concesionario la instalación y adecuación de la infraestructura de operación del peaje existente (Estación de Peaje Albarracín) ya ubicado en el Trayecto 8, del citado Memorando se infiere que en el proceso de negociación, debía quedar claro que el Concesionario se obligaría a construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del contrato de concesión, entendiéndose que éste estará ubicado en el Trayecto No 8 y que sería entregado al INVIAS porque se excluiría dicho Trayecto de la Concesión, sin perjuicio de que las Partes se comprometieran a evaluar la posibilidad de trasladar la nueva infraestructura a construir dentro de las obligaciones contractuales del Concesionario correspondientes a las obras del peaje denominado ‘Albarracín’ a un sector ubicado en el final del Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón).

En tal virtud, el 29 de julio de 2005, las Partes acordaron modificar el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, con sujeción a los parámetros y principios establecidos en este “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el Proyecto Vial ‘Briceño – Tunja – Sogamoso’, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y el Consorcio Solarte Solarte”,²⁵⁹ así:

“**PRIMERO:** La redefinición del alcance físico del proyecto en los siguientes términos, máximo:

| TRAYECTO | DESCRIPCIÓN | LONGITUD | Rehabilitación, sin mantenimiento y operación, cada trayecto se devuelve al INCO al terminar su correspondiente rehabilitación | Ampliación a doble calzada con mantenimiento y operación | Construcción nueva doble calzada con mantenimiento y operación | Sin intervención, se devuelve al INVIAS |
|----------------|-----------------------------|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| 1 a 7 | Briceño - Villapinzón | 53,963 | | X | | |
| 8 a 10 | Villapinzón - Tunja | 48,205 | | | | X |
| 11 | Paso Urbano Tunja | 8,101 | X | | | |
| 12 | Variante Tunja | 16 | | | X | |
| 13 a 16 | Tunja - La Ye | 51,58 | | X | | |
| 17 | La Ye - Tibasosa - Sogamoso | 13,615 | | | | X |
| 18 | La Ye – Nobsa Puente Blanco | 13,522 | X | | | |
| Totales | | 204,986 | 21,62 | 105,54 | 16,00 | 61,82 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Kilómetros de Doble Calzada Incluidos: | 121,54 |
| Longitud sin intervenir: | 61,82 |
| Longitud rehabilitada, cada trayecto se devuelve al INCO (INVIAS) al término de su correspondiente rehabilitación. | 21,62 |

AAB

“**PARÁGRAFO PRIMERO:** El alcance aquí previsto reemplaza íntegramente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el contrato original, incluyendo la eliminación de todas las obligaciones del **CONCESIONARIO** asociadas al Trayecto 3 ‘Variante Tocancipá-Gachancipá’, y

²⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 257 a 266

de los Trayectos 8, 9 y 10, sector desde Villapinzón a Tunja, de igual manera en el trayecto 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso), así como la eliminación de las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La -Ye-Nobsa-Puente Blanco) una vez el **CONCESIONARIO** culmine los trabajos de rehabilitación que actualmente adelanta en estos dos últimos trayectos y sean recibidos a entera satisfacción del **INCO**. Se entiende que las demás obligaciones contractuales quedan vigentes.

“**PARÁGRAFO SEGUNDO:** Las partes convienen que los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y en sus documentos complementarios para los sectores que deben ser intervenidos, continuarán siendo aquellos previstos en el Contrato original, exceptuando las modificaciones en el alcance de las obras a ejecutar contenidas en este numeral y la incorporación de los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el **INCO** el 21 de abril de 2005, incluyendo la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, la no construcción de terceros carriles, el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla, la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados -incluyendo la aplicación de integral de las consideraciones técnicas incluidas en el Anexo No. 5 del documento de 20 de abril de 2005-, la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado, la ejecución del empalme con la concesión a cargo de la U.T. Devinorte, la prórroga del inicio de la etapa de construcción, el giro al **CONCESIONARIO** como parte de pago del saldo disponible a la fecha en la cuenta Excedentes, y los demás previstos en el citado documento.

“**SEGUNDO:** El **CONCESIONARIO** se compromete con el **INCO** a desarrollar y ejecutar las obras descritas en el numeral anterior, de conformidad con el siguiente cronograma:

| PORCENTAJE DE EJECUCIÓN DE OBRAS POR AÑO(*) | |
|---------------------------------------------|------------|
| AÑO | PORCENTAJE |
| Año 1 + Año 2 | 35% |
| Año 3 | 20% |
| Año 4 | 20% |
| Año 5 | 25% |

(*) El avance de las obras y su orden de ejecución estarán sujetos al proceso de adquisición de predios y a las autorizaciones ambientales. El alcance anual de obras programadas se cumplirá de acuerdo con este cronograma.

“**PARÁGRAFO PRIMERO:** Las obras se ejecutarán en un plazo máximo de cinco (5) años contados a partir de la suscripción del presente documento. El **CONCESIONARIO** a partir de la fecha iniciará las actividades de gestión predial relacionadas con las obras a su cargo.

“**TERCERO:** El **Ingreso Esperado** no superará la suma máxima de un billón ochocientos mil millones de pesos de Diciembre de 2000 (COL\$1.8. billones).

“**PARÁGRAFO:** Las fuentes de recursos que más adelante se señalan, no variarán y se mantendrán en los términos originalmente pactados en el Contrato de Concesión No. 377 de 2002, sus apéndices y anexos:

- Recaudo de peajes
- Aportes de la Nación.

“No obstante lo anterior, al finalizar el cuarto año contado a partir de la suscripción del **Documento Final de Ajuste de Cláusulas**, las partes efectuarán una revisión de las condiciones financieras del Contrato de Concesión con el fin de determinar la posibilidad de **reducir el plazo**. Dicha revisión se efectuará siempre y cuando el **CONCESIONARIO** haya adelantado el 75% del avance físico de las obras anteriormente establecidas.

“En ningún caso los recursos de peajes de este corredor podrán destinarse para fines distintos a la recuperación de la inversión de la concesión.

“**CUARTO:** El plazo máximo para la obtención del **Ingreso Esperado** por parte del **CONCESIONARIO** no superará los cuarenta y cinco (45) años contados a partir de la **fecha de iniciación** del Contrato de Concesión.

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

| | TRAYECTOS | IDENTIFICACIÓN |
|---|--------------|---------------------------------|
| 1 | Trayecto 8 | Villapinzón – Peaje Albarracín |
| 2 | Trayecto 9 | Peaje Albarracín - Ventaquemada |
| 3 | Trayectos 10 | Ventaquemada – Tunja |
| 4 | Trayectos 17 | La Y – Tibabosa - Sogamoso |

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

“Las partes se comprometen a efectuar todas las gestiones necesarias ante el INVIAS para la suscripción del respectivo documento de reversión.

“**PARÁGRAFO PRIMERO:** Una vez el **CONCESIONARIO** finalice individualmente las obras de rehabilitación que actualmente está ejecutando en el Trayecto 11 (Paso Urbano por Tunja) y en el Trayecto 18 (La Y – Nobsa – Sogamoso), éstos serán devueltos en los términos previstos en este numeral.

“**PARÁGRAFO SEGUNDO:** La caseta de peaje de Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada.

“**SEXTO:** Materializar las modificaciones y ajustes previstos en el presente Acuerdo mediante un Documento Final de Ajuste Cláusulas, modificación que deberá suscribirse a más tardar el día jueves quince (15) de septiembre del año en curso. La devolución de los trayectos se efectuará en los términos antes descritos y en la misma fecha de suscripción del mencionado Documento Final de Ajuste de Cláusulas.”

A manera de conclusión, los acuerdos asociados a la reestructuración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, contemplados en el Documento suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005, se concretaron a:

- a. Ejecutar las obras de construcción para la ampliación a doble calzada con mantenimiento y operación de los Trayectos 1 a 7 (Briceño -Villapinzón), la construcción de nueva doble calzada con mantenimiento y operación del Trayecto 12 (Variante Tunja) y la construcción para la ampliación a doble calzada con mantenimiento y operación de los Trayectos 13 a 16 (Tunja - La Ye), para un total aproximado de 121 km de doble calzada;
- b. Como consecuencia de lo anterior y para cumplir con tal finalidad, incrementar en valor el Ingreso Esperado de 1.2 el cual no superaría la suma de 1.8 billones de pesos de diciembre de 2002, sin variar y por lo tanto mantener las fuentes de recursos -Recaudo de peajes y Aportes de la Nación-, en los términos originalmente pactados en el Contrato de Concesión, No. 377 de 2002, sus apéndices y anexos.

No obstante lo anterior, se acordó que al finalizar el cuarto año contado a partir de la suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas, las Partes efectuarían una revisión de las condiciones financieras del Contrato de Concesión - siempre y cuando el Concesionario hubiere adelantado el 75% del avance físico de las obras anteriormente establecidas-, con el fin de determinar la posibilidad de **reducir el plazo**. En ningún caso los recursos de peajes de este corredor podrían destinarse para fines distintos a la recuperación de la inversión de la concesión.

El plazo máximo para la obtención del **Ingreso Esperado** por parte del Concesionario no superaría los cuarenta y cinco (45) años, contados a partir de la fecha de iniciación del Contrato de Concesión;

- c. Eliminar todas las obligaciones del Concesionario asociadas al Trayecto 3 “Variante Tocancipá – Gacachancipá”, de los Trayectos 8, 9 y 10, sector desde Villapinzón a Tunja y del Trayecto 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso), así como las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La -Ye-Nobsa-Puente Blanco) una vez el

Concesionario culminara los trabajos de rehabilitación que en ese momento adelantaba en estos dos últimos trayectos y fueran recibidos a entera satisfacción del INCO. Todas las demás obligaciones contractuales quedaron vigentes;

- d. Convenir que los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y en sus documentos complementarios para los sectores que debían ser intervenidos, continuarían siendo aquellos previstos en el Contrato original, exceptuando las modificaciones en el alcance de las obras a ejecutar contenidas en el numeral Primero y la incorporación de los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el INCO el 21 de abril de 2005, incluyendo la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, la no construcción de terceros carriles, el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla, la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados -incluyendo la aplicación de integral de las consideraciones técnicas incluidas en el Anexo No. 5 del documento de 20 de abril de 2005-, la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado, la ejecución del empalme con la concesión a cargo de la U.T. Devinorte, la prórroga del inicio de la etapa de construcción, el giro al Concesionario como parte de pago del saldo disponible a la fecha en la cuenta Excedentes, y los demás previstos en el citado documento;
- e. Devolver, sin intervención, al INCO y de éste al INVIAS los Trayectos 8, 9, 10 y 17 en la fecha de suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas;
- f. Devolver, una vez terminara la rehabilitación, al INCO los Trayectos 11 y 18;
- g. **Trasladar el peaje o caseta Albarracín al “Trayecto 7” manteniendo las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada;**
- h. Asumir por parte del INCO las operaciones de mantenimiento y operación de los Trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18; y,
- i. Materializar las modificaciones y ajustes previstos en el presente Acuerdo mediante Documento Final de Ajuste de Cláusulas, modificación que debía suscribirse a más tardar el 15 de septiembre de 2005.

En suma, para los efectos de la controversia objeto de examen judicial- mediante el “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 - con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el proyecto vial “Briceño – Tunja - Sogamoso”, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- y el Consorcio Solarte Solarte” el 29 de julio de 2005, las Partes acordaron redefinir el alcance físico del proyecto vial y como consecuencia de ella, excluyeron, entre otros, los Trayectos 8, 9, 10 y 17, esto es, según el Contrato de Concesión, las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento y el Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes: El “Trayecto 8”, es decir, el segmento comprendido entre Villapinzón y el Peaje Albarracín; el “Trayecto 9”, es decir, el segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada; el “Trayecto 10”, es decir, el segmento comprendido entre Ventaquemada y Tunja; y, el “Trayecto 17”, es decir, el segmento comprendido entre La Ye, Tibasosa y Sogamoso (Acuerdo Primero).

Tal y como lo reconoce la Parte Convocante en los hechos que describe en la demanda arbitral, en el Parágrafo Segundo del Acuerdo Quinto de ese documento las Partes acordaron que **“La caseta de peaje de Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada.”** (Resaltado fuera del texto).

TABLA 1. IDENTIFICACIÓN DE TRAYECTOS DE VÍA

| TRAYECTO | ABCISA INICIAL | ABCISA FINAL | LONGITUD TRAYECTO |
|------------------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| (...) | (...) | (...) | (...) |
| 7. Chocontá – Villapinzón | K40+500,00 | K53+966,95 | 13.467 km |
| 8. Villapinzón – Peaje Albarracín | K53+966,95 | K63+250,00 | 8.800 km |
| 9. Peaje Albarracín – Ventaquemada | K63+250,00 | K74+960,00 | 11.710 km |
| (...) | | | |

De esta manera, se acordó que el peaje Albarracín ubicado exactamente en la abcisa Km 63+250,00 entre los Trayectos 8 y 9, sería trasladado a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón) que, se itera, según el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, sería el punto final de éste, es decir, en la abcisa K53+966,95, lo que implicaría moverlo a una distancia aproximada de entre 9.2 y 9.3 km., entre el sitio donde se ubicaba (abcisa Km 63+250,0) hasta el final de Villapinzón (abcisa K53+966,95).

Recuérdese que tal y como lo reconoce igualmente la propia Parte Convocante y así solicita que se declare en la Pretensión Décima Cuarta, la “Caseta Albarracín” se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada, que en virtud de ese ese Acuerdo de redefinición del alcance físico se excluyeron, con lo cual, el peaje Albarracín se debía trasladar a un trayecto próximo dentro de la vía concesionada para mantener y garantizar la continuidad y sostenibilidad de la financiación del proyecto. Fue por ello, que en dicho Acuerdo del 29 de julio de 2005, las Partes acordaron su traslado.

Por tal motivo es que la Convocante señaló en su alegato de conclusión que,

“Es en razón del pacto que viene de suscribirse que cualquier controversia que hubiera podido surgir por el incumplimiento inicial de la ANI relacionada con la ubicación del peaje Albarracín en el Trayecto 5 del proyecto, carece de relevancia en este trámite. En efecto, en virtud de los acuerdos consignados en el Documento del 29 de julio de 2005, es evidente que la previsión contractual vinculante -y que aún subsiste- fue y es el traslado del peaje Albarracín al Trayecto 7.

“Así, teniendo en cuenta el escenario contractual anteriormente transcrito, resultaba claro y evidente que al excluir los Tramos 8 y 9 del proyecto concesionado -en donde se encontraba ubicado el Peaje Albarracín-, era menester y de obligatorio traslado el mismo, al Trayecto 7, tal y como lo previó el documento contractual vinculante para las Partes.” (Resaltado fuera del texto).

Aquí es preciso señalar que la fórmula de compensación contenida en este Acuerdo, definida en virtud de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión y concebida a partir de la evaluación de alternativas derivadas del ejercicio financiero de compensación entregado por el Concesionario el 21 de abril de 2005, según se señaló en el considerando 12 del dicho Acuerdo, fue la resultante de la estimación de las obras con las que se reemplazó integralmente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el Contrato original, incluyendo la eliminación de las obligaciones arriba señaladas contenidas en el numeral Tercero y la consecuente devolución sin intervenir de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, lo mismo que la devolución de los Trayectos 11 y 18 una vez finalizaran las obras de rehabilitación y, finalmente, el traslado de la caseta de peaje de Albarracín al Trayecto 7 en las mismas condiciones en las que fue concesionada, por todo lo cual el Ingreso Esperado no superará la suma máxima de un billón ochocientos mil millones de pesos de diciembre de 2000 (COL\$1.8 billones).

Aquí, entonces, no se acordó ninguna compensación especial adicional, como sí ocurrió v.gr. con la compensación relacionada con los Trayectos 8, 9, 10 y 17 que habiéndose excluido del Proyecto

Vial, el Concesionario continuaría con la obligación de mantenimiento y operación hasta por seis meses más mientras los devolvía al INCO y éste los entregaba al INVÍAS.

Por ello, aquí es muy importante tener presente que de conformidad con lo previsto en el numeral Séptimo de este “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el Proyecto Vial ‘Briceño – Tunja – Sogamoso’, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y el Consorcio Solarte Solarte” suscrito el 29 de julio de 2005, las Partes reconocieron que las modificaciones acordadas y consignadas en el mismo no daban lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hicieron constar que consideraban adecuada la fórmula de compensación pactada en ese documento por todos los derechos y obligaciones que las Partes se atribuyeron y, en consecuencia, renunciaron a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación. Expresamente en el numeral séptimo se acordó lo siguiente:

“SÉPTIMO: El INCO y el CONCESIONARIO de común acuerdo reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Acuerdo no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hacen constar que consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en este documento por todos los derechos y obligaciones que las partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación, que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación. El presente numeral quedará incorporado en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas.” (Resaltado fuera del texto)

3.6.2.3. La materialización de las modificaciones y ajustes en el “Documento Final de Ajuste de Cláusulas” suscrito el 29 de septiembre de 2005

Téngase en cuenta que en el numeral sexto del citado Acuerdo del 29 de julio de 2005 se acordó la obligación de las Partes de “Materializar las modificaciones y ajustes previstos en el presente Acuerdo mediante Documento Final de Ajuste de Cláusulas”, modificación que debía suscribirse a más tardar el 15 de septiembre de 2005.

Empero, el 15 de septiembre de 2005, las Partes acordaron aplazar hasta antes del 30 de septiembre de ese mismo año la suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas. La Interventoría del Proyecto solo emitió concepto favorable para la modificación del Contrato y la suscripción del Documento Final de Ajuste de Cláusulas mediante comunicación No. 985-029BTS-CI-1160 radicada en el INCO con el No. 014382 de septiembre 28 de 2005.

En tal virtud, como así lo reconoce la Convocante y así solicita que se declare por este Tribunal en la Pretensión Décima Quinta, luego que las Partes adelantaron la evaluación conjunta de las modificaciones y ajustes contractuales derivadas del Acuerdo suscrito el 29 de julio de 2005 y, mientras se ajustaban todas las condiciones necesarias para poder sacar a licitación y/o establecer el mecanismo más idóneo para garantizar la ejecución de las obras en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y el mantenimiento y operación de estos Trayectos y de los Trayectos 11 y 18 una vez se terminaran las obras previstas de rehabilitación, dando cumplimiento a lo previsto en el citado numeral sexto, el 29 de septiembre de 2005, las Partes suscribieron el “Documento Final de Ajuste de Cláusulas”,²⁶⁰ que tiene alcance de Otrosí, en el cual acordaron lo siguiente:

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

²⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 161 a 187

| TRAYECTO | DESCRIPCION | LONGITUD | Rehabilitación, sin mantenimiento y operación, cada trayecto se devuelve al INVIAS al terminar su correspondiente rehabilitación | Rehabilitación y Ampliación a doble calzada, con mantenimiento y operación | Construcción nueva doble calzada, con mantenimiento y operación | Sin Intervención, Devolución al INVIAS |
|---------------|-------------------------------|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|----------------------------------------|
| 1 a 2 y 4 a 7 | Briceño – Villapinzón | 53,963 | | X | | |
| 8 a 10 | Villapinzón – Tunja | 48,205 | | | | X |
| 11 | Paso Urbano Tunja | 8,101 | X | | | |
| 12 | Variante Tunja | 16 | | | X | |
| 13 a 16 | Tunja – La Ye | 51,58 | | X | | |
| 17 | La Ye – Tibasosa – Sogamoso | 13,615 | | | | X |
| 18 | La Ye – Nobsa – Puente Blanco | 13,522 | X | | | |
| Total | | 204,986 | 21,82 | 105,54 | 16,00 | 61,82 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Kilometraje de Doble Calzada incluidos: | 121,54 |
| Longitud sin intervenir | 61,82 |
| Longitud rehabilitada. Cada Trayecto se devuelve al INVIAS al término de su correspondiente rehabilitación | 21,62 |

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

“**PARÁGRAFO SEGUNDO.**- Se entiende que la ‘Etapa de Construcción’ para el proyecto es el periodo comprendido entre la fecha de la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y la fecha en que se suscriba el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación.

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

“**PARÁGRAFO TERCERO.**- El Concesionario deberá realizar todas las obras previstas en el **Alcance Definitivo**, en los términos y condiciones establecidos en el contrato de concesión, sus anexos y en los documentos complementarios y/o modificatorios para los sectores a ser intervenidos considerando, además, las siguientes definiciones: **Trayecto 1:** Es el segmento comprendido entre Briceño y el inicio del Trayecto 2, según se determina en el **Alcance Definitivo**; **Trayecto 2:** Es el segmento comprendido entre el final del Trayecto 1 y el inicio del Trayecto 4, correspondiente al **Trayecto** de vía existente, según se determina en el **Alcance Definitivo**; **Trayecto 4:** Es el segmento comprendido entre el final del Trayecto 2 y el cruce a Sesquilé, según se determina en el **Alcance Definitivo**.

“**PARÁGRAFO CUARTO:** Si por algún motivo, durante **La Etapa de Construcción**, el **Concesionario** debe revisar y/o modificar los diseños definitivos elaborados, se seguirá el mismo procedimiento establecido en la cláusula 30 del contrato de concesión, en especial para la modificación de los diseños en el **Trayecto 2**, de acuerdo con el **Alcance Definitivo** establecido en esta cláusula. Para este evento contará con un plazo máximo de seis (6) meses contados desde el 1 de Octubre de 2005, para entregar al Interventor los mencionados diseños.

“**CLÁUSULA SEGUNDA.- CRONOGRAMA DE PORCENTAJE DE EJECUCIÓN DE OBRAS POR AÑO.** El CONCESIONARIO se compromete con el INCO a desarrollar y ejecutar las obras descritas en la cláusula anterior, de conformidad con el siguiente cronograma:

| PORCENTAJE DE EJECUCIÓN DE OBRAS POR AÑO(*) | |
|---------------------------------------------|------------|
| AÑO | PORCENTAJE |
| Año 1 + Año 2 | 35% |
| Año 3 | 20% |
| Año 4 | 20% |
| Año 5 | 25% |

(*) El avance de las obras y su orden de ejecución estarán sujetos al proceso de adquisición de predios y a las autorizaciones ambientales. El alcance anual de obras programadas se cumplirá de acuerdo con este cronograma.

“**PARÁGRAFO PRIMERO:** La totalidad de las obras se ejecutarán en un plazo máximo de cinco (5) años contados a partir del 29 de julio de 2005.

(...)

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

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

“**CLÁUSULA CUARTA.- TRASLADO PEAJE ALBARRACÍN.-** Se ratifica que el Concesionario adelantará todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje ‘Albarracín’ a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón). Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención serán identificados por el Concesionario, quien adelantará la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del Documento N°3 del 9 de julio de 2004. En este evento, los costos que surjan se cancelarán con cargo a la cuenta Predios del Fideicomiso, de conformidad con lo previsto en las cláusulas contractuales aplicables. Una vez se cuente con los predios que sean necesarios, se acuerda que el CONCESIONARIO dará inicio a la construcción de la estación de peaje.” (Resaltado fuera del texto)

“**CLÁUSULA QUINTA.- INGRESO ESPERADO.-** Se establece el Ingreso Esperado en la suma de un billón ochocientos mil millones de pesos (COL\$1.8. billones) en Pesos constantes al 31 de diciembre de 2000, lo cual se sustenta en el concepto que se encuentra en los documentos mencionados en los considerandos.

“**CLÁUSULA SEXTA.- PLAZO PARA LA OBTENCIÓN DEL INGRESO ESPERADO.-** Para todos los efectos, a partir de la fecha se entenderá que el plazo previsto para la obtención del Ingreso Esperado corresponderá a treinta (30) años contados a partir de la fecha de iniciación del Contrato de Concesión, prorrogables como máximo hasta por la mitad de este término.

“**CLÁUSULA SÉPTIMA.- TERMINO DE EJECUCIÓN.-** Para todos los efectos, se entenderá que cualquier referencia que se haga en el contrato de concesión, sus anexos y modificaciones al ‘TERMINO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO’, este se estima en treinta (30) años contados a partir de la fecha de iniciación del Contrato de Concesión, prorrogables como máximo hasta por la mitad de este término.

(...)

“MODIFICACIONES A LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DEL CORREDOR BRICEÑO – TUNJA – SOGAMOSO:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- APLICACIÓN DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DEL CORREDOR BRICEÑO – TUNJA – SOGAMOSO.- Las partes convienen que los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y en sus documentos complementarios para los sectores que deben ser intervenidos, continuarán siendo aquellos previstos en el Contrato original, exceptuando las modificaciones en el alcance de las obras a ejecutar contenidas en este numeral y la incorporación de los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el **INCO** el 21 de abril de 2005, incluyendo la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, la no construcción de terceros carriles, el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla, la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados -incluyendo la aplicación de integral de las consideraciones técnicas incluidas en el Anexo No. 5 del documento de 20 de abril de 2005-, la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado, la ejecución del empalme con la concesión a cargo de la U.T. Devinorte, la prórroga del inicio de la etapa de construcción, el giro al **CONCESIONARIO** como parte de pago del saldo disponible a la fecha en la cuenta Excedentes, y los demás previstos en el citado documento. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier modificación a los estudios y diseños elaborados por el Concesionario, deberá surtir el trámite establecido en el Contrato de Concesión y/o sus anexos.

(...)

“CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA.- INDEMNIDAD.- El INCO y el CONCESIONARIO, de común acuerdo reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Documento no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo hacen constar que consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en este documento por todos los derechos y obligaciones que las partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación que pudieran tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación.”

A manera de conclusión, los acuerdos asociados a la reestructuración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, contemplados en el **“Documento Final de Ajuste de Cláusulas”** suscrito por las Partes el 29 de septiembre de 2005, se concretaron, principalmente, a:

1. Ejecutar las obras para la rehabilitación y ampliación a doble calzada, con mantenimiento y operación de los Trayectos 1 a 2 y 4 a 7 (Briceño -Villapinzón) y 13 a 16 (Tunja - La Ye); y, la construcción de nueva doble calzada, con mantenimiento y operación, del Trayecto 12 (Variante Tunja), para un total aproximado de 121 km de doble calzada. Así mismo, eliminar todas las obligaciones del Concesionario asociadas al Trayecto 3 “Variante Tocancipá – Gacachancipá”, de los Trayectos 8, 9 y 10, sector desde Villapinzón a Tunja y del Trayecto 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso), así como las obligaciones de mantenimiento y operación previstas para los trayectos 11 (Paso Urbano por Tunja) y 18 (La -Ye-Nobsa-Puente Blanco) una vez el Concesionario culminara los trabajos de rehabilitación que en ese momento adelantaba en estos dos últimos trayectos y fueran recibidos a entera satisfacción del INCO. El alcance así previsto, el cual se denominó en adelante como Alcance Definitivo, reemplazó al Alcance Básico y al Alcance Condicionado pactados en el contrato original.
2. Devolver, sin intervención, al INCO y de éste al INVIAS los Trayectos 8, 9 y 10, es decir los segmentos de 48,205 km comprendidos entre Villapinzón y Tunja y el Trayecto 17, es decir el segmento de 13,615 km comprendido entre La Ye – Tibasosa – Sogamoso.
3. Aplazar la firma del Acta de Devolución de los Trayectos 8, 9, 10 (Sector Villapinzón a Tunja) y 17 (La Ye – Tibasosa – Sogamoso) y mantener a cargo del Concesionario todas las obligaciones asociadas al mantenimiento y operación en dichos Trayectos, por un término no mayor a seis (6) meses contados desde la suscripción del citado Documento (Cláusula Tercera) esto es, hasta el 29

de marzo de 2006. Por mantener hasta por seis meses más las obligaciones asociadas a la Operación y Mantenimiento de los Trayectos mencionados, las Partes pactaron una compensación a favor del Concesionario la cual se acordó, quedaría establecida y formalizada en un Documento suscrito entre el INCO, la Interventoría y el Concesionario, posterior a la evaluación y acuerdo de los costos en que el Concesionario debería incurrir por este aspecto. Este documento se firmaría en un plazo máximo de dos meses y para ello se tomaría como referencia los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el INCO el 21 de abril de 2005, en cuanto a lo contemplado para la ejecución de actividades de operación y mantenimiento en los trayectos específicos (Parágrafo de la Cláusula Tercera).

4. Ratificar que el Concesionario adelantaría todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje Albarracín a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón), punto que sin embargo no quedó definido. Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención, serían identificados por el Concesionario, quien adelantaría la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de elaboración de los avalúos, delegada a éste por el INCO. Una vez se contara con los predios que fueran necesarios, se acordó que el Concesionario daría inicio a la construcción de la estación de peaje (Cláusula Cuarta).

En suma, en lo que se refiere al Peaje Albarracín, se ratificó que el Concesionario adelantaría todas las gestiones necesarias para trasladarlo a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón).

TABLA 1. IDENTIFICACIÓN DE TRAYECTOS DE VÍA

| TRAYECTO | ABCISA INICIAL | ABCISA FINAL | LONGITUD TRAYECTO |
|------------------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| (...) | (...) | (...) | (...) |
| 7. Chocontá – Villapinzón | K40+500,00 | K53+966,95 | 13.467 km |
| 8. Villapinzón – Peaje Albarracín | K53+966,95 | K63+250,00 | 8.800 km |
| 9. Peaje Albarracín – Ventaquemada | K63+250,00 | K74+960,00 | 11.710 km |
| (...) | | | |

Ello implica que se ratificó que el peaje Albarracín ubicado exactamente en la abcisa Km 63+250,00 entre los Trayectos 8 y 9, sería trasladado a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón) que, se itera, según el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, sería el punto final de éste, es decir, en la abcisa K53+966,95, lo que implicaría moverlo a una distancia aproximada de entre 9.2 y 9.3 km., desde el sitio donde se ubicaba (abcisa Km 63+250,0) hasta el final de Villapinzón (abcisa K53+966,95).

Aquí es preciso señalar que la causa, el móvil o la razón que las Partes tuvieron en cuenta para decidir trasladar el peaje del Trayecto 8, que se excluiría del Proyecto Vial de la Concesión, al Trayecto 7, era garantizar el ingreso que por concepto de peajes serviría para financiar los costos de las actividades a ejecutar en el corredor vial a cargo del Concesionario y desde luego, la obtención del Ingreso Esperado en los términos del esquema financiero realizado el 21 de abril de 2005 e incorporado en los Documentos Modificatorios del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005.

5. Establecer el Ingreso Esperado en la suma de un billón ochocientos mil millones de pesos (COL\$1.8 billones) en pesos constantes al 31 de diciembre de 2000 y, para todos los efectos, a partir del 29 de septiembre de 2005, entender que el plazo previsto para la obtención del ingreso esperado correspondería a 30 años contados a partir de la fecha de iniciación del Contrato de Concesión, prorrogables como máximo hasta por la mitad de ese término (Cláusulas Quinta y Sexta).

6. Convenir que los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y en sus documentos complementarios para los sectores que debían ser intervenidos, continuarían siendo aquellos previstos en el Contrato original, exceptuando las modificaciones en

el alcance de las obras a ejecutar contenidas en el numeral Primero y la incorporación de los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el INCO el 21 de abril de 2005, incluyendo la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, la no construcción de terceros carriles, el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla, la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados -incluyendo la aplicación de integral de las consideraciones técnicas incluidas en el Anexo No. 5 del documento de 20 de abril de 2005-, la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado, la ejecución del empalme con la concesión a cargo de la U.T. Devinorte, la prórroga del inicio de la etapa de construcción, el giro al Concesionario como parte de pago del saldo disponible a la fecha en la cuenta Excedentes, y los demás previstos en el citado documento. Con todo, cualquier modificación a los estudios y diseños elaborados por el Concesionario, debería surtir el trámite establecido en el Contrato de Concesión y sus anexos.

7. Las modificaciones acordadas y consignadas no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones diferentes a las aquí convenidas.

Aquí también es preciso señalar que la fórmula de compensación contenida en este Acuerdo y definida en virtud de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión, que fue concebida a partir de la evaluación de alternativas derivadas del ejercicio financiero de compensación entregado por el Concesionario el 21 de abril de 2005 e incorporada inicialmente en el Documento Modificatorio del 29 de julio de 2005, fue la resultante de la estimación de las obras con las que se reemplazó integralmente el alcance pactado en el Contrato original, incluyendo la eliminación de las obligaciones arriba señaladas y la consecuente devolución sin intervenir de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, lo mismo que la devolución de los Trayectos 11 y 18 una vez finalizaran las obras de rehabilitación y, finalmente, el traslado de la caseta de peaje de Albarracín al Trayecto 7 en las mismas condiciones en las que fue concesionada, por todo lo cual se estableció el Ingreso Esperado en la suma de un billón ochocientos mil millones en pesos constantes al 31 de diciembre de 2000, lo cual se sustenta en el concepto que se encuentra en los documentos mencionados en los considerandos.

Por ello, aquí es muy importante tener presente que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava de este “Documento Final de Ajuste de Cláusulas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y el Consorcio Solarte Solarte- Proyecto Vial Briceño – Tunja – Sogamoso- suscrito el 29 de septiembre de 2005, las Partes reconocieron que las modificaciones acordadas y consignadas en este Documento no darían lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hicieron constar que consideraban adecuada la fórmula de compensación pactada en ese Documento por todos los derechos y obligaciones que las Partes se atribuyeron y, en consecuencia, renunciaron a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación.

8. Se acordó que este Documento al cual se le dio el carácter de Otrosí se perfeccionaba con la firma por las Partes.

3.6.3. La reincorporación de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión No. 377 de 2002

Luego de todo lo ocurrido, según la descripción precisa que hasta ahora se ha hecho, con base en el estudio de los documentos contractuales se observa que a partir del mes de octubre de 2005, hubo dos grupos de actuaciones que permitieron y a la vez obligaron a incorporar de nuevo los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión No. 377 de 2002 y, con ello, a mantener entonces el Peaje o Caseta Albarracín en el Trayecto 8.²⁶¹

²⁶¹ Según se observa en los antecedentes que se registran en las Consideraciones de la Modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrita por las Partes el 27 de enero de 2006.

Por una parte, con el “fin de satisfacer el interés público mediante la prestación en condiciones de Seguridad, Movilidad y Transitabilidad del servicio público de transporte y la necesidad pública manifestada por amplios sectores de la población, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO” realizaron “grandes esfuerzos de cooperación interinstitucional con el fin de materializar los mecanismos necesarios para ejecutar las obras públicas de infraestructura vial requeridas en los Trayectos Nos. 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 *Proyecto Vial ‘Briceño – Tunja – Sogamoso’*.” (Consideración No. 7).

Complementariamente, fue del “interés del Gobierno Nacional explorar alternativas para contratar la ampliación a doble calzada del sector comprendido entre Villapinzón y el inicio de la variante de Tunja, así como la rehabilitación de la vía existente entre La Ye y Sogamoso por Tibasosa”, por lo que se planteó que dichos Trayectos fueran asumidos por el INVIAS (Consideración No. 8).

Por otra parte, del análisis de los documentos contractuales se infiere que el Departamento Nacional de Planeación formuló reparos u observaciones a los Acuerdos suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, en particular en lo referente a la alteración en la distribución de los riesgos y el rompimiento consecuente de la Unidad del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Ello explica que en los considerandos del Acuerdo suscrito por las mismas Partes el 27 de enero de 2006, se haya señalado “Que en reuniones sostenidas con la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte se expusieron alternativas para solucionar las inquietudes planteadas por el Departamento Nacional de Planeación, para la ejecución de las obras, en particular en lo referente a la escisión de los riesgos del Contrato de Concesión.” (Consideración No. 9), ya que, se puntualizó, “la ejecución de dichas obras públicas de infraestructura, debe impedir que se materialice una alteración en la distribución de los riesgos y el rompimiento consecuente de la Unidad del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, evitando que el Concesionario se exonere de sus responsabilidades respecto de la ejecución del objeto contractual mediante el no recibo de las obras ejecutadas por el Estado bajo el supuesto de que las mismas no cumplen con las especificaciones y calidades de construcción exigidas para su rehabilitación y mantenimiento posterior, como ha sucedido con el *Proyecto Vial ‘Bogotá – Villavicencio’* a cargo de la Concesionaria Vial de los Andes COVIANDES S.A., controversia que se desarrolló al interior de un Tribunal de Arbitramento.” (Consideración No. 10).

Así entonces, se señaló que “como quiera que el corredor vial objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 es responsabilidad institucional del INCO, se requieren crear los mecanismos jurídicos y presupuestales para que sea esta entidad pública, la responsable y encargada de intervenir y realizar aquellas obras sobre los trayectos **que no forman parte del alcance definitivo del contrato de concesión, para incorporarlos**, para lo cual deberá utilizar los esquemas contractuales que se consideren más idóneos tanto al Proyecto Vial como a los intereses del Estado.” (Consideración No. 11). (Subrayado y resaltado fuera del texto)

Por lo tanto, “con el fin de garantizar la continuidad del Proyecto Vial objeto de la Concesión, se celebró Convenio Interadministrativo entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS - y EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, mediante el cual el primero le trasladó al segundo recursos para la adquisición de predios necesarios para la construcción de las obras referentes a los Trayectos 8, 9, 10 y la ‘Y’ – Tibasosa – Sogamoso, **toda vez que los tramos de obra mencionados de la Concesión Briceño – Tunja – Sogamoso se mantendrán bajo la responsabilidad exclusiva de la Entidad Pública Concedente -INCO-, en desarrollo del Sistema de Concesiones.**” (Consideración No. 12). (Subrayado y resaltado fuera del texto)

Así, que, se señaló, “el INCO, para efectos de ejecutar las obras de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores de Villa Pinzón – Tunja, y la ‘Y’ – Tibasosa – Sogamoso), **deberá tener en cuenta que no se afecte la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, con sus consecuentes obligaciones, derechos y**

responsabilidades, tanto de la entidad pública concedente como del Concesionario; así como, que no se afecte el nivel de distribución de riesgos del Contrato de Concesión” (Consideración 13). (Subrayado y resaltado fuera del texto)

Entonces, “como parte de las alternativas exploradas, el Concesionario presentó a través de la carta 137-35 del 25 de enero de 2006 una propuesta para la ejecución de las actividades antes señaladas, incluyendo, durante la construcción, el desarrollo de las actividades de carácter socio-ambiental requeridas y la ejecución del mantenimiento y operación de la calzada existente en los sectores indicados”, la cual se sustentó “en el promedio de los precios unitarios en corredores viales contratados por el INVIAS en Junio de 2004, valor que se considera favorable para la entidad”, motivo por el cual, señalaron las Partes, “...en las condiciones precedentes, **se considera que la alternativa de ejecución de las obras y actividades propuestas por el Concesionario se ajusta a las necesidades del servicio y a las condiciones exigidas para el Proyecto Briceño – Tunja – Sogamoso, en cuanto a la construcción de una doble calzada, dentro del Contrato de Concesión No. 377 de 2002...**” (Considerandos 14 a 16).

En consecuencia, mediante la Modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrita el 27 de enero de 2006,²⁶² las Partes acordaron que el Concesionario, una vez el INCO contara con la disponibilidad de los recursos, y estos fueran debidamente apropiados, “se obliga a ejecutar las actividades de construcción de los trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso), incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un periodo de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados, lo anterior con el alcance previsto en la propuesta incluida en la carta 137-35 del 25 de enero de 2006 y en los diseños elaborados por el CONCESIONARIO, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón-inicio Variante de Tunja y la rehabilitación de la vía existente comprendida entre Villapinzón y Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso.” (Cláusula Primera).

El valor para las actividades objeto de dicha modificación se estimó en la suma de \$368.950.000.000 de diciembre de 2005. El desarrollo de las actividades materia de la citada modificación se condicionó a la consecución efectiva de recursos por parte del INCO **para ser incorporados dentro del Contrato de Concesión**. Según el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Acuerdo, el valor de las obras objeto de dicha modificación, “**no implica ajuste al valor del ingreso esperado del Contrato de Concesión**” (Cláusula Segunda). En todo caso, la ejecución de las actividades se condicionó, de manera progresiva a la consecución de los recursos, dentro de las vigencias de 2006 a 2010, en los términos previstos en la Cláusula Tercera.

El plazo de ejecución para las actividades de construcción se acordó en un término máximo de cinco (5) años, sujeto a la disponibilidad predial y a la obtención de las autorizaciones ambientales requeridas y condicionado a la disponibilidad efectiva de recursos dentro del proyecto, según el cronograma que presentaría el Concesionario (Cláusula Cuarta).

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

²⁶² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 188 a 195

Finalmente, al reincorporar los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión con las fórmulas arriba acordadas, en la Cláusula Octava, **las Partes declararon y entendieron que todos los aspectos, acuerdos y cualquier otra manifestación hecha en esta modificación, aparte de las expresamente previstas en dicho documento, no constituirían causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario y/o del INCO desequilibrio económico.**

Por su parte, en el Acta de Acuerdo de adelantamiento de inicio de las actividades previstas en el Documento de modificación suscrito el 27 de 2006, Acta que fue suscrita el 7 de julio de 2006, se autorizó al Concesionario retirar de la Cuenta Predios del Fideicomiso la suma de \$29.880.000.000 para ser trasladados a la cuenta de Peajes. Con cargo al pago mencionado, el Concesionario debía continuar adelantando las actividades de mantenimiento y operación en los Trayectos 8, 9 y 10 (Villapinzón – Tunja) y 17 (La Ye-Tibasosa-Sogamoso) y adelantaría el inicio de las actividades incluidas en la Cláusula Primera del Documento denominado *“Modificación al contrato de concesión Número 0377 del 15 de julio de 2002, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y el Consorcio Solarte Solarte”* suscrito el 27 de enero de 2006, en las condiciones establecidas en esos documentos y en el Contrato Original.

A su vez, en el Acta de *“Constancia de la apropiación de los recursos requeridos para la ejecución de las actividades en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 (Sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso) previstas en el Documento del 27 de enero de 2006”*, Acta que fue suscrita por las Partes el 15 de diciembre de 2006, se acordó incorporar al Proyecto los recursos puestos de presente en los Considerandos de dicha Acta y, teniendo en cuenta que se habían cumplido las condiciones requeridas en el Documento modificatorio del 27 de enero de 2006, se acordó igualmente que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades de construcción de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un período de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados y, por lo tanto, **se aclaró que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño – Tunja – Sogamoso.** En virtud de dicho acuerdo, se determinó en pesos corrientes el valor de las actividades objeto del Documento modificatorio del 27 de enero de 2006, por lo que se entendió que estas actividades ascenderían a la suma total de \$415.774.890.000 pesos corrientes, **al tiempo que se aclaró que el ajuste del valor incluido en esta Acta no implicaría ajuste al valor del ingreso esperado del contrato de concesión.**

3.6.4. El no traslado del peaje al Trayecto 7 por haber desaparecido la causa que sirvió de fundamento para disponer previamente dicho traslado

Habiéndose acordado por las Partes que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades previstas en los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un período de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados; incorporados los recursos previstos para tal efecto sin que ello implicara ajustar el valor del ingreso esperado; y, aclarado que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, naturalmente desapareció la causa, móvil, motivo o razón que había determinado trasladar el peaje “Albarracín” de los Trayectos 8 y 9 al Trayecto 7, razón por la cual, debía mantenerse en el Trayecto donde originalmente fue concebido que es el mismo que venía operando desde la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Como atrás se señaló, la causa, el móvil o la razón que las Partes tuvieron en cuenta para decidir trasladar el peaje del Trayecto 8, que se excluiría del Proyecto Vial de la Concesión, al Trayecto 7, era garantizar el ingreso que por concepto de peajes serviría para financiar los costos de las actividades a ejecutar en el corredor vial a cargo del Concesionario y desde luego, la obtención del Ingreso Esperado en los términos del esquema financiero realizado el 21 de abril de 2005 e

incorporado en los Documentos Modificatorios del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005. En otros términos, el Tribunal observa que la intención y luego la voluntad de las Partes expresada en los Documentos Modificatorios del 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, consistente en trasladar el peaje Albarracín del Trayecto 8 al Trayecto 7, no fue permitir el aumento del ingreso del Concesionario a un trayecto de mayor flujo vehicular para obtener el Ingreso Esperado. No. Lo fue, con motivo de la eliminación o retiro del Trayecto 8, trasladar el peaje al Trayecto 7 para garantizar los ingresos requeridos para financiar las actividades de todo el corredor vial y obtener así el Ingreso Esperado. Recuérdese que los peajes se colocaron a lo largo del corredor -de una extensión aproximada de 181 km- de manera equidistante -El Roble, Albarracín y Tuta- en forma tal que generaran uniformemente los ingresos que por esa fuente asegurarían la financiación de las actividades del Proyecto Vial y la obtención del Ingreso Esperado para el Concesionario.

Ahora, en cambio, para cumplir los fines arriba descritos, esto es, ejecutar las obras públicas de infraestructura vial requeridas en los reincorporados Trayectos Nos. 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y al mismo tiempo garantizar la continuidad del Proyecto Vial “*Briçeño – Tunja – Sogamoso*” objeto de la Concesión y de esa manera garantizar que no se afectara la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional objeto del citado Contrato, con sus consecuentes obligaciones, derechos y responsabilidades, tanto de la Entidad Pública Concedente como del Concesionario, así como, que no se afectara el nivel de distribución de riesgos del Contrato de Concesión, con la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006 se modificaron entonces, los Documentos antes suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, que incluyó la reincorporación al alcance del Proyecto los Trayectos 8 y 9, y con ellos, la caseta del peaje Albarracín.

Así, reincorporado a la Concesión el Trayecto 8 y con él el peaje Albarracín, desapareció la causa, móvil o motivo que condujo a las Partes a trasladarlo al Trayecto 7.

Además, como quiera que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.2.4. del Contrato de Concesión 0377 de 2002 -que obligaba al Concesionario a construir y poner en funcionamiento la infraestructura de operación de acuerdo con lo establecido en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**-, y que en éstas, al describir las acciones a ejecutar en el Trayecto 8, se encontraba contemplada como obligación a cargo del Concesionario la instalación y adecuación de la infraestructura de operación del peaje existente (Estación de Peaje Albarracín) ya ubicado en el Trayecto 8, continuó entonces a cargo del Concesionario la obligación de construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del Contrato de Concesión, entendiéndose que éste estaría ubicado en el Trayecto No 8.

Téngase en cuenta que, al reincorporar de nuevo los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión con las fórmulas arriba acordadas, lo que incluía el peaje Albarracín, en la Cláusula Octava de la Modificación al Contrato de Concesión No. 377 de 2002, suscrita el 27 de enero de 2006, las Partes **declararon y entendieron que todos los aspectos, acuerdos y cualquier otra manifestación hecha en esta modificación, aparte de las expresamente previstas en dicho documento, no constituirían causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario y/o del INCO desequilibrio económico.**

3.6.5. La instrucción del INCO al Concesionario de mantener el Peaje o Caseta Albarracín en el Trayecto original y construir de nuevo su infraestructura en los alrededores del peaje existente

El Tribunal reitera que habiéndose acordado por las Partes que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades previstas en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y, aclarado que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briçeño-Tunja-Sogamoso, el peaje Albarracín debía entonces mantenerse en el Trayecto donde

originalmente fue concebido que es el mismo que venía operando desde la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, porque con la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006, se modificaron entonces, los Documentos antes suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, que incluyó la reincorporación al alcance del Proyecto los Trayectos 8 y 9, y con ellos, la caseta del peaje Albarracín.

Visto también que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.2.4. del Contrato de Concesión 0377 de 2002 y con las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**-, se contemplaba como obligación a cargo del Concesionario la instalación y adecuación de la infraestructura de operación del peaje existente (Estación de Peaje Albarracín) en el Trayecto 8, de nuevo, al hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño – Tunja – Sogamoso tales actividades, continuó entonces a cargo del Concesionario la obligación de construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del Contrato de Concesión, entendiéndose que éste estaría ubicado en el Trayecto No 8.

Por tal razón, la determinación adoptada, cualquiera que haya sido el escenario donde ello ocurrió, por el Ministerio de Transporte o por el INCO y la instrucción por éste impartida al Concesionario de no relocalizar el peaje Albarracín en el Trayecto 7 y mantenerlo en el Trayecto original, lo mismo que requerir al Concesionario para cumplir con la obligación a su cargo de adquirir los predios y construir, mantener y operar la infraestructura del peaje en los alrededores del peaje existente se sujetó a lo previsto en el Contrato de Concesión así ajustado finalmente después de la Modificación introducida por las Partes el 27 de enero de 2006.

Con las comunicaciones 2078-35 del 14 de agosto de 2006,²⁶³ 2799-35 del 20 de octubre de 2006,²⁶⁴ 4008-35 de diciembre 26 de 2006,²⁶⁵ 0254-35 del 25 de enero de 2007,²⁶⁶ 0711-35 del 9 de marzo de 2007,²⁶⁷ 1072-35 del 12 de abril de 2007,²⁶⁸ 1353-35 del 8 de mayo de 2007,²⁶⁹ 2050-35 del 6 de julio de 2007,²⁷⁰ 2456-35 del 9 de agosto de 2007,²⁷¹ 2799-35 del 7 de septiembre de 2007,²⁷² 3146-35 del 8 de octubre de 2007,²⁷³ 3455-35 del 7 de noviembre de 2007,²⁷⁴ 3732-35 del 5 de diciembre de 2007,²⁷⁵ 0015-35 de enero 11 de 2008,²⁷⁶ 0317-35 del 8 de febrero de 2008²⁷⁷ y 0642-35 del 10 de marzo de 2008,²⁷⁸ todas ellas dirigidas al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, en relación con la adquisición de los predios para el peaje Albarracín, el Concesionario señaló que, aunque tenía adelantado el proceso de gestión predial en el Trayecto 7 donde creyó que debía instalarse conforme el Contrato de Concesión 377 de 2002 modificado por los Acuerdos del 29 de julio y 29 de septiembre de 2005, atrás ampliamente analizados, el proceso en este sector había sido suspendido, teniendo en cuenta la decisión ministerial de no trasladar el peaje, lo cual, dijo, debía ser objeto de modificación contractual.

Empero, el Concesionario no tuvo en cuenta que ya se había producido la modificación contractual contenida en el Acuerdo del 27 de enero de 2006, con los efectos que esa modificación generó a nivel contractual por acuerdo entre las mismas Partes, en virtud de la cual, por las razones ampliamente expuestas retornó los Trayectos 8, 9, 10 y 17 -incluido el Peaje Albarracín que estaba

²⁶³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 050 a 055

²⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 056 a 060

²⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 061 a 065

²⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 066 a 073

²⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 074 a 081

²⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 082 a 089

²⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 090 a 095

²⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 096 a 102

²⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 103 a 109

²⁷² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 110 a 116

²⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 117 a 123

²⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 124 a 130

²⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 131 a 138

²⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 139 a 144

²⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 145 a 151

²⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 152 a 158

al final del Trayecto 8-, a la Concesión y con ella al Proyecto Vial, motivo por el cual, no se requería de una nueva modificación contractual.

Mediante la comunicación 1068-35 del 2 de mayo de 2008 dirigida al Subgerente de Gestión Contractual del INCO,²⁷⁹ el Concesionario relacionó algunos temas que, a su juicio, “se encontraban pendientes de definición”, entre ellos, dijo, el relativo a la “localización de la estación de peaje Albarracín”, sobre el cual indicó:

“En el alcance contractual vigente, se prevé la relocalización de la estación de peaje Albarracín a un punto localizado en el trayecto 7, entre Chocontá y Villapinzón.

“Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de la comunidad de estos dos municipios, el Concesionario ha sido testigo de la determinación adoptada en diferentes escenarios, en cabeza del propio Ministro de Transporte, de no relocalizar la estación de peaje en dicho sector, sino de construir la estación definitiva en el área aledaña a aquella en la cual se encuentra la estación de peaje actual.

“Siendo el propósito del Concesionario actuar de conformidad con los lineamientos del Ministerio de Transporte y de esa entidad, a la fecha las actividades de construcción de la estación de peaje definitiva se encuentran suspendidas, mientras se formaliza la decisión adoptada, con la cual se deberán revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual.

“Por lo anterior, solicitamos su definición sobre este asunto, destacando el interés de dar lugar a la pronta construcción de la infraestructura de peajes definitiva, la cual redundará en un mejor servicio para los usuarios y en la implementación de nueva y mejor tecnología.”

Empero, nada había por definir porque de acuerdo con la Modificación al Contrato pactada por las Partes el 27 de enero de 2006, tal y como lo reconoce la Convocante, ya se había producido una determinación y una instrucción por el Ministerio de Transporte y por el INCO consistentes en no relocalizar el peaje Albarracín en el Trayecto 7 y mantenerlo en el Trayecto original, lo mismo que requerir al Concesionario para cumplir con la obligación a su cargo de adquirir los predios y construir, mantener y operar la infraestructura del peaje en los alrededores del peaje existente se sujetó a lo previsto en el Contrato de Concesión así ajustado finalmente después de la Modificación introducida por las Partes el 27 de enero de 2006.

Es cierto que mediante las comunicaciones 1401-35 del 16 de junio de 2008,²⁸⁰ 1546-35 del 11 de julio de 2008,²⁸¹ 1707-35 del 11 de agosto de 2008,²⁸² 1921-35 del 9 de septiembre de 2008,²⁸³ 2157-35 del 10 de octubre de 2008,²⁸⁴ 2574-35 del 10 de diciembre de 2008,²⁸⁵ 0016-35 del 14 de enero de 2009²⁸⁶ y 0228-35 del 6 de febrero de 2009,²⁸⁷ todas ellas dirigidas al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, en relación con la adquisición de los predios para el peaje Albarracín, el Concesionario señaló que, aunque tenía adelantado el proceso de gestión predial en el Trayecto 7 donde creyó que debía instalarse conforme el Contrato de Concesión 377 de 2002 modificado por los Acuerdos del 29 de julio y 29 de septiembre de 2005, atrás ampliamente analizados, el proceso en este sector había sido suspendido, teniendo en cuenta la decisión ministerial de no trasladar el peaje, lo cual, dijo, debía ser objeto de modificación contractual y en tales comunicaciones aludió a la carta N°1068-35 del 2 de mayo de 2008, pero ella no es de ningún Ministerio sino del Concesionario.

²⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 16 a 22 y 160 a 166

²⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 167 a 171

²⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 172 a 176

²⁸² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 177 a 182

²⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 183 a 188

²⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 189 a 194

²⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 195 a 202

²⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 203 a 207

²⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 212 a 218

Empero, se reitera que el Concesionario no tuvo en cuenta que ya se había producido la modificación contractual contenida en el Acuerdo del 27 de enero de 2006, con los efectos que esa modificación generó a nivel contractual por acuerdo entre las mismas Partes, en virtud de la cual, por las razones ampliamente expuestas retornó los Trayectos 8, 9, 10 y 17 -incluido el Peaje Albarracín que estaba al final del Trayecto 8-, a la Concesión y con ella al Proyecto Vial, motivo por el cual, no se requería de una nueva modificación contractual.

Por su parte, el INCO, mediante la comunicación con Rad. Salida No. 2008-409-000980-1, de nuevo le solicitó al Concesionario "...agilizar el inicio de la construcción de la ESTACIÓN DE PEAJE ALBARRACÍN...", por lo que el Concesionario, en respuesta a la citada comunicación, mediante el oficio No. 0217-35 del 5 de febrero de 2009,²⁸⁸ Rad INCO No. 2009-409-002517-2 del 10 de febrero de 2009, le manifestó al INCO que:

"Con profunda inquietud acusamos recibo de su comunicación de la referencia, en la cual nos solicitan '*... agilizar el inicio de la construcción de la ESTACIÓN DE PEAJE ALBARRACÍN...*', solicitud que desconoce, de plano, los antecedentes que con respecto a este asunto existen en desarrollo del contrato, incluyendo tanto los acuerdos contractuales pactados, como las circunstancias posteriores que han derivado en la suspensión de las actividades que adelanta el Concesionario.

"Conviene aclarar que, de conformidad con lo pactado contractualmente en la cláusula cuarta del '*Documento Final de Ajuste de Cláusulas*' del 29 de septiembre de 2005, la estación de peaje 'Albarracín' debería trasladarse al trayecto 7, sector comprendido entre Chocontá y Villapinzón. En efecto, la citada cláusula determina que:

'Se ratifica que el Concesionario adelantará todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje 'Albarracín' a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón). Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención serán identificados por el Concesionario, quien adelantará la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del Documento N°3 del 9 de julio de 2004. En este evento, los costos que surjan se cancelarán con cargo a la cuenta Predios del Fideicomiso, de conformidad con lo previsto en las cláusulas contractuales aplicables. Una vez se cuente con los predios que sean necesarios, se acuerda que el CONCESIONARIO dará inicio a la construcción de la estación de peaje.'

"En estos términos, es claro que no existe asidero contractual en la solicitud de agilizar el inicio de la construcción de la estación de peaje en el área aledaña a la actual estación.

"Por otro lado, es imprescindible recordar a esa entidad que, con posterioridad a la suscripción del acuerdo contractual antes mencionado, las comunidades de Villapinzón y Chocontá solicitaron al Ministerio de Transporte y al Instituto Nacional de Concesiones revisar la decisión adoptada. Ante esta solicitud, las citadas entidades, en cabeza del propio Ministro de Transporte, tomaron la decisión de no relocalizar la estación de peaje en el sector en el cual está contractualmente dispuesto, sino de construir la estación definitiva en el área aledaña a aquella en la cual se encuentra la estación de peaje actual.

"El Concesionario, atendiendo dichas instrucciones, suspendió en ese momento las actividades de construcción de la estación de peaje definitiva, mientras se formalizaba la decisión adoptada, con lo cual se preveía revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual. Esta situación ha sido puesta en conocimiento del INCO desde tiempo atrás, a través de las cartas (...) En dichas cartas, al aludir al caso del peaje Albarracín, se ha informado que el proceso respectivo '*...ha sido suspendido teniendo en cuenta la decisión ministerial de no trasladar el peaje, lo cual debe ser objeto de modificación contractual.*'

"El asunto en cuestión ha sido, por más de dos años, parte de los temas pendientes por definir, sin que hasta la fecha se haya recibido ninguna respuesta por parte del INCO. En cuanto al tema, valga citar de manera especial la carta N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 remitida a esa entidad, en la cual, al tratar el asunto en cuestión, '*... solicitamos su definición sobre este asunto, destacando el interés de dar lugar a*

²⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 208 a 211

la pronta construcción de la infraestructura de peajes definitiva, la cual redundará en un mejor servicio para los usuarios y en la implementación de nueva y mejor tecnología’. Esta carta, como ocurrió en los casos anteriores, tampoco ha tenido respuesta.

“De los antecedentes relacionados se evidencia que el Concesionario no tiene responsabilidad alguna en la no iniciación de esta infraestructura y que, de existir responsabilidad, ésta es de la entidad concedente.

“Teniendo en cuenta el contenido de su comunicación, y con el propósito de avanzar en este asunto, dejando clara tanto la preocupación del Concesionario por el avance en la ejecución de las obras como su compromiso con ello, solicito nuevamente su definición en cuanto a las acciones que deberemos emprender, entre las alternativas que se plantean a continuación:

“a) Solicito que nos confirme si, como hasta el momento hemos entendido, deberemos avanzar en la suscripción de un documento modificatorio, que replantee la localización del peaje Albarracín, en concordancia con la decisión ministerial adoptada. En este escenario, con la suscripción del documento se deberían revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual. Igualmente, en este escenario, mientras se suscribe el documento correspondiente, sería válido continuar con la suspensión por parte del Concesionario de iniciar actividades para construir el nuevo peaje entre Chocontá y Villapinzón.

“b) En caso contrario, solicito que nos confirme si, a diferencia de lo anterior, deberemos avanzar aplicando estrictamente los acuerdos contractuales vigentes, a saber, la construcción de la nueva estación de peaje en el trayecto 7 (Chocontá-Villapinzón). En este escenario, dejamos constancia de nuestra plena intención de apoyar la decisión ministerial adoptada, y aclaramos que nuestra actuación futura, la cual se apartará de esta determinación, obedecerá exclusivamente a la necesidad que tenemos de dar cumplimiento a la obligación contractualmente establecida y a la decisión institucional adoptada para que así ocurra y/o a la falta de gestión institucional para dar lugar a la modificación contractual correspondiente.

“Considerando la posibilidad de que, como ha ocurrido en el pasado, tal y como se ha relatado en los antecedentes, no se reciba ninguna instrucción o respuesta de esa entidad en el transcurso de este mes, y teniendo en cuenta el apremio en la ejecución de la obra, especialmente teniendo en cuenta el estado de avance de la vía concesionada, nos permitimos informar que, en este escenario y salvo que se reciba instrucción contraria de parte del INCO, el Concesionario procederá, a partir del próximo mes de marzo, a retomar la gestión para dar aplicación al escenario contractual vigente, es decir aquel relacionado anteriormente en el literal b). De esta forma, se iniciará la gestión predial y ambiental correspondiente, como primer paso para el avance de esta obra, bajo el entendido de que ‘... el plazo máximo para la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de operación correspondiente a los peajes definitivos, los pesajes, las áreas de servicio al público y los centros de control operacional corresponderá a doce (12) meses contados a partir de la fecha en la cual se hayan adquirido los predios necesarios y se cuente con las autorizaciones ambientales requeridas para su construcción.’”

De nuevo, como se puede inferir del texto de la anterior comunicación, el Concesionario no tuvo en cuenta que ya se había producido la modificación contractual contenida en el Acuerdo del 27 de enero de 2006, con los efectos que esa modificación generó a nivel contractual por acuerdo entre las Partes, en virtud de la cual y por las razones ampliamente expuestas retornaron los Trayectos 8, 9, 10 y 17 -incluido el Peaje Albarracín que estaba al final del Trayecto 8-, a la Concesión y con ella al Proyecto Vial, motivo por el cual, no se requería de una nueva modificación contractual.

Con las comunicaciones 0459-35 del 10 de marzo de 2009,²⁸⁹ 0688-35 del 14 de abril de 2009,²⁹⁰ 0856-35 del 7 de mayo de 2009,²⁹¹ 1155-35 del 8 de junio de 2009,²⁹² 1349 -35 del 6 de julio de

²⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 219 a 225

²⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 226 a 232

²⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 233 a 239

²⁹² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 240 a 246

2009,²⁹³ 1759-35 del 24 de agosto de 2009²⁹⁴ y 1933 del 8 de septiembre de 2009,²⁹⁵ del todas ellas dirigidas al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, únicamente se indica que “sobre el caso del peaje Albarracín, se alude a las cartas N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 y N°0217-35 del 5 de febrero de 2009”, suscritas por el Concesionario.

3.6.6. El traslado efectivo del peaje en el mismo Trayecto 8, en menos de un km de su ubicación original

El INCO, mediante la comunicación con Rad. No. 20093050113341 del 15 de septiembre de 2009,²⁹⁶ dirigida al representante legal del Consorcio Solarte Solarte y recibida por éste el 25 del mismo mes y año, requirió celeridad en la construcción de la nueva infraestructura del Peaje Albarracín – Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, en los siguientes términos:

“De la manera más cordial, le solicitamos dar celeridad a la construcción de la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ a ser ubicado en el K 60+800 aproximadamente, es decir 550 mts hacia el sur del peaje existente, lo anterior en consonancia con lo manifestado en nuestro oficio SGC-00980 del 3/02/2009.

“Si bien es conocido, ese Concesionario ha manifestado un posible desequilibrio producto del traslado al punto mencionado en el párrafo anterior, este Instituto reitera que no comparte dicha apreciación pues los argumentos manifestados por ustedes, entendemos, nunca hicieron parte de las condiciones de negociación del modificadorio suscrito el 29 de julio de 2005, ni el modificadorio de ajuste de cláusulas del 29 de septiembre de 2005, ni de ninguno de los modificadorios suscritos hasta la fecha. Por lo anterior, es claro para este Instituto que no procede ningún tipo de compensación a favor del Concesionario producto del traslado de la infraestructura de dicho peaje.

“Así las cosas, reiteramos nuestra solicitud de que la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ sea construida en el menor tiempo posible en la abscisa K 60+800 aproximadamente.”

A este oficio, el Concesionario dio respuesta mediante la comunicación 2198-35 del 29 de septiembre de 2009,²⁹⁷ Rad. INCO No. 2009-409-020793-2 de la misma fecha en la cual señaló:

“Ante su reiterada insistencia, que se entiende como una modificación tácita al contrato de concesión, de manera respetuosa me permito informar que el Concesionario procederá a acatar la instrucción impartida por esa entidad, en cuanto a construir la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ en los alrededores del peaje existente, aproximadamente en el K60+800.

“Sobre el desequilibrio económico que esta modificación contractual genera y sobre la necesidad de formalizar esta decisión, emanada del propio INCO, se reitera lo señalado, entre otros, en las cartas N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 y N°217-35 del 5 de febrero de 2009.”

De conformidad con lo anterior, el Concesionario construyó la nueva estructura del peaje Albarracín aproximadamente en el k60+800, es decir, 550 mts hacia el sur del existente a la celebración del Contrato y su entrega y recibo en 2004.

A partir de allí, con las comunicaciones 2269-35 del 6 de octubre 2009,²⁹⁸ 2567-35 del 5 de noviembre de 2009,²⁹⁹ 2974-35 de diciembre 7 de 2009,³⁰⁰ 0013-35 del 12 de enero de 2010,³⁰¹ 306-

²⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 247 a 253

²⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 254 a 260

²⁹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 261 a 267

²⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 027 y 290

²⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 028 y 268

²⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 270 a 275

²⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 276 a 282

³⁰⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 283 a 289

³⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 291 a 297

35 del 5 de febrero de 2010,³⁰² 0555-35 del 3 de marzo de 2010 y 0797-35 del 6 de abril de 2010,³⁰³ 1042-35 del 4 de mayo de 2010,³⁰⁴ 1337-35 del 8 de junio de 2010,³⁰⁵ 1552-35 del 6 de julio de 2010,³⁰⁶ 1775-35 del 4 de agosto de 2010,³⁰⁷ 2057-35 del 6 de septiembre de 2010,³⁰⁸ 2314-35 del 5 de octubre de 2010,³⁰⁹ 2531-35 del 5 de noviembre de 2010³¹⁰ y 2732-35 del 3 de diciembre de 2010,³¹¹ todas ellas dirigidas al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, el Concesionario indica que “sobre el caso del peaje Albarracín, y dando alcance a las cartas N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 y N°0217-35 del 5 de febrero de 2009, se alude a la carta de esa entidad con Radicado INCO No.: 20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009, y a la carta de respuesta del Concesionario N°2198-35 del 29 de septiembre de 2009.”

Con las comunicaciones 0008-35 del 11 de enero de 2011 y 0210 del 4 de febrero de 2011,³¹² simplemente se relacionan en sus antecedentes todas las comunicaciones antes citadas.

El 18 de marzo de 2011, las Partes suscribieron el Acta mediante la cual hicieron constar que el Concesionario finalizó las obras de construcción y rehabilitación correspondientes a los Trayectos 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 18, con lo cual se dio inicio a la Operación y Mantenimiento en los citados Trayectos. A contrario sensu, no habían finalizado para esta fecha las obras de construcción correspondientes a los Trayectos 8, 9, 10 y 17, donde el Concesionario siguió operando el peaje Albarracín.

De nuevo, con las comunicaciones 0377-35 del 3 de marzo de 2011,³¹³ 0569-35 del 4 de abril de 2011,³¹⁴ 0746-35 del 3 de mayo de 2011,³¹⁵ 1018-35 del 2 de junio de 2011,³¹⁶ 1186-35 del 6 de julio de 2011,³¹⁷ 1342-35 del 8 de agosto de 2011,³¹⁸ 1500-35 del 5 de septiembre de 2011,³¹⁹ 1646-35 del 4 de octubre de 2011,³²⁰ 1773-35 del 4 de noviembre de 2011,³²¹ 1931-35 del 5 de diciembre de 2011,³²² 0007-35 del 11 de enero de 2012,³²³ 0143-35 del 3 de febrero de 2012,³²⁴ 0281-35 del 5 de marzo de 2012 y 0432-35 del 4 de abril de 2012;³²⁵ 0559-35 del 4 de mayo de 2012, 0695-35 del 4 de junio de 2012, 0809-35 del 3 de julio de 2012, 0941-35 del 3 de agosto de 2012 y 1068-35 del 3 de septiembre de 2012;³²⁶ 1190-35 del 2 de octubre de 2012, 1325-35 del 2 de noviembre de 2012 y 1425-35 del 5 de diciembre de 2012;³²⁷ 0005-35 del 8 de enero de 2013;³²⁸ 0088-35 del 4 de febrero de 2013, 0213-35 del 4 de marzo de 2013 y 0341-35 del 2 de abril de 2013;³²⁹ 0511-35 del 3 de mayo

³⁰² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 298 a 304

³⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 305 a 313

³⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 314 a 321

³⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 322 a 329

³⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 330 a 337

³⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 338 a 345

³⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 346 a 353

³⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 354 a 361

³¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 362 a 369

³¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 370 a 377

³¹² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 378 a 386

³¹³ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 387 a 394

³¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 395 a 402

³¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 403 a 410

³¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 411 a 418

³¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 419 a 428

³¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 429 a 438

³¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 439 a 448

³²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 449 a 459

³²¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 460 a 470

³²² Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 471 a 481

³²³ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 002 a 013

³²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 014 a 025

³²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 026 a 039

³²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 040 a 092

³²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 100 a 140

³²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 142 a 155

³²⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 163 a 203

de 2013, 0617-35 del 4 de junio de 2013 y 0719-35 del 3 de julio de 2013,³³⁰ 873-35 del 5 de agosto de 2013, 0992-35 del 3 de septiembre de 2013, 1114 del 2 de octubre de 2013, 1229-35 del 5 de noviembre de 2013 y 1300-35 del 4 de diciembre de 2013,³³¹ todas ellas dirigidas INCO y/o ANI, además de relacionar en sus antecedentes todas las comunicaciones antes citadas, el Concesionario indica que “sobre el caso del peaje Albarracín, y dando alcance a las cartas N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 y N°0217-35 del 5 de febrero de 2009, se alude a la carta de esa entidad con Radicado INCO No.: 20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009, y a la carta de respuesta del Concesionario N°2198-35 del 29 de septiembre de 2009.”

3.6.7. Sobre el presunto desequilibrio económico por el no traslado del peaje Albarracín

3.6.7.1. El planteamiento del presunto desequilibrio ante la ANI

Con la comunicación con Rad. Salida No. 2012-308-010772-1 del 29 de agosto de 2012,³³² el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente del Grupo Interno de Trabajo VGC de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, le informaron al representante legal del Consorcio Solarte Solarte, que esa entidad se encontraba en proceso de revisión y conciliación de las cifras por concepto de deudas u obligaciones a cargo de la entidad con los concesionarios, motivo por el cual le solicitó su colaboración para remitir la relación de las deudas u obligaciones que tenía la entidad con el Consorcio, con corte a junio 31 de 2012, al tiempo que le solicitaron remitir los Formatos Fm 52 “Liquidación deuda” correspondiente a junio de 2012, el cual adjuntaron, con el fin de hacer la conciliación de las cifras con el área contable de la entidad. En todo caso señalaron que la información que enviara el Concesionario estaría sujeta a la revisión por parte de la entidad, razón por la cual, advirtieron, la información remitida no se consideraría como reconocimiento de la deuda por parte de la entidad.

Con fundamento en lo anterior, el Concesionario consideró tener derecho a una compensación a su favor causada por el no traslado de la estación de peaje Albarracín.

En tal virtud, con las comunicaciones 1093-35 del 7 de septiembre de 2012,³³³ 0021-35 del 17 de enero de 2013,³³⁴ 0763-35 del 15 de julio de 2013,³³⁵ el Consorcio Solarte Solarte, relacionó a la ANI, las que a su juicio, sería el monto de las deudas con diferentes cortes, asociadas a “la compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá – Villapinzón”, para cuya evaluación, dijo, “se tomó como base el resultado de los conteos de tráfico realizados desde el momento en que se efectuaron los diseños en los sectores donde se localizaba originalmente el peaje Albarracín y el sector a donde debía ser trasladado, proyectando ambas tablas de tráfico con el crecimiento real identificado en el peaje Albarracín, multiplicando estos tráfcos por el esquema tarifario vigente y determinando el déficit generado al restar el recaudo proyectado en el sector a donde debía ser trasladado el peaje, del recaudo real obtenido en el sector donde se nos ha ordenado mantener esta infraestructura de recaudo.”

Por tal motivo, con la comunicación con Rad. Salida No. 2013-308-005604-1 del 18 de abril de 2013,³³⁶ suscrita por el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente Grupo Financiero VGC, en respuesta a las comunicaciones Nos. 2012-409-026955-2 del 13/09/2012 y 2013-409-002026-2

³³⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 212 a 253

³³¹ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 270 a 340

³³² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 340 y Cuaderno de Pruebas No. 3, Folio 141

³³³ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 333 a 339 y Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 093 a 099

³³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 283 a 289 y Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 156 a 163

³³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 313 a 329 y Cuaderno de Pruebas No 3, Folios 254 a 269

³³⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 341 a 346

del 18 de enero de 2013, dirigida al Representante Legal del Consorcio Solarte Solarte, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, señaló:

“En relación con el Peaje Albarracín, es importante señalar que la Cláusula 16 en su numeral 16.1.1. del Contrato No. 0377 de 2002, cede los derechos de recaudo de la caseta a favor del Concesionario.

“El acuerdo modificatorio celebrado el día 29 de julio de 2005, en la Cláusula 5 Parágrafo 2, dice ‘(...) la caseta del peaje Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en las que fue concesionada (...)’. Adicionalmente, la cláusula séptima señaló: ‘(...) El INCO y el CONCESIONARIO de común acuerdo reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Acuerdo no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en este. Así mismo, hacen constar que consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en ese documento por todos los derechos y obligaciones que las partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula compensatoria. El presente numeral quedará incorporado en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas (...)’.

“Posteriormente, mediante documento celebrado el 29 de septiembre de 2005, la cláusula cuarta, indicó:

‘CLÁUSULA CUARTA.- TRASLADO PEAJE ALBARRACÍN.- Se ratifica que el Concesionario adelantará todas las gestiones necesarias para trasladar la estación de peaje ‘Albarracín’ a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá-Villapinzón). Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención serán identificados por el Concesionario, quien adelantará la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de la elaboración de los avalúos, delegada a éste por parte del INCO a través del Documento N° 3 del 9 de julio de 2004. En este evento, los costos que surjan se cancelarán con cargo a la cuenta Predios del Fideicomiso, de conformidad con lo previsto en las cláusulas contractuales aplicables. Una vez se cuente con los predios que sean necesarios, se acuerda que el CONCESIONARIO dará inicio a la construcción de la estación de peaje. (...)’

“El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, mediante comunicación No. 20093050113341 del 15 de septiembre de 2009, le manifestó al Consorcio Solarte Solarte: ‘(...) le solicitamos dar celeridad a la construcción de la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ a ser ubicado en el K 60+800 aproximadamente, es decir 550 mts hacia el sur del peaje existente, lo anterior en consonancia con lo manifestado en nuestro oficio SGC-00980 DE 3702/2009. Si bien es conocido, ese Concesionario ha manifestado un posible desequilibrio producto del traslado al punto mencionado en el párrafo anterior, este Instituto reitera que no comparte dicha apreciación pues los argumentos manifestados por ustedes, entendemos, nunca hicieron parte de las condiciones de negociación del modificatorio suscrito el 29 de julio de 2005, ni del modificatorio de ajuste de cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, ni de ninguno de los modificatorios suscrito hasta la fecha. Por lo anterior, es claro para este Instituto que no procede ningún tipo de compensación a favor del Concesionario producto del traslado de la infraestructura de dicho peaje (...)’.

“De acuerdo con lo anterior, se considera que no existe fundamento contractual para solicitar valores o compensaciones económicas correspondientes a este tema.”

Posteriormente, el Concesionario planteó una ruptura del equilibrio financiero del Contrato.

En efecto, con la comunicación 0500-35 del 2 de mayo de 2013,³³⁷ en respuesta a la comunicación con Rad. de salida No. 2013-308-005604-1 de la ANI, el Consorcio Solarte Solarte señaló que tanto el *Acuerdo para la modificación del Contrato de Concesión No. 0377* de fecha 29 de julio de 2005, como el *Documento Final de Ajuste de Cláusulas* del 29 de septiembre de 2005, previeron el traslado de la estación del peaje Albarracín al Trayecto 7, el primero en el párrafo segundo del acuerdo quinto

³³⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 290 a 297 y Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 204 a 211

y el segundo en su cláusula cuarta. En las condiciones y términos convenidos en dichos documentos, incluyendo, entre otros, el traslado de la estación de peaje Albarracín al Trayecto 7, las Partes determinaron que “consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en ese documento por todos los derechos y obligaciones que las Partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación...”.

Lo anterior, señaló el Consorcio Solarte Solarte, “no significa cosa distinta que, sobre la base de los acuerdos contenidos en dichos documentos, en particular en el ‘*Documento Final de Ajuste de Cláusulas*’ de fecha 29 de septiembre de 2005, las Partes debieron revisar sus implicaciones en el equilibrio económico del contrato. En esta revisión, debieron tenerse necesariamente en cuenta las modificaciones en ‘...*los derechos y obligaciones...*’ que una y otra Parte se atribuyó en el cuerpo del documento. Dentro de los ‘*derechos*’ del Concesionario, adicional al incremento del Ingreso Esperado, se contempló, dentro del documento, el traslado de la estación del peaje a otro Trayecto, localizado entre Chocontá y Villapinzón, con un mayor flujo vehicular y, por tanto, con un mayor recaudo. Es esta consideración, unidad (sic) a todas las demás que fueron estipuladas dentro del documento, las que, al ser evaluadas de manera conjunta, permitieron determinar como ‘*adecuada*’ la fórmula de compensación pactada.”

Así mismo, agregó el Consorcio Solarte Solarte, que “con posterioridad a estos acuerdos, la entidad concedente ordenó de forma unilateral al Concesionario dar lugar ‘...*a la construcción de la nueva infraestructura del peaje ‘Albarracín’ ...*’ no en el trayecto 7, sino ‘...*en el K60+800 aproximadamente, es decir 550 mts hacia el sur del peaje existente...*’, en un sector localizado en inmediaciones de la confluencia entre los trayectos 8 y 9, entre Villapinzón y Ventaquemada, en una zona de menor tráfico vehicular”, asunto sobre el que “se pronunció el Concesionario a través, entre otros, de los oficios N°1068-35 del 2 de mayo de 2008, N°0217-35 del 5 de febrero de 2009 y N°2198-35 del 29 de septiembre de 2009, este último, precisamente, a través del cual se dio respuesta a la carta de la entidad con Radicado No.:20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009.”

“De lo expresado por el Concesionario, agregó, se reiteran los señalamientos asociados con la orden impartida por la entidad en el sentido de dar lugar a la construcción de la estación de peaje en una ubicación distinta a la contractualmente prevista, así como a la necesidad de revisar los efectos que esta determinación genera a nivel contractual, los cuales no son otros que el desequilibrio de la ecuación contractual en perjuicio del Concesionario, lo que hace necesario revisar las alternativas para su compensación y pago.

“Señala el texto transcrito en la comunicación de la referencia que la entidad no comparte la apreciación asociada a la revisión del desequilibrio causado haciendo referencia a que estos aspectos ‘...nunca hicieron parte de las condiciones de negociación del modificatorio suscrito el 29 de julio de 2005, ni del modificatorio de ajuste de cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, ni de ninguno de los modificatorios suscritos hasta la fecha...’, y que por ello ‘...no procede ningún tipo de compensación a favor del Concesionario producto del traslado de la infraestructura de dicho peaje...’. Con esta referencia, en la comunicación de la referencia se concluye que ‘...no existe fundamento contractual para solicitar valores o compensaciones económicas correspondientes a este tema...’.

“Pero es que, tal y como se advierte de lo previamente expuesto, a partir de la revisión de los mismos apartes contractuales citados, la conclusión no puede ser otra que precisamente la opuesta: **el traslado del peaje Albarracín sí formó parte de los aspectos contenidos en dichos acuerdos modificatorios, y que fueron contemplados para dar origen a la declaración conjunta de considerar adecuada la fórmula de compensación pactada en dichos documentos. Así, el cambio en las reglas de juego, que ha generado un desequilibrio económico en perjuicio del Concesionario, debe ser debidamente compensado, conclusión que no sólo tiene pleno fundamento contractual, sino aún pleno fundamento legal, para lo cual consideramos pertinente hacer referencia a lo expuesto en el artículo 27 de la ley 80 de 1993, que establece:**

‘En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad

o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

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

Finalmente indica la deuda generada por efecto de esta compensación, actualizando el cálculo remitido a la Agencia el 31 de marzo de 2013, según cálculo que anexó con dicha carta.

A su vez, con la Carta 0763-35 del 15 de julio de 2013, el Consorcio Solarte Solarte reiteró su solicitud y anexó el cálculo actualizado al 30 de junio de 2013, según cálculo que anexó con dicha carta. Igual ejercicio se hizo con la comunicación 1093-35 del 7 de septiembre de 2012.

Por su parte, con las comunicaciones 0006-35 del 8 de enero de 2014;³³⁸ 0095-35 del 6 de febrero de 2014, 0190-35 del 5 de marzo de 2014, 307-35 del 3 de abril de 2014 y 386-35 del 5 de mayo de 2014,³³⁹ dirigidas a la ANI, además de relacionar en sus antecedentes todas las comunicaciones antes citadas, se indica que “sobre el caso del peaje Albarracín, y dando alcance a las cartas N°1068-35 del 2 de mayo de 2008 y N°0217-35 del 5 de febrero de 2009, el Concesionario alude a la carta de esa entidad con Radicado INCO No.: 20093050113341 de fecha septiembre 15 de 2009 y a la carta de respuesta del Concesionario N°2198-35 del 29 de septiembre de 2009” y, además señala que “Al haberse puesto en operación la infraestructura definitiva del peaje Albarracín desde finales del año 2011, es prudente subrayar que se ha comenzado a causar la compensación asociada al desequilibrio económico a favor del Concesionario, a la cual se refirió nuestra carta N°2198-35 y demás antecedentes asociados a esta temática. Se ha previsto que este asunto sea abordado por la Agencia y el Concesionario en las mesas de trabajo que actualmente se adelantan entre las Partes, para evaluar su impacto y determinar la metodología que se aplicará para dar lugar al reconocimiento de la compensación adeudada.”

3.6.7.2. La Base de Conversaciones del 20 de septiembre de 2013

En el documento suscrito el 20 de septiembre de 2013,³⁴⁰ las Partes manifestaron haber llegado a las siguientes Base de Conversaciones que permitirían llegar a unos eventuales Acuerdos, los cuales se plasmarían en los documentos contractuales idóneos, una vez fueran agotados, entre otros, los siguientes temas que serían analizados en la Mesa Financiera – Jurídica, a fin de intentar lograr llegar a un acuerdo total o parcial y, así mismo, analizar la posibilidad de lograr la desafectación de los tramos requeridos para el programa de 4G, previos los estudios de conveniencia financiera y jurídica por ambas Partes, bajo entendido que la mencionada desafectación se realizaría de común acuerdo:

“1.2.5. Se revisará conjuntamente la solicitud del concesionario de reconocimientos económicos por concepto de la disposición de la ANI de no trasladar el peaje Albarracín al sector Villapinzón – Chocontá, como estaba contemplado contractualmente.”

Con fundamento en lo anterior, dando alcance, entre otras, a las cartas, Nos. 1093-35 del 7 de septiembre de 2012 y 0021-35 del 17 de enero de 2013 y atendiendo la solicitud contenida en la comunicación con Rad. Salida No. 2013-308—019815-1, con la comunicación 0009-35 del 10 de enero de 2014,³⁴¹ la Sociedad CSS Constructores relacionó a la ANI, las que a su juicio, serían el

³³⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 347 a 361

³³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 366 a 426

³⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 267 a 269

³⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 275 a 282

monto de las deudas asociadas, entre otros, a “la compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá – Villapinzón”, las que proyectó, previendo su pago con cargo a recursos del Presupuesto General de la Nación, desde el momento que finaliza cada mes de recaudo sin que haya tenido lugar su compensación, con las notas de evaluación ya consignadas en comunicación anterior.

En la Cláusula Séptima del Otrosí No. 12, suscrito el 24 de febrero de 2014, se señaló que el Concesionario “manifiesta expresamente que conoce las facultades legales de la ANI y las circunstancias que exigen la necesidad de construcción de una Variante del Puente de Boyacá y el mantenimiento y operación de los trayectos 8, 9, 10, 11, 17 y 18, a través del esquema que la entidad considere pertinente, independiente del Contrato de Concesión No. 377 de 2002 y que en tal sentido, acepta la eventual aplicación de una sobretasa a los peajes de las estaciones ubicadas en el corredor concesionado, con destinación a financiar obras, actividades y/o intervenciones requeridas dentro del corredor, siempre que dicho esquema no implicara mayores costos por administración y operación de peajes atribuibles al Concesionario.

Posteriormente, en lo que se refiere a la presunta compensación causada por el no traslado de la estación de peaje Albarracín, con la comunicación calendada el 29 de mayo de 2014, con Rad. Salida No. 2014-500-012042-1 del 25 de junio de 2014,³⁴² suscrita por el Vicepresidente Ejecutivo, en respuesta a las comunicaciones Nos. 011-35 del 13 de enero de 2014, Rad. ANI No. 2014-409-001195-2; 009-35 del 10 de enero de 2014, Rad ANI No. 2014-409-000884-2; 0763-35 del 15 de junio de 2013 Rad ANI No. 2013-409-024324-2; 0500-35 del 2 de mayo de 2013, Rad ANI No. 2013-409-0171122, dirigida al Representante Legal de la Sociedad CSS Constructores S.A., la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, ratificó la posición adoptada y expuesta en comunicación 2013-308-005604-1 del 18 de abril de 2013, atrás transcrita en esta providencia, con fundamento en la cual, tal y como lo señaló la Entidad, dijo, no existe fundamento contractual para solicitar valores o compensaciones económicas correspondientes a este tema.

A su vez, con la comunicación No. 0659-35 del 23 de julio de 2014,³⁴³ la Sociedad CSS Constructores S.A. dio respuesta a la comunicación de la ANI Rad. Salida No. 2014-500-012042-1 con la cual ratificó la posición adoptada y expuesta en la Comunicación 2013-308-005604-1, motivo por el cual, también, la sociedad Concesionaria reiteró su posición expresada a través de la comunicación No. 500-35 del 2 de mayo de 2013, respecto del reconocimiento de la compensación causada por el déficit por el no traslado del peaje Albarracín, al tiempo que destaca que la deuda generada por efecto de esta compensación, actualizada al 30 de junio de 2014, ascendía a \$25.970.625.356

Dando alcance, entre otras, a las cartas Nos. 1093-35 del 7 de septiembre de 2012, 0021-35 del 17 de enero de 2013 y 0009-35 del 10 de enero de 2014, atendiendo la solicitud expuesta en diferentes oportunidades por parte de la entidad, mediante la comunicación No. 0017 del 12 de enero de 2015, la Sociedad CSS Constructores relacionó a la ANI, las que a su juicio, serían el monto de las deudas a 31 de diciembre de 2014, asociadas, entre otros, a “la compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá – Villapinzón”: \$24.530.560.172, más intereses moratorios de \$7.042.127.282, para un total estimado de \$31.572.667.454, con las mismas notas de evaluación ya consignadas en comunicación anterior.

Con comunicación del 30 de julio de 2015,³⁴⁴ CSS Constructores S.A., dando alcance, entre otras, a las cartas No. 1093-35 del 7 de septiembre de 2012, No. 0021-35 del 17 de enero de 2013, No. 0009-35 del 10 de enero de 2014 y No. 0017-35 del 12 de enero de 2015, relacionó a la ANI, las que a su juicio, serían el monto de las deudas a 30 de junio de 2015, asociadas, entre otros, a “la

³⁴² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 347 a 355 y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 29 a 37

³⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 298 a 309 y Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 38 a 49

³⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 356 a 358

compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá – Villapinzón”.

Con la comunicación del 7 de septiembre de 2015,³⁴⁵ CSS Constructores S.A. reiteró lo planteado en las cartas Nos. 500-35 del 2 de mayo de 2013 y No. 659-35 del 23 de julio de 2014, insistiendo en la deuda causada a favor del Concesionario por concepto del déficit por el no traslado del peaje Albarracín.

Finalmente, con la comunicación del 1 de febrero de 2016,³⁴⁶ CSS Constructores S.A., reiteró la solicitud de pago de las deudas asociadas, entre otras, por la compensación causada por el déficit de ingreso por recaudo en el peaje Albarracín, generado a partir de la instrucción de la entidad de mantener el peaje en su ubicación original, en lugar de efectuar su traslado al sector Chocontá – Villapinzón. Aquí se señaló que la liquidación de la deuda generada por efecto de esta compensación, actualizada al 31 de diciembre de 2015, ascendía a la suma de \$45.951.247.167

3.6.7.3. El planteamiento del presunto desequilibrio ante el Tribunal

Como atrás se vio, a juicio de la Parte Convocante, todo el problema radica en la ubicación del Peaje Albarracín la que dice, fue modificada por el *Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002* del 29 de julio de 2005 y el *Documento Final de Ajuste de Cláusulas* del 29 de septiembre de 2005, por lo que el Peaje Albarracín debía ser traslado de los Trayectos 8 y 9 al Trayecto 7, “pacto éste actualmente vigente, que jamás fue objeto de modificación por las Partes.”

Para la Convocante, con la suscripción del Acta del 27 de julio de 2005 y el Documento Final de Ajuste de Cláusulas del 29 de septiembre de 2005, se modificaron varios aspectos que, dice, generan impactos y desequilibrios en la ecuación contractual inicial. “Como se advierte en los documentos, estos cambios involucran desde modificaciones en el alcance contractual (afecta los Usos del modelo financiero) como en los ingresos producto del recaudo del peaje Albarracín (afecta las Fuentes del modelo financiero), por efecto del desplazamiento de su localización (se previó su traslado al sector Chocontá – Villapinzón). Ahora bien, el ejercicio combinado de todos estos efectos, se equilibró a través del incremento del Ingreso Esperado a \$1,8 billones, tal y como se pactó en el mismo documento.

“Dicho lo anterior, ninguna duda cabe -ni puede haber- que un cambio posterior como el que es materia de esta demanda, a saber la instrucción de la ANI para no desplazar la localización del peaje, a pesar de estar ello contractualmente pactado, genera un nuevo desequilibrio contractual, que es el que aquí se reclama. Siendo de naturaleza similar al hecho de que, a manera de ejemplo, se hubiera decidido ampliar o disminuir el alcance de las obras definidas: esta situación también afectaría el equilibrio del contrato, por lo que no puede ser de recibo desconocer la situación de desequilibrio que evidentemente se genera.

“De esta manera, se insiste en dos puntos fundamentales: (i) El Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y sus Modificatorios integran un **ÚNICO** negocio jurídico, por lo que dichos documentos no se pueden mirar de manera aislada, y (ii) Resulta relevante resaltar que, independientemente que los Trayectos 8 y 9 hayan sido incluidos nuevamente al proyecto vial concesionado, la Cláusula del Traslado del Peaje Albarracín al Trayecto 7 **NUNCA** fue modificada por las Partes.

(...)

“Haciendo hincapié en el argumento vacuo y trivial del apoderado de la convocada, cuando en la Contestación de la Demanda asevera que el peaje *‘se encuentra funcionando’* para así excluir de responsabilidad a su representada, resulta importante recordarle a este Tribunal que, si bien el peaje se encontraba funcionando, **NO SE ENCONTRABA EN EL LUGAR DONDE DEBERÍA**

³⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 360 a 366

³⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 367 a 370

ESTAR INSTALADO, lo cual evidentemente ocasiona un desequilibrio económico del contrato, puesto que precisamente por su ubicación, los ingresos derivados del recaudo cedido al concesionario, disminuyeron de forma importante, a tal punto que determinaron el desequilibrio contractual cuyo restablecimiento hoy se reclama.”

3.6.8. No hubo ruptura de la ecuación económica y, por lo tanto, no se produjo desequilibrio del Contrato

Como atrás se vio, es cierto que en el Parágrafo Segundo del Acuerdo Quinto del Acuerdo celebrado el 29 de julio de 2005, ese documento las Partes acordaron que la **“La caseta de peaje de Albarracín se trasladará al Trayecto 7 y se mantendrán las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada”**, lo que significa que el peaje Albarracín ubicado exactamente en la abcisa Km 63+250,00 entre los Trayectos 8 y 9, sería trasladado a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón) que, se itera, según el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, sería el punto final de éste, es decir, en la abcisa K53+966,95, lo que implicaría moverlo a una distancia aproximada de entre 9.2 y 9.3 km., entre el sitio donde se ubicaba (abcisa Km 63+250,0) hasta el final de Villapinzón (abcisa K53+966,95).

También es cierto que por virtud de los acuerdos a los que llegaron las Partes el 29 de julio de 2005, se acordó una fórmula de compensación, también contenida en este Acuerdo, definida en virtud de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión y concebida a partir de la evaluación de alternativas derivadas del ejercicio financiero de compensación entregado por el Concesionario el 21 de abril de 2005, que según se señaló en el considerando 12 del dicho Acuerdo, fue la resultante de la estimación de las obras con las que se reemplazó integralmente el alcance básico y el alcance condicionado pactado en el Contrato original, incluyendo la eliminación de algunas obligaciones y la consecuente devolución sin intervenir de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, lo mismo que la devolución de los Trayectos 11 y 18 una vez finalizaran las obras de rehabilitación y, finalmente, el traslado de la caseta de peaje de Albarracín al Trayecto 7 en las mismas condiciones en las que fue concesionada, por todo lo cual el Ingreso Esperado no superaría la suma máxima de un billón ochocientos mil millones de pesos de diciembre de 2000 (COL\$1.8 billones).

Por ello, según ya también se señaló, es muy importante tener presente que de conformidad con lo previsto en el numeral Séptimo de ese “Acuerdo para la Modificación del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 – con el objeto de efectuar la construcción de la doble calzada en el Proyecto Vial ‘Briceño – Tunja – Sogamoso’, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y el Consorcio Solarte Solarte” suscrito el 29 de julio de 2005, las Partes reconocieron que las modificaciones acordadas y consignadas en el mismo no daban lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hicieron constar que consideraban adecuada la fórmula de compensación pactada en ese documento por todos los derechos y obligaciones que las Partes se atribuyeron y, en consecuencia, renunciaron a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación. Expresamente, se itera, en el numeral séptimo se acordó lo siguiente:

“SÉPTIMO: El INCO y el CONCESIONARIO de común acuerdo reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Acuerdo no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hacen constar que consideran adecuada la fórmula de compensación pactada en este documento por todos los derechos y obligaciones que las partes se atribuyen, y en consecuencia, renuncian a cualquier reclamación, que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación. El presente numeral quedará incorporado en el Documento Final de Ajuste de Cláusulas.” (Resaltado fuera del texto)

A su vez, entre los acuerdos asociados a la reestructuración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, contemplados en el **“Documento Final de Ajuste de Cláusulas”** suscrito por las Partes el 29 de septiembre de 2005, se ratificó que el Concesionario adelantaría todas las gestiones

necesarias para trasladar la estación de peaje Albarracín a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá – Villapinzón), punto que sin embargo no quedó definido. Los predios requeridos para la ejecución de la infraestructura de operación en mención, serían identificados por el Concesionario, quien adelantaría la gestión predial correspondiente en los términos previstos contractualmente, incluyendo la actividad de contratación de elaboración de los avalúos, delegada a éste por el INCO. Una vez se contara con los predios que fueran necesarios, se acordó que el Concesionario daría inicio a la construcción de la estación de peaje (Cláusula Cuarta).

Ello implica que se ratificó que el peaje Albarracín ubicado exactamente en la abcisa Km 63+250,00 entre los Trayectos 8 y 9, sería trasladado a un punto localizado en el Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón) que, se itera, según el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, sería el punto final de éste, es decir, en la abcisa K53+966,95, lo que implicaría moverlo a una distancia aproximada de entre 9.2 y 9.3 km., desde el sitio donde se ubicaba (abcisa Km 63+250,0) hasta el final de Villapinzón (abcisa K53+966,95).

También, según atrás quedó ampliamente explicado, en dicho Acuerdo suscrito el 29 de septiembre de 2005, como fórmula de compensación, las Partes establecieron el Ingreso Esperado en la suma de un billón ochocientos mil millones de pesos (COL\$1.8 billones) en pesos constantes al 31 de diciembre de 2000 y, para todos los efectos, a partir del 29 de septiembre de 2005, entendieron que el plazo previsto para la obtención del ingreso esperado correspondería a 30 años contados a partir de la fecha de iniciación del Contrato de Concesión, prorrogables como máximo hasta por la mitad de ese término (Cláusulas Quinta y Sexta).

Por tal razón, en el Acuerdo celebrado el 29 de septiembre de 2005, las Partes convinieron que los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en sus Anexos y en sus documentos complementarios para los sectores que debían ser intervenidos, continuarían siendo aquellos previstos en el Contrato original, exceptuando las modificaciones en el alcance de las obras a ejecutar contenidas en el numeral Primero y la incorporación de los aspectos considerados en el ejercicio financiero de compensación radicado en el INCO el 21 de abril de 2005, incluyendo la no ampliación de la calzada de 9.90m a 10.90m, la no construcción de terceros carriles, el adelantamiento en el tiempo de la construcción de la variante de Tunja en calzada sencilla, la no ejecución de actividades de mejoramiento en los sectores específicos identificados -incluyendo la aplicación de integral de las consideraciones técnicas incluidas en el Anexo No. 5 del documento de 20 de abril de 2005-, la consideración del efecto generado como consecuencia de adelantar las obras del alcance condicionado, la ejecución del empalme con la concesión a cargo de la U.T. Devinorte, la prórroga del inicio de la etapa de construcción, el giro al Concesionario como parte de pago del saldo disponible a la fecha en la cuenta Excedentes, y los demás previstos en el citado documento. Con todo, cualquier modificación a los estudios y diseños elaborados por el Concesionario, debería surtir el trámite establecido en el Contrato de Concesión y sus anexos.

Aquí también las Partes pactaron que las modificaciones acordadas y consignadas no darían lugar a indemnizaciones o compensaciones diferentes a las allí convenidas.

Entonces, aquí también es preciso señalar que la fórmula de compensación contenida en este Acuerdo y definida en virtud de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión, que fue concebida a partir de la evaluación de alternativas derivadas del ejercicio financiero de compensación entregado por el Concesionario el 21 de abril de 2005 e incorporada inicialmente en el Documento Modificatorio del 29 de julio de 2005, fue la resultante de la estimación de las obras con las que se reemplazó integralmente el alcance pactado en el Contrato original, incluyendo la eliminación de las obligaciones arriba señaladas y la consecuente devolución sin intervenir de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, lo mismo que la devolución de los Trayectos 11 y 18 una vez finalizaran las obras de rehabilitación y, finalmente, el traslado de la caseta de peaje de Albarracín al Trayecto 7 en las mismas condiciones en las que fue concesionada, por todo lo cual se estableció el Ingreso Esperado en la suma de un billón ochocientos mil millones en pesos constantes al 31 de diciembre

de 2000, lo cual se sustenta en el concepto que se encuentra en los documentos mencionados en los considerandos.

Por ello también, aquí es muy importante tener presente que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava de este “Documento Final de Ajuste de Cláusulas del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y el Consorcio Solarte Solarte- Proyecto Vial Briceño – Tunja – Sogamoso- suscrito el 29 de septiembre de 2005, las Partes reconocieron que las modificaciones acordadas y consignadas en este Documento no darían lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste. Así mismo, hicieron constar que consideraban adecuada la fórmula de compensación pactada en ese Documento por todos los derechos y obligaciones que las Partes se atribuyeron y, en consecuencia, renunciaron a cualquier reclamación que pudiera tener como causa u origen o pudiera estar relacionada con dicha fórmula de compensación.

Aunque la Parte Convocante señala que tales acuerdos están vigentes y no se han cumplido, atrás quedó ampliamente explicado que a partir del mes de octubre de 2005, hubo dos grupos de actuaciones que permitieron y a la vez obligaron a incorporar de nuevo los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión No. 377 de 2002 y, con ello, a mantener entonces el Peaje o Caseta Albarracín en el Trayecto 8:³⁴⁷ Por una parte, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO realizaron esfuerzos de cooperación interinstitucional con el fin de materializar los mecanismos necesarios para ejecutar las obras públicas de infraestructura vial requeridas en los Trayectos Nos. 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 *Proyecto Vial Briceño – Tunja – Sogamoso* y, complementariamente, se formularon alternativas para garantizar la continuidad del Proyecto Vial e impedir que se afectara la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, con sus consecuentes obligaciones, derechos y responsabilidades, tanto de la entidad pública concedente como del Concesionario, así como, que no se afectara el nivel de distribución de riesgos del Contrato de Concesión.

En consecuencia, no obstante lo dicho por la Parte Convocante, mediante la Modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrita el 27 de enero de 2006,³⁴⁸ las Partes acordaron que el Concesionario, una vez el INCO contara con la disponibilidad de los recursos, y estos fueran debidamente apropiados, se obligó a ejecutar las actividades de construcción de los Trayectos 8, 9, 10 y 17 (sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso), con el alcance previsto en la propuesta del Concesionario incluida en la carta 137-35 del 25 de enero de 2006 y en los diseños por él elaborados, incluyendo la ampliación a segunda calzada del sector Villapinzón-inicio Variante de Tunja y la rehabilitación de la vía existente comprendida entre Villapinzón y Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso.” (Cláusula Primera).

También aquí, el valor para las actividades objeto de dicha modificación se estimó en la suma de \$368.950.000.000 de diciembre de 2005. Según el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Acuerdo, el valor de las obras objeto de dicha modificación, “**no implica ajuste al valor del ingreso esperado del Contrato de Concesión**” (Cláusula Segunda). En todo caso, la ejecución de las actividades se condicionó, de manera progresiva a la consecución de los recursos, dentro de las vigencias de 2006 a 2010, en los términos previstos en la Cláusula Tercera.

Finalmente, al reincorporar de nuevo los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión con las fórmulas arriba acordadas, **las Partes declararon y entendieron que todos los aspectos, acuerdos y cualquier otra manifestación hecha en esta modificación, aparte de las expresamente previstas en dicho documento, no constituirían causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario y/o del INCO desequilibrio económico (Cláusula Octava).**

³⁴⁷ Según se observa en los antecedentes que se registran en las Consideraciones de la Modificación al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscrita por las Partes el 27 de enero de 2006.

³⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 188 a 195

Por su parte, también como atrás se señaló, en el Acta de Constancia de la apropiación de los recursos requeridos para la ejecución de las actividades en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 (Sectores Villapinzón-Tunja y La Ye-Tibasosa-Sogamoso) previstas en el Documento del 27 de enero de 2006, Acta que fue suscrita por las Partes el 15 de diciembre de 2006, se acordó incorporar al Proyecto los recursos puestos de presente en los Considerandos de dicha Acta y, teniendo en cuenta que se habían cumplido las condiciones requeridas en el Documento modificadorio del 27 de enero de 2006, se acordó igualmente que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades de construcción de los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un período de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados y, por lo tanto, **se aclaró que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño – Tunja – Sogamoso**. En virtud de dicho acuerdo, se determinó en pesos corrientes el valor de las actividades objeto del Documento modificadorio del 27 de enero de 2006, por lo que se entendió que estas actividades ascenderían a la suma total de \$415.774.890.000 pesos corrientes, **al tiempo que se aclaró que el ajuste del valor incluido en esta Acta no implicaría ajuste al valor del ingreso esperado del contrato de concesión**.

Habiéndose acordado por las Partes que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades previstas en los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo, por un período de cinco (5) años, de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados; incorporados los recursos previstos para tal efecto sin que ello implicara ajustar el valor del ingreso esperado; y, aclarado que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, naturalmente desapareció la causa, móvil, motivo o razón que había determinado trasladar el peaje “Albarracín” de los Trayectos 8 y 9 al Trayecto 7, razón por la cual, debía mantenerse en el Trayecto donde originalmente fue concebido que es el mismo que venía operando desde la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Como atrás se señaló, la causa, el móvil o la razón que las Partes tuvieron en cuenta para decidir trasladar el peaje del Trayecto 8, que se excluiría del Proyecto Vial de la Concesión, al Trayecto 7, era garantizar el ingreso que por concepto de peajes serviría para financiar los costos de las actividades a ejecutar en el corredor vial a cargo del Concesionario y desde luego, la obtención del Ingreso Esperado en los términos del esquema financiero realizado el 21 de abril de 2005 e incorporado en los Documentos Modificatorios del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005. En otros términos, el Tribunal observa que la intención y luego la voluntad de las Partes expresada en los Documentos Modificatorios del 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, consistente de trasladar el peaje Albarracín del Trayecto 8 al Trayecto 7, no fue permitir el aumento del ingreso del Concesionario a un trayecto de mayor flujo vehicular para obtener el Ingreso Esperado. No. Lo fue, con motivo de la eliminación o retiro del Trayecto 8, trasladar el peaje al Trayecto 7 para garantizar los ingresos requeridos para financiar las actividades de todo el corredor vial y obtener así el Ingreso Esperado. Recuérdese que los peajes se colocaron a lo largo del corredor -de una extensión aproximada de 180 km- de manera equidistante -El Roble, Albarracín y Tuta- en forma tal que generaran uniformemente los ingresos que por esa fuente asegurarían la financiación de las actividades del Proyecto Vial y la obtención del Ingreso Esperado para el Concesionario.

Ahora, en cambio, para cumplir los fines arriba descritos, esto es, ejecutar las obras públicas de infraestructura vial requeridas en los reincorporados Trayectos Nos. 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y al mismo tiempo garantizar la continuidad del Proyecto Vial “Briceño – Tunja – Sogamoso” objeto de la Concesión y de esa manera garantizar que no se afectara la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional objeto del citado Contrato, con sus consecuentes obligaciones, derechos y responsabilidades, tanto de la Entidad Pública Concedente como del Concesionario, así como, que no se afectara el nivel de distribución de riesgos del Contrato de Concesión, con la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006 se modificaron entonces, los

Documentos antes suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, que incluyó la reincorporación al alcance del Proyecto los Trayectos 8 y 9, y con ellos, la caseta del peaje Albarracín.

Así, reincorporado a la Concesión el Trayecto 8 y con él el peaje Albarracín, desapareció la causa, móvil o motivo que condujo a las Partes a trasladarlo al Trayecto 7.

Además, como quiera que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.2.4. del Contrato de Concesión 0377 de 2002 -que obligaba al Concesionario a construir y poner en funcionamiento la infraestructura de operación de acuerdo con lo establecido en las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**-, y que en éstas, al describir las acciones a ejecutar en el Trayecto 8, se encontraba contemplada como obligación a cargo del Concesionario la instalación y adecuación de la infraestructura de operación del peaje existente (Estación de Peaje Albarracín) ya ubicado en el Trayecto 8, continuó entonces a cargo del Concesionario la obligación de construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del Contrato de Concesión, entendiéndose que éste estaría ubicado en el Trayecto No 8.

Entonces, al reincorporar de nuevo los Trayectos 8, 9, 10 y 17 al alcance del Contrato de Concesión con las fórmulas arriba acordadas, lo que incluía el peaje Albarracín, en la Cláusula Octava de la Modificación al Contrato de Concesión No. 377 de 2002, suscrita el 27 de enero de 2006, **las Partes declararon y entendieron que todos los aspectos, acuerdos y cualquier otra manifestación hecha en esta modificación, aparte de las expresamente previstas en dicho documento, no constituirían causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario y/o del INCO desequilibrio económico.**

Así mismo, habiéndose acordado por las Partes que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades previstas en los Trayectos 8, 9, 10 y 17 y, aclarado que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, el peaje Albarracín debía entonces mantenerse en el Trayecto donde originalmente fue concebido que es el mismo que venía operando desde la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, porque con la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006, se modificaron entonces, los Documentos antes suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, que incluyó la reincorporación al alcance del Proyecto los Trayectos 8 y 9, y con ellos, la caseta del peaje Albarracín.

Visto también que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.2.4. del Contrato de Concesión 0377 de 2002 y con las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**-, se contemplaba como obligación a cargo del Concesionario la instalación y adecuación de la infraestructura de operación del peaje existente (Estación de Peaje Albarracín) en el Trayecto 8, de nuevo, al hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño – Tunja – Sogamoso tales actividades, continuó entonces a cargo del Concesionario la obligación de construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del Contrato de Concesión, entendiéndose que éste estaría ubicado en el Trayecto No 8.

Por ello, la determinación adoptada por el Ministerio de Transporte o por el INCO y la instrucción por éste impartida al Concesionario de no relocalizar el peaje Albarracín en el Trayecto 7 y mantenerlo en el Trayecto original, lo mismo que requerir al Concesionario para cumplir con la obligación a su cargo de adquirir los predios y construir, mantener y operar la infraestructura del peaje en los alrededores del peaje existente se sujetó a lo previsto en el Contrato de Concesión así ajustado finalmente después de la Modificación introducida por las Partes el 27 de enero de 2006 y por todas esas circunstancias no se produjo la ruptura del equilibrio financiero del Contrato.

3.6.8.1. La ausencia de modelo financiero

Por Auto del 20 de junio de 2018, el Tribunal ordenó a la Sociedad CSS Constructores S.A., le entregara copia del modelo financiero con el cual se estructuró el proyecto que dio origen al Contrato de Concesión, lo que implicaba contar con la modificación que se pudo haber introducido a partir de la modificación de la ubicación del peaje al Trayecto 7.

Empero, mediante comunicación calendada el 25 de julio de 2018, la señora Apoderada de la Sociedad CSS Constructores S.A. señaló que “El Concesionario no cuenta con el modelo financiero con el cual se estructuró el proyecto que dio origen al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, toda vez que la estructuración no fue realizada por el concesionario, sino por la entidad concedente, quien cuenta, dijo, con el modelo financiero solicitado por el Tribunal.”

De conformidad con lo anterior, mediante Auto del 26 de julio de 2018, el Tribunal le ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura aportar el Modelo Financiero que, según los términos del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, fue elaborado y entregado por la Unión Temporal BOOZ ALLEN & HAMILTON DE COLOMBIA LTDA. – INVERLINK S.A., Banca de Inversión contratada para asesorar al INVÍAS en la estructuración financiera, técnica y legal de Proyecto; el ejercicio financiero con sus correspondientes anexos elaborado por el INCO, la Interventoría y el Concesionario el 21 de abril de 2005 y los documentos técnicos que soportaron la modificación del ingreso esperado y plazo para su obtención conforme a lo previsto en los documentos contractuales, a partir del Documento Final de Ajuste de las Cláusulas del Contrato de Concesión del 29 de septiembre de 2005; el modelo y metodología financiera previsto en el Adicional No. 2 y los ajustes a la modelación financiera realizados a partir del Otrosí No. 12.

Con memorial remitido por correo electrónico el 23 de agosto de 2018 y radicado en físico al día siguiente, la Parte Convocada presentó memorial en el que aportó en un cd los documentos relacionados con la estructuración del proyecto y que fueron entregados al INCO por parte del INVÍAS, en los cuales obviamente no se refleja el impacto económico de la variación del Peaje “Albarracín” al Trayecto 7, cuya necesidad de ubicación surgió a partir del Acuerdo suscrito por las Partes el 29 de julio de 2005.

A su vez, al responder el cuestionario inicial formulado por la ANI, en lo que se refiere al tema objeto de análisis, en su dictamen rendido por el Perito Julio Villarreal el 4 mayo de 2018³⁴⁹, señaló que:

“NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACIN AL SECTOR VILLAPINZÓN - CHOCONTÁ

“Pregunta 9

“El concesionario en su modelo financiero, con qué peajes estimó sus ingresos, ¿con los peajes reales ubicados en la vía? o ¿con simulaciones de peajes en lugares diferentes?”

“Con el fin de dar respuesta a la presente pregunta, el perito solicitó formalmente al Concesionario que remitiera el modelo financiero con el cual éste había estructurado el proyecto. Lo anterior a través de un oficio remitido el día 16 de abril de 2018. Ante la anterior solicitud, el Concesionario manifestó en una reunión con el perito, que al ser el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 un contrato de tercera generación de infraestructura vial, el modelo financiero con el cual se estructuró el proyecto no tiene ningún peso jurídico ni es un documento contractual con el cual se puedan soportar eventuales argumentos por diferencias entre las partes. En esta medida y más allá de la interpretación jurídica el mencionado modelo no fue remitido al perito.

“Teniendo en cuenta lo anterior, el perito manifiesta que no se puede proceder a dar respuesta a la presente pregunta por un faltante de información. Específicamente el perito no cuenta con el modelo financiero con el que el Concesionario estructuró el proyecto (por las razones antes expuestas) y por

³⁴⁹ Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 4, Folios 412 a 453

tanto no se puede determinar con qué peajes estimó sus ingresos ni tampoco si usó para este objetivo peajes reales ubicados en la vía o simulaciones de peajes en lugares diferentes.”

En todo caso, téngase presente que la redefinición del alcance físico del Contrato y los acuerdos a los que arribaron las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, en los que se incluyó la determinación de trasladar el peaje Albarracín fueron el resultado del ejercicio financiero con sus correspondientes anexos elaborado por el INCO, la Interventoría y el Concesionario el 21 de abril de 2005 y los documentos técnicos que soportaron la modificación del Ingreso Esperado y el plazo para su obtención conforme a lo previsto en los documentos contractuales, a partir del Documento Final de Ajuste de las Cláusulas del Contrato de Concesión del 29 de septiembre de 2005", los cuales fueron aportados por la ANI a este proceso, de los cuales se puede constatar la compensación financiera acordada por las Partes de que ya se ha dado cuenta en esta providencia y por lo tanto el equilibrio financiero logrado por las Partes.

A su vez, el Acuerdo suscrito el 27 de enero de 2006, también está soportado en un análisis financiero que permitió incorporar a la Concesión las actividades relacionadas con los Trayectos 8, 9, 10 y 17 -que incluyen construir y poner en funcionamiento la infraestructura del Peaje Albarracín en el Trayecto 8-; estimar el valor de las mismas; y, prever que en todo caso con ello no se afectaría el ingreso esperado, de lo cual resulta que la ecuación financiera del Contrato siguió debidamente equilibrada y por ello no se produjo desequilibrio alguno.

3.6.8.2. Los estudios de tráfico de la vía y de cada uno de los trayectos para medir el traslado en menos de un km de un Trayecto a otro

Con auto del 20 de junio de 2018, el Tribunal ordenó a la Sociedad CSS Constructores S.A., le entregara copia de los Estudios de Tránsito, Capacidad y Niveles de Servicio del corredor vial Briceño – Tunja – Sogamoso y de cada uno de los sectores o trayectos que lo conforman. Así mismo, ordenó a las Partes que aportaran copia de los Estudios de Tráfico Vehicular de que dispusieran respecto de la vía objeto del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, que se hubieran realizado antes del inicio de ejecución del mismo y que sirvieron de base para estructurar el referido proyecto vial, o los que se hubieran realizado a partir de su ejecución conforme a las Condiciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Corredor Briceño – Tunja – Sogamoso.

Por su parte, le ordenó al Instituto Nacional de Vías INVIAS, remitiera al Tribunal, copia de los Estudios y Diseños ejecutados para el Instituto Nacional de Vías INVIAS por el Consorcio Consultor DIS Ltda. – Enrique Dávila Lozano en el año 1998 y cuyo objeto consistió en los ESTUDIOS DE REHABILITACIÓN Y ANTEPROYECTO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA CALZADA DE LA CARRETERA BRICEÑO – TUNJA – SOGAMOSO.

Respecto de los Estudios de Tránsito, Capacidad y Niveles de Servicio del corredor vial Briceño – Tunja – Sogamoso y de cada uno de los sectores o trayectos que lo conforman, elaborados o contratados por la Sociedad CSS Constructores S.A., mediante la comunicación del 25 de julio de 2018, la señora apoderada de esa sociedad remitió la presentación disponible en el cuarto de datos, así como la relación (Índice) de los documentos que lo conformaban.

“En la documentación relacionada en el cuarto de datos, se incluyen entre otros, los estudios de los que disponía la entidad que comprende el pronóstico de tráfico e ingresos y el volumen de estudio de tránsito, capacidad y niveles de servicio (versión inicial y complementación), así como los volúmenes de transporte disponibles, correspondientes a los años 1999 y 2000.

“Sobre la presentación disponible en el cuarto de datos, ésta da cuenta de la modelación de transporte que hiciera para la entidad Booz Allen & Hamilton, en desarrollo del proceso de estructuración, que fue precisamente lo que permitió a la entidad abrir el proceso licitatorio, habiendo definido el esquema de gradualidad, el modelaje de tráfico y tarifas, la matriz de asignación de riesgos, los soportes por

Ingreso y Cambiario, y las condiciones de la licitación. Este trabajo de estructuración financiera fue adelantado para la entidad por parte de Booz Allen & Hamilton e Inverlink (ver créditos al final de la presentación).”

De conformidad con lo anterior, mediante Auto del 26 de julio de 2018, el Tribunal le ordenó a la **Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**, aportar los documentos relacionados en el Índice del Cuarto de Datos del Contrato 0377 de 2002, distinguidos con los números 28, 29, 33, 58, 75, 76, 101, 107, 109, esto es,

Cuarto de Datos
Proyecto Briceño - Tunja – Sogamoso

| DOCUMENTOS GENERALES – Enero de 2002 | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|--------|
| N° | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 28 | VOLUMEN DE TRANSPORTE 1999 | FISICO |
| 29 | VOLUMEN DE TRANSPORTE 2000 | FISICO |
| 33 | RECAUDO Y TPD 2001 POR CASSETAS DE PEAJE BTS | FISICO |
| ESTUDIOS DE REHABILITACION Y ANTEPROYECTO DE CONSTRUCCION DE LA NUEVA CALZADA DE LA CARRETERA BRICENO - TUNJA - SOGAMOSO, FEBRERO 1998, CONSORCIO DIS LTDA. ENRIQUE DAVILA LOZANO | | |
| N° | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 58 | VOL I ESTUDIO DE TRANSITO, CAPACIDAD Y NIVELES DE SERVICIO | FISICO |
| 75 | VOL XII. EVALUACION ECONOMICA | FISICO |
| 76 | VOL XIV. EVALUACION FINANCIERA INFORME FINAL | FISICO |
| ESTUDIOS DE COMPLEMENTACION DEL PROYECTO DE CONCESION BTS - HIDROCONSULTA LTDA | | |
| N° | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 101 | VOLUMEN I ESTUDIO DE TRANSITO, CAPACIDAD Y NIVELES DE SERVICIO | FISICO |
| 107 | VOLUMEN XIII RESUMEN | FISICO |
| PRONOSTICO DE TRAFICO E INGRESOS, BRICEÑO - TUNJA - SOGAMOSO. URS CONSULTANTS, INC. JULIO 1998 | | |
| N° | DESCRIPCIÓN | MEDIO |
| 109 | PRONOSTICO DE TRAFICO E INGRESOS, BRICEÑO - TUNJA – SOGAMOSO | FISICO |

Así mismo ordenó a la sociedad **CSS Constructores S.A.** y a la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** que aportaran los documentos que contenían los resultados de las mediciones de la variable de servicio, documentos a que se refiere el numeral 1.4.1 de las Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Corredor Briceño Tunja Sogamoso y que el Concesionario debió contratar al inicio del segundo semestre del tercer año de la Concesión.

Con oficio radicado el 8 de agosto de 2018, la señora apoderada de la Sociedad **CSS Constructores S.A.**, informó al Tribunal que esa Sociedad no cuenta con esa información teniendo en cuenta lo abajo informado, y consistente en lo siguiente:

“Tal como se observa en la Adenda No. 2 al Pliego de Condiciones, anexo a la presente, el numeral 1.4. quedó sujeto a lo dispuesto en el documento denominado ‘ESQUEMA DE GRADUALIDAD’ en el que se definió expresamente que el Aforador debía ser contratado por el INVÍAS y no por el Concesionario. En igual sentido, en la cláusula primera del Contrato de Concesión, se señala acerca de la figura del aforador que:

‘Es la persona natural o jurídica que será contratada por el INVÍAS para que en nombre y representación de éste realice y certifique, en los términos de este Contrato, las mediciones y caracterizaciones de tráfico de cada Trayecto, de acuerdo con lo establecido en el Anexo No. 1 -Esquema de Gradualidad- y que cumplirá con las demás obligaciones consagradas en la Cláusula 60 de este Contrato, y en el respectivo contrato del Aforador que se suscriba para el efecto.

El Aforador será quien deberá verificar el cumplimiento de la condición suspensiva a la que están sujetas ciertas obligaciones del Alcance Condicionado’.

“De igual manera, cobra mayor importancia frente al requerimiento hecho por el Tribunal, hacer referencia a lo dispuesto en la cláusula décimo primera del Documento Final de Ajuste de Cláusulas suscrito el 29 de septiembre de 2005, en el cual se eliminan las figuras del ‘Aforador’ y del ‘Auditor’, señalando que: ‘...A partir de la fecha, se eliminan las figuras de ‘Aforador’ y ‘Auditor’ del Contrato de Concesión, de los documentos y anexos al mismo y, por tanto, en adelante, se entenderá que todas las funciones previstas para éstos serán asumidas por el Interventor...’. Tal determinación obedeció a que a través del documento mencionado, se eliminó el denominado ‘alcance condicionado’ junto con las referencias del contrato al ‘Esquema de Gradualidad’, estableciendo que ‘...A partir de la fecha, se eliminan todas las referencias contractuales asociadas al Alcance Condicionado y a los mecanismos previstos para su activación, incluyendo los conceptos de Esquema de Gradualidad y Opciones de Expansión de Capacidad...’. - Resalto y negrilla fuera del texto -

“Los antecedentes expuestos, tienen que ver en últimas con la imposibilidad en la que se encuentra la parte convocante dentro de este trámite arbitral, de allegar los resultados de las mediciones de las variables de servicio del numeral 1.4.1. de las Especificaciones Técnicas, teniendo en cuenta que no era de su resorte realizar la contratación requerida para su elaboración, según lo dispuesto en el Contrato de Concesión N° 0377 de 2002”.

Con memorial remitido por correo electrónico el 23 de agosto de 2018 y radicado en físico al día siguiente, la Parte Convocada presentó memorial en el que señaló que “*Los documentos mencionados no fueron entregados por el INVILAS como consta en el inventario firmado entre el INCO y el INVILAS, es necesario que se eleve la solicitud de estos documentos a esa entidad*”.

Solicitado al INVILAS, esta entidad remitió el Estudio Definitivo de Tráfico que contiene la consolidación de los volúmenes de tráfico registrados en las estaciones de peaje de la concesión en el período 1995 – 2000, pero de él no se puede inferir, ni siquiera proyectar o plantear regresivamente, los volúmenes de tráfico por cada uno de los Trayectos en los que se dividió la vía concesionada.

De conformidad con lo anterior, finalmente el Tribunal no contó con los Estudios de Tránsito que pudieran corroborar las afirmaciones hechas en la demanda arbitral acerca del comportamiento del tráfico en cada uno de los trayectos, verificar los volúmenes en cada uno de ellos y comparar especialmente los que se hubieran podido registrar en los Trayectos 7 y 8 para poder inferir el efecto económico que se hubiera producido de haberse hecho la relocalización del peaje Albarracín del Trayecto 8 al Trayecto 7, sin perjuicio de la modificación acordada por las Partes el 27 de enero de 2006.

3.6.8.3. El dictamen pericial

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto acerca de las modificaciones introducidas al Contrato de Concesión 377 de 2002 en virtud del Acuerdo celebrado el 27 de enero de 2006, con lo cual se modificaron los Acuerdos del 29 de julio y 29 de septiembre de 2005, de haberse trasladado “La caseta de peaje de Albarracín al Trayecto 7 (Chocontá - Villapinzón), manteniendo las mismas condiciones en las que ésta fue concesionada y según la recomendación contenida en el Memorando No. 2053 del 28 de julio de 2005, su ubicación habría sido el punto final de éste, es decir, en la abcisa K53+966,95, lo que implicaría que se habría movido a una distancia aproximada de entre 9.2 y 9.3 km., entre el sitio donde se ubicaba (abcisa Km 63+250,0) hasta el final de Villapinzón (abcisa K53+966,95). De no haberse movido o trasladado a esa distancia, si debía haberse hecho, cuál habría sido el impacto económico que ello hubiera generado y si con ello se hubiera afectado la ecuación financiera del contrato.

La respuesta dependía de por lo menos la verificación de los siguientes factores:

Medir el tráfico promedio diario entre la abcisa en donde estaba ubicado y la abcisa en la que se hubiera relocalizado. Empero, tal medición no se aportó al proceso, motivo por el cual Tribunal no cuenta con esta información puesto que, aunque se consideró, ello implicaba medir en un lapso

considerable el TPD de cada uno de estos puntos que excedía los términos previstos por la ley para tramitar el proceso.

Verificar las fuentes viales entre las abcisas que desembocan en la vía concesionada y verificar su impacto. Empero, no se aportó al proceso, con base en la geografía de la zona, las poblaciones cuyos tráficos viales desembocan en la vía concesionada y el impacto que ello genera.

Ahora, decretada la prueba pericial pedida por las Partes, la Convocante -**CSS Constructores S.A.**- pidió se midiera el tráfico entre Trayectos, no entre las abcisas, razón por la cual, en su dictamen rendido el 4 de mayo de 2018³⁵⁰, el señor Perito señaló lo siguiente:

Pregunta:

Con base en la información que considere necesaria, incluyendo la información disponible (datos disponibles en las cartillas de tráfico del Ministerio de Transporte y del INVÍAS y datos de tráfico determinados por el Concesionario al momento de elaborar sus estudios y diseños), determine los tráficos por categoría que circulan en los sectores de Chocontá-Villapinzón y Villapinzón-Ventaquemada, calculando su diferencia con discriminación mensual, desde el momento en fue puesta en operación la estación de peaje Albarracín hasta la fecha.

Respuesta:

“Para dar respuesta a la presente pregunta, el perito se remitió a información pública y verificable que permitiera determinar el tráfico en los sectores de Chocontá-Villapinzón y Villapinzón-Ventaquemada. Para lo anterior, el perito se remitió a información recolectada y reportada por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS). Específicamente, el perito se puso en contacto con la Subdirección de Estudios e Innovación del INVÍAS la cual se encarga de realizar las mediciones de tráfico en la Red Nacional de Carreteras. Adicional a esta información, el perito también pudo acceder a información pública y disponible en la página web del INVÍAS.

“En su conjunto, el perito tuvo acceso a la serie histórica de Transito Promedio Diario (TPD) para los diferentes sectores del departamento de Boyacá desde 1997 hasta 2016. En particular el perito consideró los TPD de los sectores 74 y 75 que corresponden a Villapinzón-Ventaquemada y Chocontá-Villapinzón, respectivamente. Para estos sectores, además del TPD en el año correspondiente, la información registrada por el INVÍAS consigna los porcentajes de tránsito asociados a vehículos particulares, buses y camiones. A su vez existe para cada año (con excepción del año 2012 para el cual perito tomó un promedio entre el año 2011 y 2013) una discriminación de las diferentes tipos de camiones de acuerdo a su participación porcentual dentro de la categoría global de camiones.

“Es importante aclarar que los datos usados por el perito corresponden a la información más actualizada con la que cuenta el INVÍAS en términos de mediciones de TPD. Los datos correspondientes al año 2017 y posteriores aún se encuentran siendo procesados y no están disponibles. Para efectos prácticos del cálculo solicitado y ante la ausencia de la información mencionada, el perito recurrió a una estimación del TPD de los años 2017 y 2018. Para lo anterior el perito analizó la serie histórica del TPD para los sectores 74 y 75 como una serie de tiempo y estimó, luego de implementar modelos estadísticos, que un pronóstico razonablemente aceptado en este caso se podría llevar a cabo haciendo uso de un modelo clásico de Suavización Exponencial Doble. Este modelo permitió estimar el TPD para los dos datos faltantes (2017 y 2018). Ahora bien, para los porcentajes correspondientes a cada categoría vehicular, el perito utilizó un promedio de dichos pesos porcentuales con base en información histórica.”

Esta información así obtenida, no permite analizar el impacto que hubiera tenido si se hubiera relocalizado o no el Peaje Albarracín en una distancia de 9.2 km.

A su vez, la Parte Convocante preguntó por la diferencia entre uno y otro trayecto considerando las tarifas de peaje establecidas para el peaje Albarracín, para lo cual se le pidió calcular la diferencia entre el recaudo en los sectores Chocontá-Villapinzón y Villapinzón-Ventaquemada, multiplicando

³⁵⁰ Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 4, Folios 388 a 411.

las tarifas por categoría por la diferencias identificadas en la respuesta anterior, presentando su resultado con discriminación mensual, frente a lo cual el perito señaló:

“Para dar respuesta a la presente pregunta, el perito solicitó al Concesionario las tarifas de peaje establecidas en la estación de Albarracín en el periodo comprendido entre Enero 2012 y Marzo 2018. Esta información fue efectivamente suministrada por el Concesionario y adicionalmente el perito realizó una verificación de los datos respecto a la información reportada de manera pública por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en su página web. Con base en estas dos fuentes de información, el perito pudo constatar que había plena coincidencia entre las tarifas suministradas por el Concesionario y la información reportada por la ANI.

“Ahora bien, con las diferencias de tráfico encontradas en el literal e) del presente cuestionario, el perito procedió a realizar la operación matemática solicitada en la presente pregunta. La cuantía obtenida por el perito corresponde entonces a la diferencia de recaudo en los sectores de Chocontá-Villalín (sic) y Villapinzón-Ventaquemada aplicando las tarifas de peajes de la estación Albarracín entre Enero de 2012 y Marzo de 2018. La suma simple de estos valores (capital) asciende a la suma de \$22.623.121.000 pesos. El detalle de los cálculos realizados por el perito se encuentra consignado en la hoja de cálculo ‘Cuestionario CSS – Pregunta 2.xls’ que se adjunta como anexo digital al presente documento (Anexo 2).”

Empero, si la base del tráfico esta medida por trayectos y no por abcisas, en función exacta de los 9.2 km de diferencia según la distancia de una y otra, el resultado necesariamente no es igual y puede estar sobredimensionado, lo cual a su turno impide precisar la ruptura de la ecuación económica del Contrato. Ahora, tasarlo a partir de la estimación hecha por una de las Partes, no resulta objetivo, con mayor razón si se considera como lo señaló el mismo perito con base en su experiencia profesional en sus áreas de experticia (la economía y las finanzas), que tales análisis están más relacionados con una especialidad en el campo de la ingeniería civil y específicamente con conocimiento en estudios de tráfico y demanda vehicular.

El Perito señaló que “es intuitivo pensar que la ubicación geográfica sea un factor determinante de los volúmenes de tráfico puesto que las matrices de tráfico origen - destino están determinadas, entre otros factores, por la localización de los centros de producción y consumo, por la densidad poblacional de dichos centros, por las distancias y alternativas de conexión entre los mismos”, pero al mismo tiempo señaló que “desde una perspectiva económica y financiera no puede afirmar y/o negar con toda seguridad que los ingresos por peajes aumentarían al cambiar la ubicación de una estación de peaje. En sentido estricto, señaló, el riesgo de tráfico y los ingresos derivados de él no se pueden modelar como valores determinísticos ciertos, ya que siempre serán objeto de factores de riesgo e incertidumbre.” Aun así, dijo, “si se dispone de las matrices de origen – destino y los análisis de volúmenes de riesgo de dichas matrices, es perfectamente factible suponer que la localización geográfica de un peaje sea una variable significativa en la cantidad de tráfico e ingresos que genera una concesión vial con ingresos vinculados al tránsito. No obstante, en ingeniería financiera es imposible hacer afirmaciones 100% ciertas sobre variables que se comportan de manera aleatoria.”

Preguntado el perito si al establecerse un peaje entre dos puntos, o en el área de desarrollo económico de una región, no se impacta negativamente el tráfico que fluye por estos puntos, señaló que al igual que en la respuesta anterior, consideró que basado en la experiencia profesional en sus áreas de experticia (la economía y las finanzas), esa pregunta está más relacionada con una especialidad en el campo de la ingeniería civil y específicamente con conocimiento en estudios de tráfico y demanda vehicular; “A pesar de lo anterior y desde una perspectiva netamente financiera, dijo, es plausible imaginarse que exista una elasticidad del tráfico respecto al costo de tarifas de peajes que se cobren en trayectos en los cuales dicho tráfico se desarrolle. En otras palabras, es posible imaginarse que al establecer un peaje entre dos puntos geográficos se pueda presentar un impacto sobre el tráfico que transita en dicha zona. Ahora bien, cuantificar esta elasticidad y/o afirmar que el impacto de establecer un peaje entre dos puntos representa necesariamente un efecto negativo para los volúmenes de tráfico, es algo que se encuentra por fuera del alcance de las labores del perito financiero en el presente dictamen y éste no podría hacer tales afirmaciones con bases

sustentadas ni en experiencia profesional ni en conocimiento académico. Por ende, es pertinente que el perito exprese su desconocimiento sobre estudios académicos o datos empíricos robustos sobre la elasticidad precio-demanda de las tarifas de peajes en el contexto colombiano que permitan hacer una reflexión válida para la ruta y la discusión objeto de la controversia.” Igualmente señaló que “afirmar que el impacto de establecer un peaje entre dos puntos representa necesariamente un efecto negativo para los volúmenes de tráfico, es algo que se encuentra por fuera del alcance de las labores del perito financiero en el presente dictamen. Ahora, desde una perspectiva económica y financiera se podría pensar que existen múltiples variables micro y macro que afectan el recaudo de peaje en una estación en particular. Dichas variables efectivamente podrían estar relacionadas con los niveles de actividad económica de las zonas aledañas a la estación de peaje. En general, es comúnmente aceptado que la actividad económica es significativa para la actividad de transporte. No obstante, los determinantes del tráfico vehicular son mucho más complejos e incluyen, además de factores económicos de la región o del país, factores demográficos, poblacionales, geográficos e incluso culturales. Sin embargo, el perito recalca que no cuenta con el conocimiento especializado en estudios de tráfico y demanda vehicular que le permita determinar las razones exactas por las cuales el recaudo en una estación de peaje en particular disminuye y sus afirmaciones se basan en una razonabilidad netamente económica y financiera.”

De conformidad con lo anterior, analizado el peritaje en su conjunto, él contiene el resultado de análisis estadísticos y probabilísticos; conclusiones a partir de conceptos y doctrinas económicas y, finalmente, aproximaciones desde un campo profesional que no corresponden a aquel propio de la ingeniería o del tráfico, lo que impide valorar el dictamen como una prueba idónea para determinar, así sea, en gracia de discusión, la ruptura de la ecuación contractual con la finalidad de ordenar su restablecimiento.

Conclusiones

Con todo, por las consideraciones ampliamente expuestas, analizadas cada una de las pretensiones formuladas relacionadas con el peaje de Albarracín, el Tribunal concluye y así lo declarará, que:

1. El Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI no incumplió la cláusula 16.1.1. del contrato de concesión No. 0377 de 2002, con lo cual no prospera la Pretensión Décima Segunda, la cual será negada.
2. La *Caseta Albarracín* no estaba ni tenía que estar ubicada en el Trayecto 5, esto es, en el segmento comprendido entre Sesquilé – Cruce de la Salida a Guateque en los términos previstos en el contrato de concesión No. 0377 de 2002, con lo cual no prospera la Pretensión Décima Tercera, la cual será negada.
3. La *Caseta Albarracín* se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón –y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada como consta en *el “Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes”* suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, con lo cual prospera la Pretensión Décima Cuarta.
4. Mediante documento del 29 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** acordaron el traslado del peaje de ‘Albarracín’ a un punto en el Trayecto 7 del contrato de concesión No. 0377 de 2002, con lo cual prospera la Pretensión Décima Quinta.
5. El Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, mediante documento de fecha 29 de septiembre de 2009 impartió una instrucción a **CSS**

CONSTRUCTORES S.A. de construir la infraestructura del peaje “Albarracín” en los alrededores del peaje existente, con lo cual prospera la Pretensión Décima Sexta.

6. No está acreditado que la falta de traslado del peaje ‘Albarracín’ al Trayecto 7 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, como consecuencia de la instrucción del Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** de mantenerlo en su ubicación original, haya generado un desequilibrio económico del contrato en contra de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, con lo cual no prospera la pretensión Décima Séptima, que será negada.

7. El Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura – **ANI** no adeuda suma alguna a favor del Concesionario por concepto de desequilibrio económico del contrato de concesión No. 0377 de 2002 como consecuencia de la negativa de traslado del peaje Albarracín, con lo cual no prosperan las pretensiones Décima Octava, Décima Novena y Vigésima, las cuales serán negadas.

4. Análisis de las Pretensiones declarativas Vigésima Primera a Trigésima Primera relacionadas con el pago al Concesionario de la compensación causada por la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo

En las pretensiones relacionadas con el pago al Concesionario de la compensación causada por la tasa de vigilancia establecida por la superintendencia de puertos y transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo, la Parte Convocante solicitó lo siguiente:

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

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

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

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

“VIGÉSIMA TERCERA: Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que impusieron al Concesionario la asunción de costos que no estaba obligado a asumir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

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

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

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

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

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

“**VIGÉSIMA NOVENA:** Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** debe a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** por la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1° de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012 la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$894.090.246) a título de capital.

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

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

CAPITAL: \$894.090.246

INTERESES: \$376.077.017”

4.1. La posición de la Parte Convocante

4.1.1. En la demanda

En los hechos de la demanda se menciona que desde finales de 2012, el Concesionario solicitó a la Entidad Contratante considerar el impacto de la tasa de vigilancia al equilibrio financiero del

contrato, a fin de que se revisaran y reconocieran las compensaciones que por este concepto debía pagar la Entidad al Contratista.

Esta solicitud fue reiterada a través de sucesivas comunicaciones en las que el Concesionario expresó como fundamento de su reclamación, en síntesis, “que la tasa de vigilancia impuesta corresponde a una situación sobreviniente, que no nos es imputable y que impone al Concesionario cargas y erogaciones que le son irresistibles y que no pudieron ser, de forma alguna, previstas por parte del Concesionario al momento de estructurar su oferta.”

De lo anterior concluye el Concesionario, que debe restablecerse el equilibrio financiero del contrato, a un punto de no pérdida, entendiendo que la pérdida se configura cuando no se obtiene la rentabilidad esperada del proyecto como consecuencia de las erogaciones no previstas e impuestas con posterioridad a la celebración del contrato.

Igualmente reclamó a la Entidad Contratante la compensación derivada de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, con base en los argumentos antes enunciados, agregando en una de sus comunicaciones, que “este tipo de erogaciones sobrevivientes, determinadas, se reitera, de manera unilateral por parte del Estado, no forman parte de los aspectos que pueden ser catalogados dentro de los ‘riesgos ordinarios’ que son asumidos dentro del valor del contrato por parte del Concesionario, dando lugar, por el contrario, a un evidente desequilibrio de la ecuación contractual.”

Adicionalmente, la Apoderada de la Parte Demandante hace referencia a varias comunicaciones a través de las cuales la sociedad que representa ha reiterado su reclamación y menciona que ha enviado sucesivamente a la entidad demandada la actualización de las sumas adeudadas por las erogaciones correspondientes a la tasa de vigilancia y a la contribución parafiscal para el fomento al turismo.

Afirma además en la demanda que “en desarrollo de las mesas de trabajo se decidió que el Concesionario proceda a reclamar su pretensión para obtener la compensación económica relativa al pago de la compensación causada por la tasa de vigilancia establecida por la Supertransporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo, a través de los mecanismos de solución de controversias instituidos contractualmente.”

Finalmente, sostiene que la tasa de interés que debe aplicarse sobre las sumas reclamadas es el 11.48%EA, “tasa determinada en el numeral 12.2.1 del contrato de concesión para los casos de compensaciones por terminación anticipada del contrato, en los casos en que el causante de este hecho es la entidad concedente.”

4.1.2. En el alegato de conclusión

La Apoderada de la Parte Demandante en su alegato de conclusión expresa que las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato tienen su origen en la expedición de las Resoluciones números 001225 del 23 de octubre de 2012 y 00007376 del 1º de noviembre de 2012, de la Superintendencia de Puertos y Transporte y de las Leyes 1101 de 2006 y 1558 de 2012.

Reitera que tales normas fueron expedidas luego de la celebración del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, de manera que los mayores costos a los que dieron lugar no deben ser asumidos por el Concesionario, pues se trata de hechos que no le son imputables y que “tampoco se encuentran cobijados por los expresos pactos contractuales que regularon el riesgo tributario...”

Agrega que de acuerdo con el marco legal que rige el Contrato de Concesión objeto de esta controversia, la entidad contratante tenía el deber de adoptar las medidas necesarias para restablecer

el equilibrio económico “claramente afectado por la aplicación de cargas de carácter tributario que no son de cargo del Concesionario y que ante todo, le era imposible prever.”

Se refiere además a una providencia del Consejo de Estado³⁵¹, en la cual se delinear los presupuestos para que haya lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Cita igualmente la sentencia de la Corte Constitucional proferida al realizar el control de constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, la cual a su juicio debe ser acatada por “las autoridades de carácter administrativo, a quienes atañe cumplir estrictamente con el precedente constitucional” y en cuyo texto se hace referencia al deber de las entidades públicas de mantener y restablecer el equilibrio de la ecuación económica de los contratos así como “de actuar de tal modo que por su causa no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.”

Reitera que el concesionario solicitó en varias oportunidades a la entidad contratante, acordar conjuntamente mecanismos para calcular el impacto financiero de las normas de las que derivaron las erogaciones a cargo del contratista y establecer mecanismos para mitigar sus efectos y relaciona nuevamente las comunicaciones enviadas al respecto.

En punto de la oposición formulada por la entidad demandada en la contestación a la demanda, considera que “al análisis realizado no goza de la solidez jurídica que desvirtúe los pedimientos de la convocante...” y afirma que parte de un supuesto equivocado al entender que el concesionario asumió el costo de la totalidad de los impuestos y tasas y “en ellas incluidas las futuras e imprevisibles que se fuesen creando durante la vigencia del Contrato.”

Afirma que la interpretación de la entidad conduce “al absurdo de permitir que la naturaleza del contrato estatal mutase de uno conmutativo, a uno claramente aleatorio, en la que el contratista desconoce realmente cual es el contenido de la prestación que se comprometió a ejecutar y la que recibirá, resultando incierta la pérdida o ganancia que habrá de obtener.”

Considera además que la naturaleza conmutativa del contrato estatal “excluye cualquier evento aleatorio que no pueda ser estimado y cuantificado, por cuanto su incertidumbre absoluta no permite que se realice un análisis económico para valorarlos y distribuirlos.”

Agrega que “aquellos riesgos imprevisibles o anormales deberán ser radicados y asumidos en cabeza de la entidad pública contratante, por consiguiente, la entidad no puede trasladarle al contratista los efectos de aquellos riesgos inciertos e incuantificables, en la medida que a este no se le pueden exigir obligaciones que (sic) de imposible cumplimiento o pactos que tiendan a ampliar el margen de su responsabilidad...”

Afirma además que “el riesgo regulatorio –en el que se incluye el riesgo tributario- no hace parte del álea normal del concesionario y por tanto las previsiones que pueda realizar el concesionario en su propuesta económica no solamente son insipientes sino que son inútiles...”

Finalmente afirma que “de aceptar el Tribunal el argumento de la ANI, en punto a la asunción de este concesionario del riesgo tributario, de modo abierto y sin límites, deberá considerar el contenido jurídico de las expresiones Impuestos y Contribuciones, con el fin de establecer si los mismos se compadecen con los conceptos de los reclamos que formula el concesionario y por ello corresponden a aquellos incluidos en la cláusula 46 invocada por la ANI, o si, por el contrario, dichos conceptos son ajenos a los contenidos en las disposiciones legales y en los actos administrativos de cuya expedición surgió para el Concesionario el perjuicio económico ... y por lo

³⁵¹ Consejo de Estado - Sección Tercera - Radicado: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) – Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

mismo no integran el riesgo asumido por el Concesionario y no se encuentran incluidos en la cláusula 46 del Contrato.”

4.2. La posición de la Parte Convocada

4.2.1. En la contestación a la demanda

El apoderado de la ANI se opuso a las pretensiones de la demanda, entre las cuales se encuentran incluidas las que ahora ocupan al Tribunal.

En cuanto a los hechos planteados como fundamento de las pretensiones objeto de este acápite, dio por ciertos la mayoría, haciendo énfasis sin embargo al texto de la cláusula 15.4 del Contrato de Concesión, la cual transcribió. Adicionalmente negó la liquidación de la suma reclamada y el valor de los intereses por estimar que la tasa aplicada fue la pactada *“para hechos de terminación anticipada del contrato y este no es el caso”* y agrega que *“tampoco se cuenta con un modelo financiero que permita verificar la cuantía del supuesto desequilibrio causado.”*

Concretamente, frente a las pretensiones a las que se viene haciendo referencia, se planteó como excepción la que se denominó *“EL RIESGO TRIBUTARIO ES ASUMIDO POR EL CONCESIONARIO.”*

Bajo este título, el apoderado de la entidad hizo referencia al texto de las cláusulas 15.4 y 46 del Contrato de Concesión, y sostuvo que *“Los impuestos fijados por el congreso o las entidades territoriales son ajenos a la ecuación contractual.”*

Adicionalmente citó decisiones del Consejo de Estado en relación con la asignación de riesgos, para concluir *“que la materialización de un riesgo, por si sola, no conduce a aplicar la teoría de la imprevisión”* pues considera que las contingencias previsibles deben ser atendidas por la parte que las asumió en el contrato.

4.2.2. En el alegato de conclusión

La Agencia Nacional de Infraestructura en su alegato de conclusión reiteró los argumentos planteados como fundamento de la excepción formulada en la contestación a la demanda, remitiéndose nuevamente a las cláusulas contractuales, para afirmar que el riesgo tributario fue asumido por el Concesionario.

Agregó que tanto la tasa de vigilancia como la contribución parafiscal para la promoción del turismo son precisamente una tasa y una contribución, a las que se refieren las cláusulas 15.4 y 46 del Contrato, estipulaciones que al ser claras y precisas deben ser interpretadas según su texto.

Finalmente, concluye de nuevo que *“los impuestos fijados por el congreso o las entidades territoriales son ajenos a la ecuación contractual”* por lo cual considera que debe prosperar la excepción planteada, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la contestación de la demanda.

4.3. El Concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público en su concepto expresa que el rompimiento del equilibrio económico del contrato se configura *“... en los casos en los que la decisión legislativa o reglamentaria impone una carga que no se hubiera asignado al contratista estatal o imprevista.”* Estima que en el presente caso, el riesgo tributario se tuvo en cuenta al momento de contratar y se asignó al Concesionario, de lo cual

deduce que “*éste asumió la obligación de soportar el impacto que cualquier medida impositiva generara por razón del contrato durante el plazo de ejecución.*”

Agrega que “*A juicio de esta Agencia del Ministerio Público no son de recibo las aseveraciones de la parte demandante que dan cuenta de que las cargas que se revisan no corresponden a los conceptos de tributo aludidos en la cláusula 46 que se comenta en la medida en que se refería a los existentes para la época del contrato en cuanto la referida estipulación contractual que precisa “El CONCESIONARIO pagará **todos los impuestos, tasas y contribuciones [TRIBUTOS]** de conformidad con las normas tributarias vigentes durante la ejecución del contrato...”, se refiere a todos, los existentes y los que vinieran.*”

Finalmente, concluye que la alteración de las condiciones del contrato no se presenta por la imposición de nuevos tributos imprevisibles sino por la asunción del riesgo tributario por parte del Concesionario.

4.4. Consideraciones del Tribunal

4.4.1. Pretensión vigésima primera

El texto de la pretensión vigésima primera es el siguiente:

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

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

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

En relación con esta pretensión el Tribunal estima pertinente referirse, en primer término, al concepto de “riesgo” dentro del marco de la contratación estatal.

A este respecto, en el CONPES 3714 de 2011, se incluyó un análisis sobre el “riesgo previsible” al analizar el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 que establece:

“DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos preVISIBLES involucrados en la contratación.

“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Así, en el citado CONPES se definieron los riesgos preVISIBLES como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.” (Se ha subrayado)

De esta manera, se identificó el riesgo “previsible” con el que fuera “cuantificable”, aunque se trata de conceptos claramente distintos.

Ahora bien, en cualquier caso, el Tribunal considera que el hecho de que un riesgo no sea cuantificable no impide que las Partes contratantes acuerden sobre su asignación.

En este orden de ideas, el “riesgo tributario”, que se refiere a la contingencia derivada de la

expedición de normas que fijen nuevos tributos³⁵², podría ser asumido por una de las partes contratantes.

En el presente caso, el Tribunal considera que, tal como lo refiere la pretensión en estudio, el riesgo tributario se “estableció” en la cláusula 46 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, pero adicionalmente también en la cláusula 15.4 del mismo Contrato en cuanto dispone que los valores pactados a favor del Concesionario remuneran “*los impuestos, tasas y contribuciones que se causen durante la ejecución del contrato.*”

El texto de la cláusula es el siguiente:

*“La remuneración del **CONCESIONARIO** consistirá en los recaudos de **Peajes** y de **Valorización** cedidos al **CONCESIONARIO** por el **INVÍAS** en virtud de este **Contrato**, los **Pagos Estatales** y las demás compensaciones a favor del **CONCESIONARIO** expresamente previstas en este **Contrato**, como por ejemplo las de las Cláusulas 18 y 19 del mismo.*

*“Dichos valores remuneran todos los costos y gastos, directos e indirectos, en que incurra el **CONCESIONARIO** por la preparación y celebración del **Contrato**, así como por la ejecución y terminación del **Proyecto**, los impuestos, las tasas y contribuciones que se causen durante la ejecución del **Contrato**, los costos administrativos, operativos, financieros, la remuneración del capital invertido, la retribución del trabajo y los conocimientos técnicos y científicos del **CONCESIONARIO**, las utilidades del **CONCESIONARIO** y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el **CONCESIONARIO** en virtud de este **Contrato**.”*

*“Igualmente, en la remuneración y las compensaciones pactadas se encuentran comprendidas la asunción de los riesgos ordinarios que se desprenden de las obligaciones del **CONCESIONARIO**, de las contingencias y reparaciones que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato**. En tal sentido, las Partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del **Contrato**, cuando quiera que se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del **Contrato** o cuando se trate de riesgos que hayan sido asumidos por las Partes, en virtud del **Contrato** o de la ley.”*(Se ha subrayado)

De acuerdo con el texto antes transcrito, el Concesionario asumió el riesgo tributario al aceptar que dentro de su remuneración quedaban incluidos los valores por concepto de impuestos, tasas y contribuciones que se causaran durante la ejecución del contrato.

En tales condiciones, la pretensión vigésima primera prospera parcialmente, pues el riesgo tributario no solamente quedó establecido en la cláusula 46 del Contrato de Concesión, sino también en la cláusula 15.4 del mismo.

4.4.2. Pretensión Vigésima Segunda

El texto de la pretensión vigésima segunda es el siguiente:

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

En primer término, es evidente que en el texto de la cláusula 46 del Contrato de Concesión, no se incluye el término “tasa”, solamente se refiere a los “impuestos” y “contribuciones” para indicar que serán pagados por el concesionario.

³⁵² El riesgo tributario usualmente se entiende como una especie de “riesgo regulatorio”

A este respecto, la demandante sostiene, que la tasa de vigilancia no es un impuesto o contribución tributaria a los que hace referencia la cláusula 46 del Contrato de Concesión.

Sobre el particular, es pertinente tener en cuenta que al definir el alcance de las normas que en la Constitución Política hacen referencia a tributos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-545/94 señaló que *“Se utiliza la expresión contribución como genérica y comprensiva de los conceptos especiales de tributo, tasa, impuesto, gravamen u otras similares, recogiendo una tradición legislativa, que utilizaba la voz, del acto legislativo No. 3 de 1910, y contrariando el hábito de nuestros autores de derecho tributario que le otorgan mayor amplitud a las palabras tributo o impuesto que al vocablo “contribución.”*

A continuación, en la misma sentencia, se anota:

“Resulta de la mayor importancia precisar el contenido especializado de varias voces de la nueva Carta en materia de tributación, tales como contribución, impuesto, tasa fiscal, parafiscal, tarifa, que contienen elementos necesarios para comprender el alcance de la norma...”

En este orden de ideas define “Contribución” como *“Expresión que comprende todas las cargas fiscales al patrimonio particular, sustentadas en la potestad tributaria del Estado.”*

De acuerdo con las precisiones de la Corte Constitucional a las que se ha hecho referencia, se concluye que aun cuando en la cláusula 46 del Contrato de Concesión no se hace mención específica a las “tasas”, este tipo de tributo puede entenderse comprendido en la expresión “contribuciones”, de manera que no es procedente concluir, de la falta de alusión expresa a las “tasas” en dicha cláusula, que lo convenido por las Partes, fue excluir el pago de éstas de la obligación pactada a cargo del concesionario.

Además, si como atrás se señaló, el riesgo tributario asumido por el Concesionario no solo se previó en la cláusula 46 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, sino también en la cláusula 15.4 del mismo Contrato en cuanto dispone que los valores pactados a favor del Concesionario remuneraran *“los impuestos, tasas y contribuciones que se causen durante la ejecución del contrato”*, es preciso concluir que, de conformidad con el citado Contrato el Concesionario asumió el riesgo tributario -que incluye impuestos, tasas y contribuciones.

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión Vigésima Segunda no prospera y será negada.

4.4.3. Pretensión Vigésima Tercera

El texto de la pretensión Vigésima Tercera es el siguiente:

*“Que se declare que en el desarrollo del contrato de concesión No. 0377 de 2002, acaecieron eventos, no imputables a **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, que impusieron al Concesionario la asunción de costos que no estaba obligado a asumir como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1º de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte.”*

Es pertinente tener en cuenta que, tal como aparece en las consideraciones de la Resolución 1022 del 23 de octubre de 2012, expedida por el Ministerio de Transporte, la tasa de vigilancia que debía cobrar la entonces Superintendencia General de Puertos, hoy Superintendencia de Puertos y Transporte, se estableció desde 1991, con la expedición de la Ley 1ª de ese año.

Posteriormente, la Ley 1450 de 2011 amplió el cobro de la tasa establecida en la Ley 1ª de 2011 a *“la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión.”*

Fue entonces, por virtud de la ampliación de los sujetos pasivos de la tasa consagrada en la Ley 1450 de 2011, que se extendió el cobro de tal tributo a las concesiones.

Luego, por virtud de la Resolución 1022 mencionada, se fijó la tarifa de la tasa de vigilancia y a través de la Resolución 7376 de 2012 se determinó el plazo y la forma de pago de la misma, para la vigencia fiscal de 2012.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la tasa fue establecida con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión 0377 del 15 de julio de 2001, pero solamente en el año 2011, por virtud de la Ley 1450, se extendió su cobro a otros sujetos pasivos, entre ellas la sociedad demandante, como concesionaria.

En tales condiciones le asiste razón a la demandante, cuando afirma que las erogaciones por concepto de dicho tributo fueron exigidas con posterioridad a la firma del contrato, derivadas de una norma expedida en el año 2011 y no tienen relación con una conducta imputable a la concesionaria.

Sin embargo, para el Tribunal, la obligación a cargo del Concesionario de pagar el valor correspondiente a la tasa de vigilancia se deriva de lo estipulado en las cláusulas 46 y 15.4 del Contrato.

En efecto, en la cláusula 46 se establece:

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

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

De otra parte, en la cláusula 15.4 del Contrato de Concesión se dispone:

*“La remuneración del **CONCESIONARIO** consistirá en los recaudos de **Peajes** y de **Valorización** cedidos al **CONCESIONARIO** por el **INVÍAS** en virtud de este **Contrato**, los **Pagos Estatales** y las demás compensaciones a favor del **CONCESIONARIO** expresamente previstas en este **Contrato**, como por ejemplo las de las Cláusulas 18 y 19 del mismo.*

*Dichos valores remuneran todos los costos y gastos, directos e indirectos, en que incurra el **CONCESIONARIO** por la preparación y celebración del **Contrato**, así como por la ejecución y terminación del **Proyecto**, los impuestos, las tasas y contribuciones que se causen durante la ejecución del **Contrato**, los costos administrativos, operativos, financieros, la remuneración del capital invertido, la retribución del trabajo y los conocimientos técnicos y científicos del **CONCESIONARIO**, las utilidades del **CONCESIONARIO** y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el **CONCESIONARIO** en virtud de este **Contrato**.*

*Igualmente, en la remuneración y las compensaciones pactadas se encuentran comprendidas la asunción de los riesgos ordinarios que se desprenden de las obligaciones del **CONCESIONARIO**, de las contingencias y reparaciones que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato**. En tal sentido, las Partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del **Contrato**, cuando quiera que se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del **Contrato** o cuando se trate de riesgos que hayan sido asumidos por las Partes, en virtud del **Contrato** o de la ley.”(Se ha subrayado)*

La claridad del texto de las cláusulas antes transcritas hace evidente que el Concesionario asumió el riesgo tributario y en vista de que la validez de tales estipulaciones no ha sido cuestionada siquiera, la pretensión vigésima tercera no puede prosperar, pues el Concesionario se encuentra obligado a

asumir los costos derivados del pago de la tasa de vigilancia cuya tarifa y forma de pago fueron determinadas por las Resoluciones 1022 de 2012 y 7376 del mismo año.

4.4.4. Pretensión Vigésima Cuarta

El texto de la pretensión Vigésima Cuarta es el siguiente:

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

En primer término, es preciso mencionar que el texto de la comunicación 1411-35 del 30 de noviembre de 2012, a la cual se hace referencia en la pretensión en estudio, no obra en el expediente.

Al contenido de esa comunicación se refieren varios hechos de la demanda, particularmente el hecho 4.2.3.2 en el que se expresa:

‘Sobre esta situación el Concesionario notificó a la ANI a través de la carta 1411-35 del 30 de noviembre de 2012, en la cual señaló:

Por medio de la presente considero pertinente poner de presente a usted el cobro de la tasa de vigilancia establecida a favor de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual, según lo determinado en la Resolución No.0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte y la Resolución No.00007376 del 1 de noviembre de 2012, corresponde al 0,1% de los ingresos brutos para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011 (en nuestro caso la base gravable corresponde a los ingresos operacionales del Fideicomiso), debiendo ser pagada dentro de los plazos y a través del procedimiento definido por la citada Superintendencia.

Lo anterior para que se revise el impacto que esta nueva erogación, no prevista dentro de la dinámica del proyecto concesionado, genera al equilibrio financiero del contrato, esto con el fin de que se revisen y reconozcan las compensaciones que por este efecto deben ser asumidas por la entidad concedente.’

De acuerdo con lo afirmado en este hecho, que se tuvo por cierto en la contestación de la demanda, la comunicación fue dirigida por el Concesionario a la entidad demandada, por lo cual no es procedente afirmar que en tal comunicación la ANI “reconoció” que con la expedición de las resoluciones a las que se hace referencia en la pretensión, se afectó el equilibrio económico del contrato de concesión No. 0377 de 2002.

Lo anterior, sería suficiente para denegar la pretensión en estudio, sin embargo el Tribunal encuentra pertinente hacer un breve análisis sobre la posible afectación del equilibrio económico del contrato cuyo restablecimiento se reclama.

A este respecto, es pertinente tener en cuenta lo expresado en sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 2015³⁵³, en la cual, se puntualiza que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato está instituido a favor de las dos partes contratantes, no exclusivamente del contratista, al afirmar lo siguiente:

‘Entonces, lejos de tratarse de un derecho del contratista exigible en términos absolutos frente a la administración pública, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato apunta a reconocer la

³⁵³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejera ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz. Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837). Actor: CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.

operatividad de ciertos principios o máximas al interior del contrato, tales como: la buena fe, la equidad y la solidaridad, en aras de que el cumplimiento del contrato en unas condiciones en extremo gravosas para una de las partes, no ponga a ese contratante en una situación de evidente injusticia.”

En la misma providencia se afirma que *“No puede entenderse de manera tan amplia el equilibrio, que suponga que el contratista no puede sufrir o reportar pérdidas en la ejecución de un contrato estatal.”*

Y a este respecto se agrega:

“En esa perspectiva, el contrato como instrumento o vehículo para la satisfacción de las necesidades generales o individuales, supone o implica asumir cierto riesgo respecto a la ejecución de las obligaciones, puesto que todo negocio jurídico—con independencia de que el contrato estatal sea conmutativo³⁵⁴ y, por ende, se entiendan como equivalentes sus prestaciones— lleva implícito un alea, es decir, cierta suerte o casualidad; en otros términos, según la expresión latina atribuida a Julio César “alea jacta est”, la suerte está echada al momento de suscribir y ejecutar un contrato.”(Se ha subrayado)

De otra parte, se puntualiza que la ecuación matemática del contrato estatal puede verse alterada como consecuencia de *“Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium”* como *“la expedición de leyes o actos administrativos de contenido general, que son proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público y, por lo tanto, reflejan actos de imperio (imperium) como por ejemplo los impuestos, las tasas o las contribuciones.”*

A este respecto destaca que sólo en los casos en los que el desequilibrio proviene de la actuación de la entidad contratante, el restablecimiento no se limita a los costos y gastos del contratista sino que se extiende a la pérdida de utilidad esperada.

En otra providencia del Consejo de Estado³⁵⁵, citada en la sentencia del 6 de mayo de 2015 a la que se viene haciendo referencia, se especifica que, para que haya lugar al restablecimiento *“El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. (...) La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración.”*(Se ha subrayado)

En vista de que se ha concluido que este tipo de eventos se enmarcan dentro de la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado acoge lo que a este respecto ha delineado la Corte Suprema de Justicia³⁵⁶ cuando manifiesta que *“Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional.”*

En el caso que ocupa a este Tribunal, al momento de celebrar el contrato, las partes previeron la posibilidad de que se presentaran nuevos tributos, es decir, tuvieron en cuenta el riesgo regulatorio en materia tributaria y se pactó que sería asumido por el contratista.

³⁵⁴ El artículo 1498 del Código Civil preceptúa: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.” Cita propia de la sentencia.

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵⁶ Casación Civil. Sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443.

Ahora bien, es claro que para la fecha de la celebración del contrato, no era posible prever los nuevos tributos que concretamente se impondrían al Contratista, lo que no implica que éste no deba asumirlos puesto que la cláusula no hace distinción alguna.

Con todo, en el caso que ocupa a este Tribunal, no se demostró que los valores pagados por concepto de los tributos que debió asumir el concesionario con posterioridad a la celebración del Contrato, hubieran generado el desquiciamiento de la ecuación financiera del mismo de manera ostensible y grave al punto que condujeran a condenar a la entidad estatal a su restablecimiento.

Con fundamento en lo antes expuesto se concluye que la pretensión vigésima cuarta no prospera y será negada.

4.4.5. Pretensión Vigésima Quinta

El texto de la pretensión Vigésima Quinta es el siguiente:

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

En primer término, es preciso señalar que no se encuentra en la demanda, ni en el alegato de conclusión, fundamento que permita concluir que la naturaleza de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, no puede considerarse incluida en el término “contribución” contenido en la cláusula 46 del Contrato de Concesión, que impone el pago de los tributos al contratista.

La contribución para la promoción del turismo se estableció en el artículo 1º de la Ley 1101 de 2006 y posteriormente, por virtud de la Ley 1558 de 2012, se extendió la obligación de pago a los concesionarios de aeropuertos y carreteras.

Ciertamente, se trata de una erogación que debió asumir el contratista con posterioridad a la celebración del contrato de concesión, sin embargo, tal como se afirmó respecto de la tasa de vigilancia, en la cláusula 46 de dicho contrato las partes pactaron como obligación a cargo del contratista pagar todos los impuestos y contribuciones “*de conformidad con las normas tributarias vigentes durante la ejecución del Contrato.*” (Se ha subrayado)

Ya se ha mencionado que la Corte Constitucional en la Sentencia C-545 de 1994, señaló que el término “Contribución” es genérico en cuanto comprende “*todas las cargas fiscales al patrimonio particular*” de manera que al referirse el artículo 46 del Contrato de Concesión a las contribuciones, de manera general, no hay razón para entender excluida la contribución parafiscal para la promoción del turismo de esa disposición.

La claridad de lo convenido por las Partes no se afecta por el hecho de que en las normas que establecen la contribución para la promoción del turismo no se indican las entidades a las cuales serán transferidos los recursos recaudados, cuando en la citada providencia de la Corte Constitucional se definen las “Contribuciones parafiscales” como “*los pagos que deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos, mixtos o privados, para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma.*”

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión Vigésima Quinta no prospera y será negada.

4.4.6. Pretensión Vigésima Sexta

El texto de la pretensión Vigésima Sexta es el siguiente:

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

Las consideraciones expresadas en relación con la pretensión vigésima tercera resultan igualmente pertinentes en relación con esta pretensión, la cual, por las mismas razones manifestadas entonces no prospera y será negada.

4.4.7. Pretensión Vigésima Séptima

El texto de la pretensión Vigésima Séptima es el siguiente:

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

Tal como se ha expresado al decidir las pretensiones precedentes, el Tribunal considera que el concesionario tiene la obligación de asumir el pago de la tasa de vigilancia y de la contribución parafiscal de fomento al turismo, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 46 del Contrato de Concesión, en concordancia con la cláusula 15.4 del mismo contrato, por lo cual la pretensión vigésima séptima no prospera y será negada.

4.4.8. Pretensión Vigésima Octava

El texto de la pretensión Vigésima Octava es el siguiente:

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

De acuerdo con lo expresado al decidir las pretensiones anteriores, el Tribunal considera que no hay lugar a declarar que la entidad demandada debe reconocer y pagar al concesionario los perjuicios y/o mayores costos derivados del pago de la tasa de vigilancia y de la contribución parafiscal de fomento al turismo, pues éste expresamente se obligó a asumirlos en el Contrato de Concesión que suscribió.

En tales condiciones, la pretensión Vigésima Octava no prospera y será negada.

4.4.9. Pretensión Vigésima Novena

El texto de la pretensión Vigésima Novena es el siguiente:

“Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** debe a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pagar a **CSS**

CONSTRUCTORES S.A. por la expedición y entrada en vigencia de la Resolución 0010225 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Transporte, la Resolución No.00007376 del 1° de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Ley 1101 de 2006 y Ley 1558 del 10 de julio de 2012 la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$894.090.246) a título de capital.”

El Tribunal considera que la pretensión en estudio no prospera y será negada puesto que no ha quedado demostrado que la imposición de la tasa de vigilancia y de la contribución para el fomento del turismo constituyen hechos extraordinarios e imprevisibles.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el valor de las nuevas cargas tributarias no era previsible al momento de contratar, en cualquier caso no ha quedado demostrado que el pago de los valores correspondientes haya dado lugar a un desquiciamiento grave del contrato que de lugar a ordenar su restablecimiento.

4.4.10. Pretensión Trigésima

El texto de la pretensión Trigésima es el siguiente:

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

En vista de que no hay lugar al pago de suma alguna a favor de la demandante por concepto de las erogaciones relacionadas con la tasa de vigilancia y la contribución parafiscal para el fomento al turismo, no se causan a su favor intereses, por lo cual esta pretensión no prospera y será negada, sin que haya lugar a análisis adicional.

4.4.11. Pretensión Trigésima Primera

El texto de la cláusula Trigésima Primera es el siguiente:

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

“CAPITAL: \$894.090.246
INTERESES: \$376.077.017”

De acuerdo con lo expresado antes, no hay lugar a declarar deuda a cargo de la entidad demandada por concepto de la compensación causada por la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo, por lo cual la pretensión Trigésima Primera no prospera, será negada y se tiene por demostrada la defensa que se planteó como excepción denominada “*El riesgo tributario es asumido por el Concesionario.*”

5. Análisis de las Pretensiones de Condena Primera a Tercera

En las pretensiones de condena, la Parte Convocante solicitó lo siguiente:

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

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

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

“**PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA:** Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4° Numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

“**TERCERA:** Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana (Art. 884 del Código de Comercio).

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

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

Consideraciones del Tribunal

Como se expuso en capítulos anteriores de este Laudo, el Tribunal estudió por separado, como correspondía, cada grupo de las pretensiones planteadas. Luego del análisis correspondiente se acogieron las pretensiones generales relacionadas con el reconocimiento de la posición contractual de cada una de las Partes frente al Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 y con la titularidad de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en ese Contrato. Por el contrario, se negaron las pretensiones pecuniarias relacionadas con las compensaciones reclamadas por el no traslado del Peaje Albarracín y por el pago de la Tasa fijada por la Superintendencia de Transporte y la

Contribución al Turismo, razón por la cual respecto de tales pretensiones no es necesario hacer ningún pronunciamiento frente al tema de las condenas solicitadas como consecuenciales.

En lo que tiene que ver con el tema de la compensación tarifaria, el Tribunal acogió la mayoría de las pretensiones declarativas y las consecuenciales de contenido patrimonial pertenecientes a este grupo y cuantificó el capital adeudado por dicho concepto y liquidó los respectivos intereses remuneratorios y moratorios.

En razón de lo anterior, se accederá en forma parcial a la **Primera Pretensión de Condena**, sólo hasta el monto que encontró probado el Tribunal, esto es, la suma de \$17.119.284.325 por concepto de Compensación Tarifaria, de los cuales \$6.664.176.054 corresponden a Capital, \$977.521.795 a intereses remuneratorios y \$9.477.586.47 a intereses moratorios, liquidados hasta marzo de 2018. Usando la misma metodología, a partir del mes de abril del 2018, se deberán liquidar los intereses hasta la fecha en que se haga el pago total de la obligación.

En lo que se refiere a la **Segunda Pretensión de Condena**, el Tribunal considera que no procede su reconocimiento por cuanto el numeral 12.2.1 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 no es aplicable en este caso. En efecto, según consta en el expediente, la Cláusula 12, “*COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA*”, fue prevista para los casos en que por diversas razones el Contrato de Concesión fuera terminado en forma anticipada. En su numeral 12.2. se establecen los aspectos que se deben tener en cuenta para realizar los cálculos indicados en el numeral 12.1 y, concretamente, el numeral 12.2.1. regula el caso en que la Entidad Concedente sea la causante de la terminación del contrato y contempla una fórmula para cualquier etapa del Contrato, lo cual, como se puede apreciar, no resulta aplicable para la actualización de las condenas en la forma solicitada en esta pretensión.

De otra parte, el Tribunal no encuentra que dentro del trámite del proceso se haya aportado prueba de la actualización de los valores reclamados por la compensación tarifaria aplicando la metodología citada ni tampoco se solicitó al perito que lo hiciera.

En cuanto a la **Pretensión Primera Subsidiaria a la Segunda Principal de Condena**, en la que se solicita condenar al pago de las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, el Tribunal considera que en este caso tampoco procede la actualización monetaria.

En efecto, el Tribunal considera que las pretensiones de actualización de las condenas y de pago de intereses moratorios son excluyentes en el caso en estudio, tal y como lo ha sostenido nuestra jurisprudencia.

En ese sentido en Sentencia SC11331-2015³⁵⁷ la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia concluyó que reconocer intereses moratorios e indexación “*equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma*”, a menos que la tasa de los intereses moratorios que se estén liquidando correspondan al moratorio civil del 12% y explicó:

“Sobre dicho tema, la jurisprudencia tiene aceptado lo siguiente:

«En consideración al fenómeno inflacionario que ordinariamente se presenta durante el tiempo transcurrido entre la fecha de la recepción del dinero y la devolución, el cual trae como efecto la pérdida o disminución de su valor adquisitivo, desde hace varios lustros la jurisprudencia ha sido constante en disponer el correspondiente reajuste monetario con el fin de corregir la depreciación experimentada por la moneda, pues no de otra manera se logra el efecto retroactivo de la sentencia, porque si ella tenía al tiempo de celebrarse el contrato un determinado poder de compra, la parte que hizo entrega del dinero sólo puede considerarse restablecida a la situación preexistente al acuerdo contractual, recibiendo una cantidad de dinero con un poder adquisitivo equivalente.»

³⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. 27 de agosto de 2015

3. En materia mercantil, según lo precisó la Corte en su sentencia del 19 de noviembre de 2001, el legislador adoptó un mecanismo de indexación indirecta de las obligaciones pecuniarias de tal naturaleza, engastado en los intereses previstos en dicha normatividad. En la modalidad indicada, señaló la Corporación, "...la deuda dineraria -por regla- sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares", una de cuyas principales expresiones es la tasa de interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, "conlleva el reajuste indirecto de la prestación dineraria", evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)'.

Por la circunstancia anotada consideró que si "... el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (art. 884 C. de Co.), ya comprende, per se, la aludida corrección", explicando que "... la tasa de interés monetaria -distinta de la pura, esto es, la concerniente al reconocimiento privativo del uso del capital-, se desdobra en diversos factores, v.gr: el rédito propiamente dicho; una tasa de seguridad por el riesgo asumido por el prestamista (tasa de riesgo); gastos de operación; monto compensatorio derivado del proceso inflacionario (tasa de inflación), entre otros conceptos admitidos por la jurisprudencia, por la doctrina y por la autoridad encargada -en Colombia- de la inspección y vigilancia de las instituciones financieras, de modo que, en tratándose de esta clase de tasas, específicamente de la bancaria corriente (art. 884 C. de Co.), puede afirmarse sin hesitación alguna que su función, en la hora de ahora, no se reduce tan solo a determinar el precio por el uso del dinero, sino que también tiene el propósito, así sea indirecto, de compensar al acreedor por el deterioro cualitativo que éste sufra, en el entendido, claro está, de la irrupción y preservación del fenómeno inflacionario en la economía (CSJ SC, 25 Abr 2003, Rad. 7140; las subrayas no son del texto).

En ese pronunciamiento se concluyó, entonces, que la compatibilidad de la indexación y de los réditos depende de la clase de estos últimos, pues si son los civiles nada impide la coexistencia de esos dos conceptos; en cambio, si se trata de los comerciales, en tanto ellos comprenden ese concepto (indexación indirecta) «imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditival de mercado».

Lo que sucede es que el interés legal comercial, el cual corresponde al interés bancario corriente al que alude el artículo 884 del estatuto mercantil, se certifica por la Superintendencia Financiera con base en las ponderaciones de los promedios de las tasas efectivamente cobradas por los establecimientos de crédito, operación ésta que atiende las condiciones de oferta y demanda de préstamo de los recursos; el riesgo inherente a la actividad; el fenómeno inflacionario de la economía y la devaluación que experimenta la moneda nacional en el mercado, de ahí que ese tipo de interés involucra un componente de corrección monetaria y otro de tasa pura.

Criterio que ha sido ratificado por la Sala en otras ocasiones, precisando que en la indexación efectuada a través de la tasa de interés comercial, el índice de corrección monetaria se aplica por vía refleja, pues «incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, 'conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria', evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)» (CSJ SC, 15 Ene 2009, Rad. 2001-00433-01; CSJ SC, 13 May 2010, Rad. 2001-00161-01)".

Este criterio ha sido acogido por el Consejo de Estado en varios pronunciamientos y así, por ejemplo, en sentencia de 21 de febrero de 2002³⁵⁸, expuso sobre el tema:

“Como se puede apreciar, el Código de Comercio en el artículo 884 reproducido, indica que en los negocios mercantiles el pago de réditos de un capital cuando las partes no hubiesen pactado el interés, éste será el bancario corriente, o sea aquel que surge del promedio cobrado por los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según certificación expedida por la Superintendencia

³⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 14.112, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Bancaria (ahora Financiera), cuya fórmula de cálculo contiene el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, de manera que excluye la actualización de la suma adeudada, porque la tasa remuneratoria o la moratoria, según el caso, incluye ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma, y de acuerdo con la jurisprudencia y la norma citada (art. 884 C Co.), no es posible que se reconozcan los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora además de la corrección monetaria, puesto que las tasas de las mismas ya aparejan la indexación de la moneda.

“Por su parte, en lo atinente a los intereses sobre obligaciones dinerarias a cargo de la Administración con ocasión de la celebración de contratos estatales, la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

‘Artículo. 4º- De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 8. Adoptarán 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 o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios./’**“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.**’ (Negrilla ajena al texto original).

“Y en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, se estableció la metodología para aplicar el anterior precepto legal, en los siguientes términos:

‘Artículo. 1º- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.’

“Esto significa que la norma de la Ley 80 de 1993, reglamentada en el Decreto 679 de 1994, fue concebida como un mecanismo de índole indemnizatoria para la preservación de la ecuación económica del contrato, ante el incumplimiento de la Administración de pagar dentro de los plazos estipulados el precio o suma de dinero convenida en el mismo, con el propósito de sancionar la mora, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, razón por la cual la jurisprudencia ha advertido que *‘[e]ste modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye.’*

Toda vez que el Tribunal condenará a la entidad convocada al pago de los intereses moratorios convenidos por las Partes, que corresponden al moratorio comercial, no resulta procedente condenarla, además, a pagar la corrección monetaria, por cuanto los primeros, como se ha expuesto, ya aparejan la indexación de la moneda. Por lo expuesto no se accederá a la pretensión en estudio.

En cuanto a la **Tercera Pretensión de Condena**, en donde se solicita se ordene a la Convocada pagar, *“respecto de cualquier suma de dinero **debidamente actualizada** que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana (Art. 884 del Código de Comercio)”*, el Tribunal reitera, como se expuso anteriormente, que al analizar y resolver las pretensiones relacionadas con el pago de la compensación tarifaria, cuantificó el valor del capital que se reconocerá por este concepto, así como los intereses remuneratorios y moratorios aplicables. En dicho ejercicio no se actualizaron las sumas reclamadas por no ser ello procedente, en la medida que, se repite, al reconocer que se adeudaban al Concesionario intereses remuneratorios y moratorios sobre el capital, ya se estaba incluyendo *“el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero”*. Por las mismas razones tampoco

procede el reconocimiento de la denominada **Pretensión Primera Subsidiaria de la Pretensión Tercera Principal De Condena.**

Finalmente, en lo que tiene que ver con la **Cuarta Pretensión de Condena**, el Tribunal advierte que toda vez que existe una solicitud contraria de la entidad concedente, en el sentido que se condene en costas a la sociedad Convocante, más adelante el Tribunal estudiará en conjunto, ambas peticiones.

F. SOBRE LAS EXCEPCIONES U OPOSICIONES

Según se expuso anteriormente en este Laudo, la entidad pública convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral para lo cual propuso varias oposiciones o medios de defensa que agrupó en varios títulos, algunos de las cuales ya fueron resueltos al estudiar las respectivas pretensiones; sin embargo, el Tribunal hará un pronunciamiento expreso sobre ellas, en el mismo contexto en que fueron propuestas, así:

“EXCEPCIONES REFERENTES AL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN TARIFARIA.”

- INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 18 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002.
- LA TARIFA ESPECIAL DE PEAJE EL ROBLE SE ESTABLECIÓ CON ANTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.”

Al resolver las pretensiones relativas al pago de la compensación tarifaria, el Tribunal expuso, de una parte, respecto del Acta de Determinación de la Compensación Tarifaria Aplicable para los primeros siete períodos de aforo, comprendidos entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006, que en ésta sólo se reconocen las consecuencias de la Ley 787 de 2002 y la solicitud de aplazar el incremento tarifario entre el 15 y el 17 de enero de 2006; y, que no se reconoce compensación por las tarifas especiales del peaje El Roble. Es más, expresamente se establece que no existe obligación del INCO de reconocer la compensación tarifaria por la tarifa especial cobrada a los vehículos de la categoría II Especial en el peaje El Roble. A lo anterior se agrega que el Concesionario renunció a cualquier tipo de reclamación por este concepto. Esto, expuso el Tribunal, implica que no es procedente reconocer la excepción *“La Tarifa Especial de Peaje El Roble se Estableció con Anterioridad a la Celebración del Contrato”*, pues no se solicita compensación por dicho concepto.

De otra parte, el Tribunal expuso, entre otros, que era claro que el Concesionario hizo lo que le correspondía en cuanto se refiere a la firma de las actas, pues quien no las firmó fue la Administración y el Interventor. Es pertinente destacar que en el expediente no obra constancia de que con anterioridad a este proceso la Administración o el Interventor hayan formulado reparos específicos sobre dichas actas. En el expediente sólo aparece el reparo que se expresa en la contestación a la demanda, cuando se indica que hay inconsistencias, pero sin que en el proceso se haya acreditado cuáles son. Por lo antes indicado, el Tribunal concluyó que no se puede afirmar que el Concesionario incumplió sus obligaciones y que, por lo mismo, no prospera la oposición o medio de defensa que la Demandada formuló como excepción bajo la denominación: *“Incumplimiento del Concesionario de lo Dispuesto en la Cláusula 18 del Contrato de Concesión No 0377 del 15 de Julio de 2002”*

“EXCEPCIONES REFERENTES AL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACÍN AL SECTOR VILLAPINZÓN-CHOCONTA.”

▪ **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.”**

Al resolver el tema del pago de la compensación supuestamente causada por el no traslado del peaje Albarracín, el Tribunal concluyó que mediante documento de 29 de septiembre de 2005, las partes acordaron, entre otros, devolver, sin intervención, al INCO y de éste al INVIAS los Trayectos 8, 9 y 10, así como el traslado del peaje de ‘Albarracín’ a un punto en el Trayecto 7 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, es decir, que en razón de la suscripción del referido documento surgió para el Concesionario la obligación de trasladar el peaje al Trayecto 7.

Sin embargo, también encontró probado el Tribunal que posteriormente, para ejecutar las obras públicas de infraestructura vial requeridas en los Trayectos Nos. 8, 9, 10 y 17 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, con el fin de garantizar la continuidad del Proyecto Vial “Briceño – Tunja – Sogamoso” objeto de la Concesión, lo mismo que, para garantizar que no se afectara la unidad e indivisibilidad del proyecto concesional objeto del citado Contrato de Concesión, con sus consecuentes obligaciones, derechos y responsabilidades, tanto de la Entidad Pública Concedente como del Concesionario, así como, que no se afectara el nivel de distribución de riesgos del Contrato de Concesión, **con la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006, se modificaron entonces, los Documentos suscritos por las Partes el 29 de julio y el 29 de septiembre de 2005, que incluyó la reincorporación al alcance del Proyecto los Trayectos 8 y 9, y con ellos, la caseta del peaje Albarracín.**

Por lo tanto, habiéndose acordado por las Partes que el Concesionario continuaría cumpliendo con la obligación de ejecutar las actividades previstas en los Trayectos 8, 9, 10 y 17, incluyendo la gestión socio-ambiental correspondiente y el desarrollo de las actividades de rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía existente en los tramos señalados; incorporados los recursos previstos para tal efecto sin que ello implicara ajustar el valor del ingreso esperado; y, aclarado que tales actividades entraron de nuevo a hacer parte del alcance definitivo del Proyecto Briceño-Tunja-Sogamoso, **naturalmente desapareció la causa, móvil, motivo o razón que había determinado trasladar el peaje “Albarracín” de los Trayectos 8 y 9 al Trayecto 7**, razón por la cual, debía mantenerse en el Trayecto donde originalmente fue concebido que es el mismo que venía operando desde la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Valga decir, a partir de la Modificación suscrita el 27 de enero de 2006 cesó la obligación del Concesionario de trasladar el Peaje Albarracín al Trayecto 7 y, como consecuencia de ello, retornó al Concesionario la obligación de construir, mantener y operar la infraestructura del peaje denominado “Albarracín” durante la duración del Contrato, entendiéndose que éste estaría ubicado en el Trayecto No. 8.

En razón de lo expuesto, el Tribunal considera probada la oposición o medio de defensa denominado por la parte convocada *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, pero con la precisión antes realizada.

“EXCEPCIONES RESPECTO AL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE PROMOCIÓN AL TURISMO”.

▪ **EL RIESGO TRIBUTARIO ES ASUMIDO POR EL CONCESIONARIO”**

Al analizar las pretensiones relativas al pago de las compensaciones supuestamente derivadas de la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo, el Tribunal concluyó, entre otros, que en virtud de lo acordado en las cláusulas 46 y 15.4 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, el riesgo tributario fue asumido por el Concesionario. Por tal razón se declarará probado este medio de defensa.

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

▪ *DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.*

En lo que se refiere a este medio de defensa, la Entidad Convocada en la contestación de la demanda expuso que *“todas las cláusulas del contrato que sean claras, precisas y sin asomo de ambigüedad deben ser interpretadas según su texto, y el honorable Tribunal no debería extraer de ellas obligaciones distintas, ni quitarles o reducirles los efectos legales a las obligaciones dispuestas en el mismo, como pretende la parte convocante. En ese sentido, el honorable Tribunal no debe desconocer la distribución de riesgos que, entre Partes profesionales sofisticadas, voluntaria y conscientemente se convinieron, ni debe extraer o legitimar derechos inexistentes a reclamar perjuicios inexistentes”.*

En el análisis de cada una de las pretensiones el Tribunal se ha soportado fundamentalmente en el Contrato de Concesión, junto con sus anexos, así como en las modificaciones que, de común acuerdo, han celebrado las partes respecto del mismo, a efectos de precisar su contenido y alcance. Ahora bien, advierte el Tribunal que este medio de defensa hace referencia a *“todas las cláusulas del contrato que sean claras, precisas y sin asomo de ambigüedad”*, que, se dice, *“deben ser interpretadas según su texto”*.

Quedo probado en el proceso que existe discrepancia entre las partes sobre la interpretación que cada una hace de algunas estipulaciones, por lo que para dilucidar el tema el Tribunal ha acudido, entre otras, a la interpretación auténtica, que se presenta cuando quien interpreta la norma es el autor de la misma. Se explicó por el Tribunal que dicha interpretación puede operar en el caso de la ley, evento en el cual la interpretación la hace el Legislador, o en el caso de un contrato, caso en el cual la hacen las partes, y que, en materia de contratos, la interpretación auténtica puede ser expresa, cuando las partes la hacen a través de un documento en el cual precisan el sentido de su declaración de voluntad, o tácita, cuando resulta de su conducta.

Como quiera que la controversia se suscita es en torno de estipulaciones que no presentan claridad absoluta, en la forma en que fue propuesto este medio de defensa no se acogerá por el Tribunal.

▪ *AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI.*

En la contestación a la demanda, la entidad convocada alegó al respecto que *“El éxito de la acción de controversias contractuales cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite con exactitud el incumplimiento contractual que reclama, lo que no ocurre en la demanda que nos ocupa, así como que demuestre los perjuicios que reclama”.*

Al resolver el tema del pago de la compensación tarifaria, el Tribunal encontró probado, entre otros, que la Entidad Concedente incumplió el Contrato por, entre otras razones, no haber pagado al Concesionario el valor reconocido en las Actas de Liquidación de Compensaciones que se examinaron en el capítulo respectivo. En razón de lo anterior, el Tribunal tampoco acogerá este medio de defensa.

▪ *EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*

En el análisis y definición de cada grupo de pretensiones el Tribunal no encontró probado que el Concesionario haya incumplido sus obligaciones contractuales, por tal razón no prospera este medio de defensa.

- *FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS.*

Como quedó expuesto al analizar el grupo de pretensiones relacionadas con el pago derivado de la compensación tarifaria, el Tribunal declaró el incumplimiento de la Entidad Concedente y cuantificó el monto del capital adeudado y sus respectivos intereses remuneratorios y moratorios. No ocurrió lo mismo con las pretensiones relacionadas con las compensaciones reclamadas por el no traslado del peaje Albarracín y las supuestamente derivadas del cobro de la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte y la contribución parafiscal de promoción al turismo. En razón de lo expuesto se acogerá parcialmente esta excepción.

- EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

Como quiera que el Tribunal no encontrado probado en este proceso otros hechos que pudieran configurar excepciones de mérito que debiera reconocer de oficio, no se acogerá esta excepción.

G. SOBRE LAS COSTAS

La Parte Convocante solicitó en la demanda arbitral y en sus alegatos de conclusión se condenara en costas a la entidad demandada en virtud de que prosperaran sus pretensiones. Por su parte, la Entidad Convocada solicitó en la contestación de la demanda y en sus alegatos que se condenara en costas a la Parte actora.

Para resolver el Tribunal advierte que el tema de la condena en costas está regulado por el artículo 365 del Código General del Proceso que, en lo pertinente para este trámite arbitral, dispone:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...).
(...).

“2. La condena se hará en sentencia (...).
(...).

“5. 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.
(...).

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...)”.

El concepto de las costas se refiere a los gastos realizados por las Partes dentro del proceso que se consideren necesarios, útiles y razonables para el desarrollo del mismo y comprende los gastos o

expensas, tales como el pago de los honorarios de peritos, de los gastos de traslado de testigos, de los gastos por la práctica de una diligencia fuera de la sede del Tribunal, pago de cauciones y copias, etc. También en el concepto de costas están comprendidas las agencias en derecho, constituidas por los gastos de apoderamiento, los cuales son fijados discrecionalmente por el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P.

Para resolver, el Tribunal tiene en cuenta que, según se estudió en capítulos anteriores de este Laudo, después del análisis fáctico, jurídico y probatorio que se ha realizado, se acogerán algunas de las pretensiones de la sociedad Convocante. Así mismo, se tiene en cuenta que sólo se reconocerán algunas oposiciones o medios de defensa propuestos por la Entidad Convocada.

El Tribunal precisa, además, que el asunto sometido por las Partes a su conocimiento y decisión corresponde a una controversia jurídica en esencia, lo cual descarta que se hubiera podido presentar temeridad o mala fe de la Parte Convocante por solicitar la intervención del juez natural del Contrato para resolver sobre el alcance y contenido de las mismas.

Según se ha expuesto en este Laudo, las posiciones o enfoques disímiles o contrarias de las Partes sobre el tema materia de decisión no se basaron en interpretaciones infundadas, caprichosas o temerarias, sino que obedecen al entendimiento que tuvieron sobre la existencia y el alcance de algunas obligaciones emanadas del Contrato de Concesión, por lo que fue necesaria la intervención de este Tribunal para precisar el tema.

En razón de lo anterior y con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el Tribunal, atendida la naturaleza de la controversia sometida a su conocimiento y decisión por las Partes, así como la conducta procesal de éstas, que estuvo exenta de mala fe y temeridad, no impondrá condena en costas.

H. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO RELATIVO AL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Código General del Proceso, preceptúa:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...).

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.
(...)

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que

pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

(...)

“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

En virtud de las declaraciones y condenas que se harán en este Laudo Arbitral según se acaba de analizar en capítulos anteriores, corresponde al Tribunal resolver si procede la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo 206 del C.G.P. antes transcrito, toda vez que sólo han prosperado parcialmente algunas de las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la Parte Convocante.

Para el Tribunal la imposición de las sanciones contempladas en la norma en estudio no es automática, sino que, entre otros, debe encontrarse que la suma estimada bajo juramento exceda del 50% de aquella que resulte probada en el proceso, o que se nieguen las pretensiones de condena por no haberse demostrado el monto de la *“indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y que tal hecho sea atribuible a la conducta negligente o temeraria de la parte actora.

En el caso en estudio, se advierte que no obstante el fracaso de algunas de las pretensiones incoadas por la sociedad convocante algunas declarativas y otras de condena de significativo valor, no procede la aplicación en comento, por cuanto para poder llegar a la decisión que le dio certeza a la aspiraciones patrimoniales que ésta tenía, según la interpretación antagónica que las partes hacían de diversas estipulaciones contractuales y acuerdos modificatorios al mismo, fue necesaria la intervención de este Tribunal para que, después del debate probatorio, se estableciera la existencia o no de determinadas obligaciones contractuales y, luego, definir si éstas habrían sido incumplidas como se reclamaba.

Precisa también el Tribunal que en lo que se refiere al grupo de pretensiones relacionadas con el tema de la compensación por diferencia tarifaria, el valor probado y reconocido por el Tribunal no superó el 50% del valor estimado bajo juramento en la demanda. Respecto del grupo de pretensiones relacionadas con el traslado del peaje Albarracín, el Tribunal determinó que no existía la obligación de pagarle al concesionario el valor de las compensaciones reclamadas y, por lo tanto, no procedía hacer una cuantificación respecto de tales pretensiones. Y, por último, en lo que tiene que ver con el grupo de pretensiones relativas a la tasa de vigilancia establecida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, así como con la contribución parafiscal para la promoción del turismo, el Tribunal consideró el Concesionario había asumido contractualmente el riesgo tributario y, por ende, era sujeto pasivo de esas obligaciones, razón por la cual no había lugar al pago de las compensaciones solicitadas por este concepto. Para arribar a las anteriores definiciones fue necesario realizar un exhaustivo examen e interpretación del Contrato de Concesión y otros documentos contractuales, lo que demuestra que la formulación de las pretensiones no fue producto del actuar temerario de la sociedad CSS Constructores S.A., por cuanto consta en el expediente que las tesis contrapuestas que expusieron las partes contaban con respaldo fáctico y jurídico, y fueron defendidas con rigurosidad y profesionalismo por sus apoderados durante el trámite arbitral, de manera que si el Tribunal acogió una interpretación en perjuicio de otra no fue por negligencia de quien la propuso, sino porque se consideró estar más ajustada a la ley y al contrato.

Por las razones anteriores, el Tribunal considera que en este caso no hay lugar a imponer las sanciones contempladas en el artículo 206 del C.G.P.

Tiene en cuenta el Tribunal que las partes propusieron un debate jurídico, nada temerario, donde expusieron posiciones antagónicas, pero bien fundadas, y si no se acogieron los argumentos de la Entidad concedente no fue por negligencia de su apoderado en la demostración de los supuestos de hecho, de derecho y probatorios de su reclamo, sino porque, por considerarse más ajustada a derecho se aceptó la tesis contraria propuesta por el Concesionario. De otra parte, el contenido y alcance de las pretensiones que no prosperaron, determina la improcedencia de la aplicación de las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P., tal y como se dispondrá enseguida.

IV.- DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

SOBRE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS GENERALES

Primero: Declarar que en virtud de la expedición de la Resolución 3045 de 22 de agosto de 2003, el **Instituto Nacional de Vías – INVÍAS** cedió y subrogó al **Instituto Nacional de Concesiones -INCO-** a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002; que, posteriormente, en cumplimiento de lo previsto en el artículo tercero de la citada Resolución, entre el **INCO** y el Concesionario suscribieron el 15 de junio de 2004, la modificación al referido Contrato mediante la cual el **INCO** sustituyó al **INVÍAS**; que conforme con lo dispuesto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INCO** fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI** entidad que, de acuerdo con el Decreto Ley 4165 de 2011, asumió las funciones relacionadas con la estructuración, adjudicación y/o contratación de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada; y que a partir de la promulgación del referido Decreto, tales funciones fueron asumidas por la **ANI** en relación con cada uno de tales contratos a partir de la fecha efectiva de la subrogación que se le hiciera de los mismos a través de acto administrativo, razón por la cual la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Segundo: Declarar que, según los términos establecidos en el numeral anterior, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en su condición de entidad contratante del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el referido Contrato de Concesión.

Tercero: Declarar, conforme con lo pedido en la demanda arbitral, que la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en virtud del documento denominado “Cesión de Contrato de Concesión Número 0377 de 15 de julio de 2002”, firmado el tres (3) de noviembre de dos mil trece (2013) entre el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Cuarto: Declarar, conforme con lo pedido en la demanda arbitral, que la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

**SOBRE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON
EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN
TARIFARIA**

Quinto: Negar las oposiciones o medios de defensa formulados por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como excepciones de mérito y denominadas “*INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA 18 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0377 DEL 15 DE JULIO DE 2002*” y “*LA TARIFA ESPECIAL DE PEAJE EL ROBLE SE ESTABLECIÓ CON ANTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO*”, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Sexto: Declarar parcialmente probada la oposición o medio de defensa formulado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como excepción de mérito y denominado “*FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS*”, relacionado con las “*EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO*”.

Séptimo: Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, incumplió la obligación contenida en la Cláusula 18.3 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Octavo: Declarar, conforme con lo pedido en la demanda arbitral, que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, reconoce que adeuda por concepto de Compensación Tarifaria a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** las cifras que constan en las siguientes actas:

1. “*Acta de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2002 y el 22 de marzo de 2006*” del 19 de octubre de 2006, por un monto de \$888.387.454,00.
2. “*Acta liquidación de los ingresos y de determinación de la compensación tarifaria aplicable para el periodo de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2006 y el 22 de septiembre de 2006*”, del 6 de marzo de 2007, por un monto de \$154.753.000,00.
3. “*Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2006 y el 22 de marzo de 2007*, “del 14 de marzo de 2008, por un monto de \$162.744.500,00.
4. “*Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2007 y el 22 de septiembre de 2007*” del 14 de mayo de 2008, por un monto de \$159.285.200,00.
5. “*Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008*” del 2 de septiembre de 2008, por un monto de \$160.855.800,00.

6. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2008 y el 22 de septiembre de 2008” del 30 de junio de 2009, por un monto de \$178.032.000,00.*
7. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 22 de marzo de 2009” del 24 de febrero de 2010, por un monto de \$177.304.700,00.*
8. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2009 y el 22 de septiembre de 2009” del 15 de enero de 2010, por un monto de \$219.981.800,00.*
9. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010” del 8 de junio de 2010, por un monto de \$260.095.200,00.*
10. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 22 de septiembre de 2010” del 13 de diciembre de 2010, por un monto de \$396.912.500,00.*
11. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y el 22 de marzo de 2011” del 10 de junio de 2011, por un monto de \$452.912.500,00.*
12. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2011 y el 22 de septiembre de 2011” del 16 de diciembre de 2011, por un monto de \$472.658.000,00.*
13. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 22 de marzo de 2012” del 19 de julio de 2012, por un monto de \$453.823.800,00.*
14. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2012 y el 22 de septiembre de 2012” del 4 de octubre de 2012, por un monto de \$484.105.600,00.*
15. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013” del 13 de agosto de 2013, por un monto de \$489.621.800,00.*
16. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2013 y el 22 de septiembre de 2013” del 10 de enero de 2014, por un monto de \$499.907.100,00.*
17. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 22 de marzo de 2014” del 12 de mayo de 2014, por un monto de \$516.619.000,00.*
18. *“Acta de liquidación de los ingresos y determinación de la compensación tarifaria aplicable para el período de aforo comprendido entre el 23 de marzo de 2014 y el 22 de septiembre de 2014” del 4 de noviembre de 2014, por un monto de \$536.176.100,00.*

Noveno: Declarar conforme con lo pedido en la demanda arbitral, que a partir de la suscripción de las Actas entre el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** -cuya posición contractual fue cedida a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**- y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, inició el computo del término de dieciocho (18) meses previsto en la Cláusula 18.3 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, a efectos del pago por la compensación tarifaria.

Décimo: Declarar, conforme con lo pedido en la demanda arbitral, que vencido el término de dieciocho (18) meses para el pago de la compensación tarifaria previsto en la Cláusula 18.3 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002, procede la causación de intereses moratorios en los términos de la Cláusula 49 del mismo contrato.

Décimo Primero: Declarar que, conforme a lo probado, con corte al mes de marzo de 2018, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** le adeuda a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **DIECISIETE MIL CIENTO DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.119.284.325)**, por concepto de Compensación Tarifaria, suma que se discrimina así:

- CAPITAL: \$6.664.176.054
- INTERESES CORRIENTES: \$977.521.795
- INTERESES MORATORIOS: \$9.477.586.476

Décimo Segundo: Negar las pretensiones **SÉPTIMA** y **NOVENA** de la demanda arbitral presentada por la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo

***SOBRE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON
EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA
POR EL NO TRASLADO DEL PEAJE ALBARRACÍN AL SECTOR
VILLAPINZÓN - CHOCONTÁ***

Décimo Tercero: Declarar que la Estación de Peaje denominada “*Albarracín*” se encontraba ubicada entre los Trayectos 8 (segmento comprendido entre Villapinzón y el Peaje Albarracín) y 9 (segmento comprendido entre el Peaje Albarracín y Ventaquemada), es decir, entre Villapinzón y Ventaquemada como consta en el “*Acta de entrega y recibo de las casetas de peajes existentes*” suscrita el 16 de enero de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** -cuya posición contractual fue cedida a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**-

Décimo Cuarto: Declarar que mediante documento del 29 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y el **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** -cuya posición contractual fue cedida a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**-, acordaron el traslado de la Estación de Peaje “*Albarracín*” a un punto en el Trayecto 7 del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002.

Décimo Quinto: Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, mediante documento de 29 de septiembre de 2009 impartió una instrucción al **CONSORCIO SOLARTE SOLARTE** -cuya posición contractual fue cedida a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**-, de construir la infraestructura de la estación de peaje “*Albarracín*” en los alrededores del peaje existente.

Décimo Sexto: Declarar probada la oposición o medio de defensa formulado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como excepción de mérito y denominado

“*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Décimo Séptimo: Negar las pretensiones *DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA* y *VIGÉSIMA* de la demanda arbitral presentada por la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo

SOBRE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELACIONADAS CON EL PAGO AL CONCESIONARIO DE LA COMPENSACIÓN CAUSADA POR LA TASA DE VIGILANCIA ESTABLECIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE PROMOCIÓN AL TURISMO

Décimo Octavo: Declarar que el riesgo tributario del Contrato de Concesión No. 0377 de 2002 se estableció en su Cláusula 46, así como en la Cláusula 15.4 del mismo; en tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Vigésima Primera de la demanda arbitral.

Décimo Noveno: Declarar probada la oposición o medio de defensa formulado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como excepción de mérito y denominado “*EL RIESGO TRIBUTARIO ES ASUMIDO POR EL CONCESIONARIO*”.

Vigésimo: Negar las pretensiones *VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA, VIGÉSIMA OCTAVA, VIGÉSIMA NOVENA, TRIGÉSIMA* y *TRIGÉSIMA PRIMERA* de la demanda arbitral presentada por la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE CONDENA.

Vigésimo Primero: Declarar parcialmente probada la oposición o medio de defensa formulado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como excepción de mérito y denominado “*FALTA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y LA CUANTÍA DE LOS PRETENDIDOS PERJUICIOS*”.

Vigésimo Segundo: Condenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.** la suma de **DIECISIETE MIL CIENTO DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.119.284.325)**, por concepto de Compensación Tarifaria, liquidada a marzo de 2018, suma que se discrimina así:

- CAPITAL: \$6.664.176.054
- INTERESES CORRIENTES: \$977.521.795
- INTERESES MORATORIOS: \$9.477.586.476

Vigésimo Tercero: Negar las pretensiones *SEGUNDA* de Condena, *PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA*, *TERCERA* de Condena y *PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA* de la demanda arbitral presentada por la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

OTRAS DECISIONES

Vigésimo Cuarto: Negar todas las demás oposiciones o medios de defensa formulados por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** como “*EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO*” por las razones expuestas en la parte motiva.

Vigésimo Quinto Declarar que en este proceso no hay lugar a imponer las sanciones a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

Vigésimo Sexto: Declarar que en este proceso no hay lugar a imponer condena en costas.

Vigésimo Séptimo: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las Partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con las constancias de ley.

Vigésimo Octavo: Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo Noveno: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Árbitro y Presidente

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Árbitro

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro

P. ORLANDO GARAVITO VALENCIA
Secretario Tribunal