



Feb. 20/20
Recibi,
[Signature]

PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Bogotá D.C., 20 de febrero de 2020

Señores

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Cesar Negret Mosquera (Árbitro - Presidente)

Juan Carlos Henao Pérez (Árbitro)

Sergio Muñoz Laverde (Árbitro)

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN - CCB

Attn. Roberto Aguilar Díaz (**Secretario**)

Ciudad.-

Medio de control	Proceso arbitral – controversias contractuales
Demandante	YUMA Concesionaria S.A.
Demandado	Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Asunto	Concepto del Ministerio Público

Respetados señores Árbitros,

En cumplimiento de las funciones constitucionales y legales asignadas al Ministerio Público, particularmente aquellas referidas a su intervención en procesos de naturaleza arbitral, me permito allegar versión escrita del concepto expuesto oralmente en la audiencia realizada el 20 de febrero de 2.020 en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Arbitral en auto No. 51 del 21 de enero de 2.020.

El presente concepto se extiende en los términos que enseguida se dejan precisados.

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES	2
1.1. PARTES	2
1.2. CLÁUSULA COMPROMISORIA	2
1.3. TRÁMITE DEL PROCESO	3
1.3.1. Admisión de la demanda y su reforma	4
1.3.2. Contestación de la demanda y de su reformada	4
1.3.3. Audiencia de conciliación	5
1.3.4. Primera audiencia de trámite	5

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.3.5.	Etapas probatorias y su conclusión	5
1.3.5.1.	Pretensiones de la demandada (<i>petitum</i>).....	5
1.3.5.2.	Sustento fáctico de las pretensiones (<i>causa petendi</i>)	11
1.3.6.	Contestación de la demanda reformada	16
1.3.6.1.	Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda reformada	16
1.3.6.2.	Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda reformada	17
1.3.6.3.	Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la demandante.....	17
2.	CONSIDERACIONES	24
2.1.	PRESUPUESTOS PROCESALES	24
2.2.	SÍNTESIS DEL CASO	25
2.3.	PROBLEMAS JURÍDICOS	26
2.4.	CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.....	27
2.4.1.	Primer problema jurídico	27
2.4.2.	Segundo problema jurídico.....	33

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES

- **Demandante:** YUMA Concesionaria S.A. (en adelante, también, YUMA, la/el concesionaria(o), convocante, demandante, parte actora o, simplemente, actor), legalmente constituida y representada legalmente por el señor Leonardo Castro, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal que acompañó a la demanda inicial. En el presente trámite contó con la debida representación judicial, atendiendo al poder que, igualmente, reposa en el expediente procesal.
- **Demandada:** Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante, también, ANI, la demandada, convocada), entidad pública del orden nacional, descentralizada por servicios, representada legalmente por el señor Alejandro Gutiérrez Ramírez. En el presente trámite contó con la debida representación judicial, conforme con los poderes que reposan en el expediente procesal.

1.2. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Las controversias puestas en conocimiento del Tribunal Arbitral, tal como se señaló en el escrito de convocatoria, corresponden a aquellas señaladas en la cláusula compromisoria pactada entre las partes, contenida en el Capítulo XVIII “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, numeral 18.02. del CONTRATO de concesión No. 007 de 2010 (en adelante, también, el CONTRATO) celebrado entre YUMA

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Concesionaria S.A. (concesionario) y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (concedente),. Los términos de la cláusula compromisoria quedaron consignados de la siguiente manera:

"SECCIÓN 18.02. Tribunal de Arbitramento Local

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

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

Adicionalmente, las partes pactaron la siguiente estipulación en la cláusula decimocuarta del otrosí No. 7 al CONTRATO de Concesión No. 7 de 2010:

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

1.3. TRÁMITE DEL PROCESO

Desde la vista fiscal se observa que el proceso ha cursado con sujeción a las ritualidades propias del trámite arbitral dispuesto por la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes, con plena observancia de los derechos y garantías procesales que asisten a los extremos de la *litis* y demás intervinientes.

Por lo mismo, no se observan vicios que deban ser objeto de saneamiento o que comporten la nulidad parcial o total de las actuaciones adelantadas y, en consecuencia, resulta posible la adopción de una decisión de fondo en la que se desate, en derecho, el conflicto sometido a estudio y definición del Tribunal.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En cuanto al término transcurrido, a la fecha del presente concepto, se observa que el trámite se ajusta a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012. A continuación, se presenta el detalle de las suspensiones efectuadas durante el proceso:

Auto	Fecha	Desde	Hasta	Días hábiles de suspensión ¹
31	07/11/2018	14/11/2018	02/12/2018	13
31		11/12/2018	10/02/2019	41
33	11/02/2019	11/02/2019	15/03/2019	25
34	30/04/2019	18/03/2019	29/04/2019	28
37	28/05/2019			13
Días hábiles totales de suspensión				120

De acuerdo con el acta No. 27 del 21 de mayo de 2019 el proceso se interrumpió por 10 días hábiles debido al fallecimiento del apoderado de la convocada.

Mediante escrito del 26 de junio de 2019 las partes manifestaron su voluntad de prorrogar el trámite arbitral por 6 meses más.

De acuerdo con lo anterior, hasta la fecha del presente concepto, el plazo para proferir el laudo dentro del trámite arbitral es de 12 meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite², al cual le deben ser adicionados **120 días hábiles de suspensión y 10 días hábiles de interrupción**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, por manera que el plazo fenecería el **19 de mayo de 2020**.

1.3.1. Admisión de la demanda y su reforma

Con auto No. 2 del 30 de agosto de 2017, se decidió admitir la demanda presentada por la convocante el 21 de junio de 2017, auto que fue recurrido por la convocada en escrito del 27 de septiembre de 2017 y confirmado por auto No. 4 del 9 de octubre de 2017.

En escrito del 19 de febrero de 2018 la convocante reformó la demanda inicialmente presentada, la cual fue admitida mediante auto No. 9 del 20 de febrero del mismo año y se ordenó su traslado a los demás intervinientes.

1.3.2. Contestación de la demanda y de su reformada

El 15 de diciembre de 2017, en término, la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, propuso excepciones

¹ Los 120 días de que trata el artículo 11 de la Ley 1563 de 2013 serán hábiles de acuerdo con lo señalado en los artículos 118 y 62 de las Leyes 1564 de 2012 y 4 de 1913, respectivamente.

² Finalizada el 7 de noviembre de 2018, tal como consta en el acta No. 21 de la misma fecha.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

de mérito y objetó el juramento estimatorio. En escrito del 20 de marzo de 2018 presentó contestación de la demanda reformada, en la que, igualmente, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

1.3.3. Audiencia de conciliación

El 2 de octubre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual fracasó por no llegar las partes a ninguna fórmula de arreglo.

Debe destacarse, sin embargo, que la gran parte de las suspensiones acordadas por las partes y avaladas por el H. Tribunal, tuvieron como finalidad avanzar en negociaciones directas entre las partes, las cuales, no arribaron a una salida concertada del litigio.

1.3.4. Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 7 de noviembre de 2018 y en su desarrollo se adoptaron las decisiones que conforme a la ley correspondían a dicha etapa procesal.

1.3.5. Etapa probatoria y su conclusión

La etapa probatoria del trámite arbitral se agotó luego del recaudo oportuno y conforme con los dictados procesales correspondientes de íntegras las pruebas decretadas por el Tribunal Arbitral. Esta etapa se dio por concluida mediante auto No. 51 proferido el 21 enero 2020, proveído en el que, igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, se citó para audiencia de alegatos, la cual se realiza en la fecha del presente escrito.

1.3.5.1. Pretensiones de la demandada (*petitum*)

En el escrito genitor reformado del presente trámite³, la convocante formuló sus pretensiones, en el siguiente sentido:

CAPÍTULO No. 4 - PRETENSIONES

DECLARATIVAS

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

“Variantes de Población:

Se incluye en el Sector la Variante de Bosconia, para la que se ha previsto intersecciones a nivel tipo glorieta con las vías que intercepta.

³ Cdo. ppla. Fls 444-507, admitida mediante auto No. 9 del 20 de febrero de 2020.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Toda variante construida debe ser diseñada y desarrollada como una vía cerrada y protegida, con el propósito de evitar invasiones al derecho de vía en el futuro.”

Cuadro 4. Variantes de Población

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

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

TERCERA.- Que se declare que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEALP-001-2010 y sus aclaraciones, en el Contrato de Concesión No 007 de 2010 y el Otrosí No. 7⁴, sólo se previó la construcción de una (1) variante.

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

Número	Variante	Licencia ambiental	Tramo
1	Cuatro Vientos	Res. 0928	Tramo 2
2	El Difícil	Res. 1384	Tramo 6 y 7
3	Nueva Granada	Res. 1384	Tramo 6
4	Plato	Res. 1084	Tramo 6
5	El Bajo	Res. 296	Tramo 6
6	La Gloria	Res. 296	Tramo 6
7	Pueblo Nuevo	Res. 296	Tramo 7
8	El Copey	Res. 1208	Tramo 3
9	Loma del Bálsamo	Res. 1208	Tramo 3
10	La Gran Vía	Res. 1208	Tramo 4
11	La Isabel	Res. 1208	Tramo 4

⁴ Cita de la transcripción: “Consideración A del Otrosí 7 al Contrato de Concesión No. 7 de 2010, del 30 de marzo de 2016”.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

12	Julio Sawady	Res. 1208	Tramo 4
13	Maria Angola	Res. 1208	Tramo 8
14	Aguas Blancas	Res. 1208	Tramo 8

Nota: La licencia correspondiente a San Roque, aun [sic] se halla en trámite

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

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

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

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

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



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Adicionalmente, deberá valorarse el mayor costo que genera cumplir las órdenes de la Interventoría en materia de empujamiento y cerca viva (swinglea).

d) PASO 4. Tomar las cantidades de obra de los pasos poblacionales, consignadas en la versión Inicial de Diseño, elaborado antes de conocer decisiones de la ANLA que obligan a YUMA a construir las Variantes (ver prueba No. 5.1).

e) PASO 5. Tomar las distancias de acarreo entre la fuente de material y la distancia media con cada uno de los Pasos Poblacionales contenidas en la versión Inicial de Diseño (ver prueba No. 5.3), elaborado antes de conocer las decisiones de la ANLA en las que le impuso a YUMA la obligación de construir las Variantes.

f) PASO 6. Tomar y cuantificar las obligaciones ambientales correspondientes al evento de no haberse construido las variantes sino únicamente los pasos poblacionales (ver prueba No. 5.7)

g) PASO 7. Establecer la diferencia entre los pasos 1 y 4 (ver prueba No. 5.5 que contiene la Memoria de Cálculo de Cantidades)

h) PASO 8. Establecer la diferencia entre los pasos 2 y 5 (ver prueba No. 5.3 que contiene la Memoria de Cálculo de Acarreo)

i) PASO 9. Establecer la diferencia entre los pasos 3 y 6 (ver prueba No. 5.5 que contiene la Memoria de Cálculo Ambiental)

j) PASO 10. Determinar las cantidades de obra necesarias para la rehabilitación de los pasos poblacionales, cantidades tomadas del documento titulado "Programa de Rehabilitación Sectores 3b y 3c de julio de 2011" elaborado por INGETEC (ver prueba No. 5.5) (ver prueba No. 5.7 que contiene la memoria de Cálculo del Reclamo).

k) PASO 11. Extraer de las listas oficiales del INVÍAS los precios unitarios para todas las actividades necesarias para construir variantes. (ver prueba No. 5.7 y 5.8)

l) PASO 12: Las cantidades determinadas en los pasos 7, 8 y 9 se multiplican por la lista de precios del INVÍAS. (ver prueba No. 5.7 Memoria de Cálculo del Reclamo).

m) PASO 13: Las cantidades necesarias para la rehabilitación de los pasos poblacionales se multiplican por los precios del INVÍAS.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

n) PASO 14: Determinar el sobrecosto causado con ocasión del Diseño de las Variantes, según precios del INVÍAS.

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

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

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

DÉCIMA

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

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

CONDENATORIAS

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

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

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

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

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

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



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

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

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

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

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

1.3.5.2. Sustento fáctico de las pretensiones (*causa petendi*)

Las pretensiones formuladas por la parte actora se sustentaron en los supuestos fácticos que en seguida se sintetizan, los cuales fueron agrupados por la actora, así:

- Hechos relacionados con la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 y el proceso de selección adelantado por el INCO, hoy ANI.

Luego de referir los documentos Conpes 3413, 3571 y 3643, en los cuales se estableció la importancia de proyecto de infraestructura "Ruta del Sol" y su estructuración en tres sectores, entre otros aspectos, la convocante hizo referencia a la declaratoria de desierto del proceso de selección para el Sector 3 dentro de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y a la nueva licitación pública No. SEA-LP-001-2010, abierta mediante Resolución 106 del 10 de marzo de 2010. En este último proceso presentó propuesta YUMA Concesionaria S.A. Promesa de Sociedad Futura, compuesta por Impregilo S.p.A, Fondo de Capital Privado Ruta del Sol, Infraestructura Concesionada S.A – Infracon S.A., CI Grodco S en C.A. Ingenieros Civiles y Técnica Vial S. en C.A., a quien le fue adjudicado el CONTRATO con la

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Resolución 289 del 22 de julio de 2010. El CONTRATO de concesión No. 007 de 2010 fue suscrito entre YUMA e INCO el 4 de agosto de 2010”.

- Hechos relacionados con la obligación impuesta a YUMA por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) de construir 15 variantes adicionales.

En primer lugar, YUMA puso de presente el contenido el numeral 5 del apéndice ambiental del CONTRATO de concesión, el cual es del siguiente tenor:

El Concesionario deberá previamente tramitar y obtener la respectiva Licencia Ambiental de las variantes que no se encuentren ubicadas en lugares donde se desarrollará doble calzada. Lo anterior, dado que para las variantes que se encuentran ubicadas donde se van a realizar obras de doble calzada se entiende que la variante forma parte integral de la doble calzada y por lo tanto se tramitará y obtendrá la Licencia Ambiental para la doble calzada.

Teniendo en cuenta que el Concesionario tiene como obligación realizar los Estudios de Detalle, deberá incluir dentro de estos estudios los correspondientes al estudio de impacto ambiental de la variante y otros asociados a la misma, los cuales deben realizarse de forma coordinada y complementaria. Estos estudios ambientales le servirán de base al Concesionario, para que tramite y obtenga la Licencia Ambiental correspondiente. **Será requisito para el inicio de las Obras de Construcción y Rehabilitación asociadas a cada uno de los Tramos que se obtenga la respectiva Licencia Ambiental.**

Para el desarrollo de los estudios ambientales, el Concesionario podrá consultar los documentos de referencia que fueron puestos a disposición del Concesionario en el cuarto de información de referencia durante la Licitación. Esta información es de referencia y por lo tanto su suficiencia no podrá ser utilizada por el Concesionario como argumento para posibles reclamaciones. El Concesionario tiene la obligación de elaborar los estudios ambientales a que haya lugar considerando la información disponible y la que deba generar para satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Aplicable.

(Apartes destacados en el texto de la demanda)

A continuación, aseguró que en la letra nnn de la Sección 1.01 del CONTRATO se estableció que las variantes a construir serían única y exclusivamente las previstas en la letra c) de la sección 3.1.4. del apéndice técnico parte A y que, en consecuencia, la única variante que debe construir YUMA es la del sector de Bosconia.

Señaló la actora, además, que en la etapa de aclaración de los pliegos de condiciones el INCO aseguró que no se habían contemplado variantes en el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia y que la única prevista era la de Bosconia, afirmación que puede predicarse, en su concepto, de todo el proyecto. Así mismo, la anterior circunstancia fue reconocida por la ANI en la parte considerativa del otrosí No. 7.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Aseguró la convocante que luego de celebrado el CONTRATO la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, le exigió la construcción de 15 variantes adicionales. Sobre este particular, indicó que mediante comunicación 2400-E2-31507 del 23 de junio de 2011 la ANLA le indicó que debía presentar un estudio de diagnóstico de alternativa (en adelante DDA) para varios centros poblados ubicados en el proyecto vial “Ruta del Sol 3: San Roque – Yé de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar”. Como resultado del estudio de los DDA presentados por YUMA, la ANLA profirió los siguientes actos administrativos, en los que impuso la construcción de 15 variantes, adicionales a la inicialmente informa en la etapa contractual y acordada en el CONTRATO, por los pasos poblados que allí se indicaron: Auto 779 del 15 de marzo de 2013; Auto 998 del 11 de abril de 2013; Auto 3016 del 10 de septiembre de 2013; Auto 3223 del 23 de septiembre de 2013; y 491 del 20 de febrero de 2014.

La totalidad de las variantes a construir en el proyecto se resumen en el siguiente cuadro:



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

N°	UBICACIÓN VARIANTE	TIPO DE PERMISO	PERMISO AMBIENTAL	FECHA EXPEDICIÓN	FECHA NOTIFICACIÓN	TRAMO
1	Variante Cuatro Vientos	Licencia Ambiental Recurso de Reposición	Res. 0928	03-08-15	12-08-15	Tramo 2
2	El Difícil	Licencia Ambiental Recurso de Reposición	Res. 1384	14-11-14	26-11-14	Tramo 6 y 7
3	Nueva Granada	Licencia Ambiental Recurso de Reposición	Res. 1384	14-11-14	26-11-14	Tramo 6
4	Plato	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1084	19-09-14	24-09-14	Tramo 6
5	El Bajo	Licencia Ambiental	Res. 296	28-03-14	02-04-14	Tramo 6
6	La Gloria	Licencia Ambiental	Res. 296	28-03-14	02-04-14	Tramo 6
7	Pueblo Nuevo	Licencia Ambiental	Res. 296	28-03-14	02-04-14	Tramo 7
8	Bosconia - Fundación: Var. El Copey	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	30-09-15	01-10-15	Tramo 3
9	Bosconia - Fundación: Var. Loma de Bálsamo	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	01-10-15	01-10-15	Tramo 3
10	Fundación - Ye de Ciénaga: Var. La Gran Vía	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	30-09-15	01-10-15	Tramo 4
11	Fundación - Ye de Ciénaga: Var. La Isabel	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	01-10-15	01-10-15	Tramo 4
12	Fundación - Ye de Ciénaga: Var. Julio Sawady	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	01-10-15	01-10-15	Tramo 4
13	Valledupar - Bosconia: Var. María Angofa	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	30-09-15	01-10-15	Tramo 8
14	Valledupar - Bosconia: Var. Aguas Blancas	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1208	30-09-15	01-10-15	Tramo 8
15	Anillo vial de Bosconia	Licencia Ambiental, Recurso de Reposición	Res. 1037	25-08-15	02-09-15	Anillo vial de Bosconia
16	San Roque	SIN LICENCIA				Tramo 1

Luego de poner de presente algunos apartes del otrosí No. 7, la parte actora concluyó que la ANI ha reconocido su obligación de pagar a YUMA el sobrecosto que genera la construcción de 9 de las 15 variantes ordenadas por la ANLA. Las 6 restantes no las reconoce la ANI, de acuerdo con la parte actora, por una inadecuada interpretación de aquella respecto del alcance del acuerdo de desistimiento bilateral suscrito por las partes en un proceso arbitral anterior. En cualquier caso, afirmó, "...la ANI

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

deberá reconocer la totalidad de los sobrecostos que se generarán por su construcción, pues todas ellas corresponden a un efecto materializado con posterioridad a la suscripción del acuerdo para desistimiento bilateral.

La metodología planteada por la ANI en la letra j de las consideraciones del otrosí No. 7 es calificada por YUMA como abusiva, en tanto que, en su criterio, resulta insuficiente para reconocer el valor real total de las obras, pues la construcción de las obras adicionales supone mayor cantidad de materiales, con sus consecuentes sobrecostos y mayores tiempos a los presupuestados de haber construido pasos poblacionales, que comportan un incremento "...*extraordinario e imprevisible...*" para YUMA y afecta de forma grave el equilibrio económico del CONTRATO.

A continuación, la actora presenta los pasos que comprenden la metodología que, en su criterio, debe adoptarse para el reconocimiento del mayor valor que supone la construcción de los pasos poblados y que corresponden a los planteados en la pretensión declarativa 8 antes transcrita. Aplicada la metodología el valor total del sobrecosto, a precios de diciembre de 2017, asciende a \$493.707.260.438, a la que debe agregarse un valor correspondiente al 2% de la misma por concepto de obligaciones relacionadas con controles técnicos, tareas sociales, gastos bancarios, impuestos y "...*demás actividades en cabeza directa de la Concesionaria*", y que equivaldrían a \$7.874.145.208.77 de diciembre de 2017, así como el monto que corresponda a financiación en el evento en que la forma de pago implique un diferimiento.

La convocante, en relación con las anteriores consideraciones efectuadas, hace una precisión respecto de la variante de San Roque debido a las referencias explícitas que sobre la misma se realizan en el otrosí No. 7.

Precisó, también, que el monto total del sobrecosto a precios de diciembre 2008, que corresponde a la fecha de la oferta, ascienden a la suma de \$355.568.786.775.97, equivalentes al 19.82% del valor del CONTRATO EPC (\$1.794.224.007.353 sin IVA), por lo que, en su criterio, "...*corresponde adicionar al plazo previsto en el CONTRATO, una duración de 11.9 meses de ejecución contractual...*", para la etapa de construcción.

- Hechos relacionados con el desequilibrio económico del CONTRATO en perjuicio de YUMA como resultado de la obligación de construir 15 variantes adicionales.

Luego de poner de presente el contenido de la sección 14.01 del CONTRATO, así como del numeral 3.1.4. del Apéndice Técnico Parte A del mismo, aseguró la convocante que la obligación que para ella era previsible consistió en la realización actividades de obra sobre los pasos poblacionales y que la construcción de 15 variantes adicionales a las contempladas en el CONTRATO por decisión de la ANLA, le generó una obligación que excede y desborda ampliamente el alcance del objeto contractual, así como el riesgo ambiental. En relación con este asunto, precisó:

"...la construcción de las 15 variantes adicionales ordenadas por la ANLA no se encuentra incluida dentro del alcance contractual y por tanto no fue valorada ni tomada en cuenta por

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

YUMA al momento de presentar su oferta. Así, teniendo en cuenta que la construcción de las variantes exige la construcción de dos vías nuevas, y considerando además que el pliego de condiciones solo contempló una sola variante, su ejecución excede a todas luces el objeto contractual y genera unos sobrecostos y riesgo extraordinario que YUMA no está en la obligación de asumir.

- Hechos relacionados con el Otrosí no. 4 al CONTRATO y el desistimiento de las parte del anterior Tribunal Arbitral.

Luego de poner de presente algunos de los eventos que entiende como antecedentes de la suscripción del otrosí No. 4 del 17 de abril de 2015 al CONTRATO de concesión No. 007 de 2010, ciertas consideraciones consignadas en tal documento contractual, así como de las suscitadas por las partes en el documento de desistimiento bilateral presentado ante un tribunal arbitral anterior, la convocante considera que no desistió y conserva su derecho de acudir al juez del CONTRATO para presentar reclamaciones sobre: (i) las afectaciones derivadas de cualquier casusa y/o hecho no reclamados en el proceso arbitral; (ii) las afectaciones que continúen y/o se vuelvan a presentar y/o se materialicen con posterioridad al 17 de abril de 2015 derivadas de las causas y/o hechos reclamados en el proceso arbitral; y (iii) las afectaciones que se materialicen y/o afectos que se generen con posterioridad al 17 de abril de 2015 por las causas y/o hechos reclamados en el proceso arbitral.

Con fundamento en lo anterior, concluyó:

De conformidad con la cláusula citada y los argumentos expuestos en este acápite, se concluye que las Partes excluyeron de forma expresa los eventos como el que da lugar a las pretensiones de esta demanda, esto es la construcción de las 15 variantes que se materializan con posterioridad al documento de desistimiento, por lo cual la ANI deberá reconocer la totalidad de los sobrecostos que se generen por todas las circunstancias explicas en los anteriores hechos de la Reforma de la Demanda.

1.3.6. Contestación de la demanda reformada

El 20 de marzo 2018, en término, la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda⁵ en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, propuso excepciones de mérito y objeto e juramento estimatorio. De las dos últimas se surtió traslado a la parte demandante por Auto No. 12 del 22 de marzo de 2018, quien se pronunció mediante escritos radicados el 3 de abril siguiente.

1.3.6.1. Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda reformada

La convocada realizó una manifestación genérica de oposición a las pretensiones formuladas por YUMA en su demanda reformada, la cual sustentó, también en términos generales, en que "...su reclamación está fundamentada en hechos que le corresponde asumir de acuerdo con la asignación de riesgo del CONTRATO y porque los daños alegados ni siquiera han ocurrido".

⁵ Cdo. ppal. Fls. 629-692



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.3.6.2. Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda reformada

La convocada hizo referencia a cada uno de los hechos de la demanda reformada, en su mismo orden, y en relación con los mismos realizó manifestaciones de aceptación, negación, precisión y refutación.

1.3.6.3. Excepciones propuestas por la demandada y pronunciamiento de la demandante⁶

Antes de proponer cada una de las excepciones de fondo contra las pretensiones de la demanda, fueran expuestas las denominadas “razones de defensa de la parte convocada”, entre las que se encuentran referencias a:

- Deber precontractual de información: Refiere la convocada a la obligación de los proponentes de verificar, por sus propios medios, la información que puso a su disposición la entidad condecete (numeral 1.8.3 y 1.10 del pliego de condiciones). Aseguró que los hechos de la demanda son dicientes en cuanto a la actitud negligente del proponente que no verificó con la debida atención las condiciones y alcances del proyecto que ofertó.
- Asignación de riesgos del CONTRATO: Luego de señalar aspectos generales en relación con la distribución de riesgos contractuales y del equilibrio económico del CONTRATO, la convocante hizo referencia a lo que sobre este particular señalaron los estudios previos de la licitación pública que culminó con la celebración del CONTRATO, así como a lo pactado en este último. Indicó que “...el pliego de condiciones reguló la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles; que las partes debieron revisar la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva; que según la Sección 14.02 del CONTRATO todos los efectos derivados de los riesgos inherentes a la ejecución de la concesión son asumidos por el concesionario; que por ello está obligado a asumir la carga pecuniaria que ellos comporten, sin que pueda solicitar ningún tipo de compensación o ajuste; y que con las situaciones endilgadas por la parte actora no se están cambiando las condiciones del CONTRATO”.
- Licenciamiento ambiental: La convocante hizo mención a la regulación sobre las licencias ambientales.
- Diagnóstico ambiental de alternativas: Luego de mencionar el marco legal que consideró procedente, la convocada indicó que la legislación ambiental establece la obligatoriedad de solicitar un pronunciamiento de la Autoridad Ambiental en relación con la necesidad de realizar el diagnóstico ambiental de alternativas cuanto sea necesaria una licencia ambiental para la ejecución del proyecto. Agregó que se presumía que el concesionario conocía los estudios ambientales a

⁶ En el presente apartado se realizará una síntesis de las excepciones propuestas por la ANI en la contestación a la demanda reformada y, enseguida, se incluirán las manifestaciones que sobre dichas excepciones realizó la demandante mediante escrito del 3 de abril de 2018, el cual reposa en el cuaderno principal No. 2, folios 35 a 62.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

realizar de acuerdo con la legislación vigente y el marco contractual e indicó el concesionario fue el encargado de presentar, por su cuenta y riesgo, las alternativas que, de acuerdo con su conocimiento y experticia de ajustaban a lo que le fue requerido por la Autoridad Ambiental

- Interpretación de las cláusulas contractuales: Indicó la convocada que el 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 renegociar precios o a reclamar mayores costos o perjuicios no sujetos a reparación.

A continuación se enuncian las excepciones propuestas por la ANI, así como las manifestaciones efectuadas por la convocante respecto de las mismas:

- “La información entregada en la Licitación Pública era a título informativo”

Para la ANI el convocante la parte actora no acreditó en el presente caso, que las reglas establecidas por la concedente en el pliego de condiciones y la información adicional que les fue suministrada a los oferente, hubieran determinado bien que este oferente en particular no pudiera formular su oferta de manera clara y completa, bien que la oferta más favorable no hubiera sido seleccionada de manera objetiva”.

La convocante, en relación con la excepción formulada, observó que de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas tienen la obligación de suministrar a los interesados en los procesos de selección la información veraz, responsable ecuaníme, suficiente y oportuna sobre el proyecto que se pretenda licitar, obligación se regula, también en el decreto 2474 de 2008 (artículo 3), vigente para la época de celebración del CONTRATO.

De las normas puestas de presente por la actora, concluye que toda la información, estudios y documentos que suministran las entidades públicas contratantes a los proponentes conforman los denominados estudios y documentos previos y que, por ende, estos son vinculantes para las entidades, por lo que no puede considerarse, como lo pretende la ANI, que la información suministrada en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 sea a título informativo. De lo anterior se deriva, también, que la ANI responde por la suficiencia, corrección y veracidad de la información frente a los proponentes

- “Falta de debida diligencia en la obligación de verificación de la información de proyecto”

Adujo la convocada que de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones si los proponentes consideraban que no tenían toda la información necesaria para evaluar las obligaciones y los riesgos del CONTRATO debían abstenerse de presentar la propuesta, ya que la presentación de la propuesta implicaba la aceptación de dichas obligaciones y riesgos.

En relación con esta excepción, la actora indicó que los documentos puestos a disposición de los oferentes en la etapa precontractual, especialmente los apéndices ambiental y técnico, fueron documentos que sirvieron para la estructuración del proyecto “Ruta del Sol” y YUMA podría otorgarles

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

credibilidad en atención al deber de las entidades públicas de suministrar información veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna en los procesos de contratación, de conformidad con los artículos 8 de la Ley 1150 de 2007, 83 de la Constitución Política y 3 del Decreto 2474 de 2008.

Afirmó, también, con sustento en decisiones arbitrales, cuyos apartes correspondientes transcribió, que la visita al sitio de las obras no puede trasladar al contratista responsabilidades ilimitadas. Bajo estas condiciones considero que no puede alegarse una falta de diligencia de la concesionaria y no era exigible e ella dudar de la información suministrada por la ANI en la etapa precontractual

- “Ir contra el acto propio”

El concesionario conoció la información relevante del proyecto, la minuta del CONTRATO, tuvo la oportunidad de formular preguntas, presentar observaciones y hacer inspección del sitio durante el proceso precontractual. En tal sentido no puede ahora reclamar las consecuencias jurídicas de los riesgos que voluntariamente y expresamente asumió con la suscripción del CONTRATO, queriendo desconocer los efectos de las obligaciones que le corresponden.

Para la ANI, YUMA no empleó el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia esperado de un contratista. No es jurídicamente viable, en consecuencia, que la demandante se rebele contra las consecuencias de sus propios actos”

En relación con esta excepción, la parte actora aseguró que nunca contravino sus actos propios, toda vez que dentro de las obligaciones y riesgos asumidos con el CONTRATO no se encontraba la realización de variantes adicionales a la prevista en la Sección 3.1.4. (c) del apéndice técnico parte A, circunstancia que, en concepto de la actora, aceptó la demandada en la parte considerativa del otrosí No. 7 (consideraciones relativas a la controversia entre las partes respecto a la construcción de variantes, letra A.) Indicó, también, que en la audiencia de aclaración del pliego uno de los proponentes preguntó si se habían contemplado variantes en el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia, a lo cual la entidad contestó negativamente, lo que hace suponer a la actora, además, que si se hubieran contemplado otras variantes en el proyecto, la entidad contratante habría realizado la aclaración correspondiente.

- “La construcción de las variantes es una obligación asumida por el concesionario de acuerdo con la asignación de riesgos de CONTRATO”

Para la convocada desde la licitación que dio origen al CONTRATO, como en el CONTRATO mismo, era claro que en el proyecto Ruta del Sol 3 se requería la construcción de más de una variante y, en su totalidad, a cargo del concesionario.

De la sección 1.01 (nnn) del CONTRATO, la ANI deriva que era claro para las partes la necesidad de construir tantas variantes como centros poblados para evitar el paso por cascos urbanos. La referencia a la variante del municipio de Bosconia contenida en la sección 3.1.4. c) del apéndice técnico – parte A, no limita las obligaciones del concesionario en materia de variantes, lo cual se desprende de lo señalado en los numerales 2.1., 3.1.1., 3.1.3., 3.1.4 .del mismo apéndice técnico. Para la convocada

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

la variante de Bosconia es meramente enunciativa y no taxativa y se debe a su importancia por ser un punto de intersección del tránsito que proviene de Carmen de Bolívar – Valledupar y Santa Marta – San Roque, afectando la línea férrea, para lo que se previó la construcción de 2 puentes.

Agregó la demandada que del Apéndice Ambiental del CONTRATO también se deriva la existencia de más de una variante en el proyecto y la obligación del concesionario de dar cumplimiento a los requerimientos y exigencias de la Autoridad Ambiental en el proceso de licenciamiento, en el cual es frecuente la solicitud de diagnósticos ambientales de alternativas. Puso de presente, en este sentido, el contenido del artículo 56 de la Ley 99 de 1993 y de los artículos 13, 18 y 20 del Decreto 2820 de 2010.

En relación con esta excepción, YUMA indicó que la construcción de 15 variantes adicionales a la única prevista no hace parte de sus obligaciones ni es un riesgo por ella asumido. Para estos efectos, citó el contenido de la sección 3.1.4 (c) del apéndice técnico parte A y la letra nnn de la Sección 1.01 del CONTRATO. Así mismo reiteró que la única variante prevista contractualmente era la del anillo vial de Bosconia y que en audiencia de aclaración de pliegos así fue manifestado por la entidad.

En relación con la asignación de riesgos, la demandante aseguró que ella se realiza en el marco del álea normal de ejecución del CONTRATO y las obligaciones derivadas del mismo y la obligación impuesta por la ANLA de construir 15 variantes adicionales supera cualquier previsión que hubiere podido realizar el concesionario respecto de la obligación inicial de construir pasos poblacionales.

Agregó:

“...si bien en el literal g) de la Sección 14.02 se asignó el riesgo ambiental a cargo de YUMA, lo cierto es que en la matriz de distribución de riesgos del Contrato, la construcción de 15 variantes adicionales la [sic] única variante establecida en el Contrato y los documentos precontractuales no fue prevista como un evento que formara parte del riesgo ambiental asumido por YUMA, por lo cual el Concesionario no debe asumir los sobrecostos y demoras que se derivan de la ejecución de las obras de las referidas variantes adicionales.

Adujo la actora que la construcción de variantes ordenadas por la ANLA no puede ser calificada como a gestión, tramitación u obtención de un permiso o licencia ambiental como lo afirma la ANI en la contestación de a la reforma de la demanda, pues su construcción no fue prevista por la ANI y, reiteró, supera el álea normal de la ejecución del CONTRATO. Aclaró que el hecho de haber presentado los DAA exigidos por la ANLA no supone que YUMA deba asumir los sobrecostos derivados de las órdenes impartidas por la autoridad ambiental. Sobre este particular precisó:

Así las cosas, es claro que: 8(i) YUMA sólo se limitó a cumplir con las obligaciones ambientales derivadas del Contrato, entre ellas, la señalada por el artículo 18 del Decreto 2820 de 2010, norma que establece que el interesado en obtener licencia ambiental deberá formular petición por escrito dirigida a la autoridad ambiental competente, en la cual solicitará que se determine si el proyecto, obra o actividad

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

requiere o no de la elaboración y presentación del DAA, y que (ii) fue la ANLA, y no YUMA, quien decidió que era obligatorio la elaboración de un DAA y, a su vez, fue dicha entidad ambiental quien ordenó a YUMA la construcción de las variantes adicionales.

- “Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI”

Afirmó 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 en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

Por su parte, la convocante indicó que lo afirmado por la ANI en la contestación no puede considerarse como una excepción de mérito, pues no se opone a la prosperidad de ninguna de las pretensiones de la demanda y aclaró que la responsabilidad contractual del Estado no solo se puede fundar en el incumplimiento de sus obligaciones, sino también por la ocurrencia de un riesgo a su cargo, la configuración de un evento desequilibrante de la relación contractual o la estructuración del supuesto de hecho revisto en una norma jurídica que contempla la responsabilidad de la entidad estatal.

En relación con este aspecto, YUMA aseguró:

La controversia puesta en conocimiento del Honorable Tribunal no se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de la ANI, como parece entenderlo esta entidad, sino de otras causas que se refieren a conceptos diferentes al incumplimiento.

En efecto, en el presente caso YUMA sometió a consideración del Tribunal Arbitral el estudio y decisión de varios aspectos relacionados, no solo con las disposiciones contractuales y de los Pliegos de Condiciones que hoy la ANI pretende desconocer, si no también aspectos relacionados con la ocurrencia de un riesgo extraordinario no previsto por la obligación que surgió para YUMA de construir 15 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-011-010, sus aclaraciones y el Contrato, el consecuente desequilibrio económico del Contrato y la ocurrencia de un daño futuro cierto en perjuicio de YUMA, entre otras declaraciones y condenas

- “Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios”

Para la demandada no procede la reparación de daños pretendida por YUMA, pues los derechos pretendidos no existen, teniendo en cuenta que se desprenden de los efectos del riesgo que asumió cuando celebró el CONTRATO. Adicionalmente, 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. Finalmente, aseguró que el concesionario demandó por unos perjuicios que

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

aún no se le han causado ya que no ha empezado con la construcción de las variantes, es decir, el daño no cumple con los requisitos para ser indemnizado, pues no es cierto ni determinado.

El demandante aseguró, en relación con esta excepción, que los sobrecostos y perjuicio alegado existen y fueron demostrados con las pruebas allegadas al proceso. Advirtió, también, que la imposición de construir 15 variantes adicionales a la única pactada supera cualquier previsión que hubiera podido realizar el concesionario. Agregó, reiterando lo señalado respecto de la excepción anterior, que el asunto sometido al H. Tribunal no guarda relación con el incumplimiento de las obligaciones contractuales y/o legales de la NI, sino con la ocurrencia de un riesgo extraordinario cuyas consecuencias no debe soportar la concesionaria. Finalmente indicó que los perjuicios reclamados constituyen un daño futuro cierto, pues solo falta el transcurso del tiempo para que el aludido daño se materialice, es decir, para que YUMA deba construir las 15 variantes adicionales a la única prevista en el CONTRATO y los documentos precontractuales.

- "No se ha roto el equilibrio financiero del CONTRATO"

Luego de hacer mención a la sección 14 del CONTRATO, aseguró la convocada que el CONTRATO fue claro en asignar al particular los riesgos, sin posibilidad de que resulte procedente atender reclamaciones formuladas por el Concesionario con el fin de obtener amparo, con fundamento en el acaecimiento de una circunstancia comprendida dentro del concepto de variantes.

Luego de transcribir un aparte del Capítulo XIV del CONTRATO, la convocante manifestó, en relación con esta excepción, que el equilibrio del CONTRATO está compuesto por (i) las obligaciones asumidas por las partes; (ii) los riesgos expresamente asignados a las partes; y (iii) por los riesgos normales que involucran la ejecución del CONTRATO. Agregó que de acuerdo con la sección 14.02 del CONTRATO, le fueron asignados al concesionario los riesgos derivados de los efectos favorables y desfavorables de las obligaciones ambientales y de gestión social y que la imposición de construir 15 variantes adicionales supera cualquier previsión que hubiera podido realizar el Concesionario, construcción que no estaba prevista ni en los documentos precontractuales ni en el CONTRATO, pues la única variante a construir en el proyecto era la correspondiente al anillo vial de Bosconia.

Indicó la demandante que en la matriz de distribución de riesgos del CONTRATO, la construcción de 15 variantes adicionales no fue prevista como un evento que formara parte del riesgo ambiental normal asignado a YUMA, por lo cual no está en la obligación de soportar los sobrecostos y demoras que se deriven de la ejecución de las obras de las referidas variantes adicionales.

Agregó la convocante que la ANI en el otrosí No. 7 reconoció su obligación de pagar el sobrecostos que se genere por la construcción de 9 de las 15 variantes ordenadas por la ANLA, sin perjuicio del pago de la totalidad de los sobrecostos por las 15 variantes.

- "Existencia de cosa juzgada respecto de las variantes que fueron ordenadas por la ANLA con anterioridad al desistimiento presentado por las partes en el año 2015"

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Sin perjuicio de lo manifestado en relación con los riesgos en cabeza del concesionario, para la convocada existe cosa juzgada sobre las variantes ordenadas por la ANLA con anterioridad a la aceptación del desistimiento por parte del Tribunal Arbitral anterior realizada mediante acta No. 23 del 4 de mayo de 2015, teniendo en cuenta que en la Demanda Reformada de ese Tribunal, la Convocante había reclamado a la ANI por la construcción de 13 variantes ordenadas por la ANLA...”

La demandante, frente a esta excepción, realizó el siguiente recuento:

YUMA; mediante comunicación YC-CRT-26079 con radicado ANI No. 2015-409-020953 de 14 de abril de 2015, manifestó la necesidad de realizar una modificación al Contrato y al Plan de Obras. En razón de lo manifestado por YUMA en la referida comunicación, la Interventoría del concepto favorablemente respecto de la suscripción del Otrosí No. 4.

El 17 de abril de 2015, las Partes convinieron en desistir bilateralmente del trámite arbitral que tenía por objeto la controversia concretamente identificada en la demanda arbitral presentada el 19 de septiembre de 2013, en la reforma arbitral presentada el 19 de febrero de 2013, y la demanda de reconvenición y sus respectivas contestaciones. Así, las Partes suscribieron el Otrosí No. 4 simultáneamente con la presentación del desistimiento bilateral del trámite arbitral, debido a la necesidad de implementar medidas tendientes a superar las dificultades en la ejecución del contrato.

Es importante aclarar que el desistimiento bilateral se realizó única y exclusivamente en los términos, condiciones y efectos consignados en el memorial que se presentó ante el Tribunal de Arbitramento el 17 de abril de 2015:

(...)

De acuerdo con lo anterior, a la fecha de presentación del memorial de desistimiento ante al [sic] Tribunal de Arbitramento y la suscripción del Otrosí No. 4, no se habían materializado los efectos de la orden impartida por la ANLA de construir las variantes adicionales del Proyecto, ni el número total de las mismas. Es por esta razón que las Partes fueron claras al señalar que el desistimiento radicado se limitaba única y exclusivamente a aquellos efectos que hasta la fecha de firma del mismo se haberse materializado y reclamad.

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

En efecto, en la reforma de la demanda presentada ante el Tribunal Arbitral (anterior a este), YUMA, en las pretensiones declarativas de dicho escrito, solicitó lo siguiente:

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

“Pretensión Décima Novena:

Que se declare que, según lo señalado en la Sección 3.2.1. (c) del Apéndice Técnico Parte A del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 y en el literal (nnnn) de la Sección 1.01 del Contrato de Concesión No 0077 de 201, Yuma Concesionaria S.A. sólo debía considerar una (1) variante

Pretensión Vigésima:

Que se declare que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, luego de la celebración del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, ha exigido a YUMA Concesionaria S.A., hasta la fecha de presentación de la Reforma de la Demanda Arbitral, la construcción de trece (13) variantes adicionales”.

Esto es YUMA en la demanda y en la reforma de la demanda presentadas en el proceso arbitral anteriores a éste, buscaba una declaración sobre el número de variantes que debía construir de acuerdo con el pliego, no reclamaba el pago de daño alguno por este concepto, pues tal como se ha señalado, no se habían materializado los efectos de la orden impartida por la ANLA.

(...)

Así mismo, en la cláusula 89ª del referido Otrosí No. 4 al Contrato se estableció que:

“(…) CLÁUSULA OCTAVA.- La suscripción del presente Otrosí no implica para EL CONCESIONARIO ni para LA AGENCIA la renuncia de sus derechos, obligaciones, acciones o reclamaciones futuras frente a la ejecución del Contrato de Concesión 007 de 2010.

Las anteriores consideraciones llevaron a concluir a la demandante los efectos de las órdenes impartidas por la ANLA solo se materializarán al momento en que YUMA deba iniciar la construcción o efectivamente construya cada una de las variantes adicionales, es decir, con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 4 y a la presentación del desistimiento acordado por las Partes y, en tal sentido, es claro que esta circunstancia fue excluida de manera expresa del desistimiento presentado ante el Tribunal Arbitral.

- “Excepción genérica”

2. CONSIDERACIONES

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

El suscrito representante del Ministerio Público encuentra reunidos los presupuestos procesales que permiten falla el mérito de la presente litis por parte del Tribunal de Arbitraje, referidos a: (i) la competencia del Tribunal para conocer del presente asunto, pues el conflicto sometido a su consideración se enmarca dentro de lo previsto en la cláusula compromisoria pactada en el CONTRATO de concesión No. 007 de 2010 y, en todo caso, no resulta violatorio de la ley en tanto se concreta en temáticas de contenido económico y de carácter disponible; (ii) la pertinencia de la acción incoada de controversias contractuales y la oportunidad para su ejercicio, pues el CONTRATO de concesión se encuentra vigente; y (iii) la legitimación en la causa de ambos extremos procesales, los que han acudido por intermedio de sus representantes legales y apoderados judiciales debidamente acreditados y constituidos.

Sobre el numeral (i) antes indicado, esto es, el marco competencial con el que cuenta el H. Tribunal para conocer del presente proceso, debe ser considerada la excepción de cosa juzgada propuesta por la convocante, asunto en relación con el cual nos referiremos en el numeral 2.4.1 *ut infra*.

2.2. SÍNTESIS DEL CASO

Sin perjuicio los problemas jurídicos que, en consideración del Ministerio Público, deben ser desatados para efecto de resolver las pretensiones y excepciones formuladas por las partes procesales tanto en la reforma a la demanda principal reformada su contestación, a continuación se realiza una síntesis de la litis que ha sido planteada ante el H. Tribunal, la cual, en general, se concentra en el siguiente asunto:

La convocante considera que de acuerdo con lo previsto en los estudios y documentos previos que antecedieron a la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 abierta por el INCO (hoy ANI) mediante Resolución No. 106 del 10 de marzo de 2010, los pliegos de condiciones que rigieron dicho proceso y lo pactado en el CONTRATO de concesión No 007 de 2010 (incluidos sus apéndices y anexos), solo está en la obligación contractual de construir la variante señalada en el numeral 3.1.4.(c) del Apéndice Técnico – Parte A, descrita en los siguientes términos:

3.1.4 Características funcionales

Se recogen a continuación los principales elementos relacionados con la funcionalidad y operación requeridos para este Sector.

(...)

(c) Variantes de Población

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

Cuadro 4. Variantes de Población

Variante	Descripción	Ramal	Inicio		Final	
			PR inicio	Ruta	R Final	RI

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Bosconia	Se conforma como anillo vial con intersecciones tipo glorieta para los cruces hacia Santa Marta, Cartagena, Valledupar y Bogotá.	Bogotá - Cartagena	-	85+600	4516	24+000	8003
		Cartagena - Santa Marta	-	24+000	8003	3+000	4517
		Santa Marta - Valledupar	-	3+000	4571	28+100	8003
		Valledupar - Bogotá	-	28+100	8003	85+600	4516

Lo anterior, toda vez que, luego de iniciada la ejecución del CONTRATO.-en la fase preconstructiva- como producto de los trámites ambientales a su cargo, la Autoridad Ambiental le impuso la construcción de 15 variantes de población no previstas en los documentos contractuales vinculantes, los cuales solo advertían sobre la necesidad de realizar duplicaciones de vía en esos pasos poblacionales.

Para la convocante, en consecuencia, la decisión de la Autoridad Ambiental le resulta imprevisible, extraordinaria y ajena, que implica una ruptura del equilibrio económico del CONTRATO que no está llamada a soportar.

En consecuencia de lo anterior, YUMA considera que las 15 variantes de población deben ser consideradas como obras adicionales cuyo costo le debe ser reconocido de acuerdo con una metodología que solicita al H. Tribunal adoptar.

La ANI, por su parte, considera las variantes de población cuya construcción ordenó realizar la Autoridad Ambiental son de cargo del Concesionario, pues esa circunstancia está prevista en los documentos contractuales vinculantes, por manera que, además, no le era imprevisible y, en todo caso, constituye un riesgo a su cargo. Indicó, además, que los presuntos daños alegados por la convocante carecían de certeza y actualidad y, por lo mismo, no eran indemnizables.

Aseguró la ANI, también, que producto del desistimiento bilateral del 17 de abril de 2015, presentado por YUMA y la ANI ante el Tribunal de Arbitraje constituido en el año 2013 para resolver unas controversias entre las mismas partes y respecto del mismo CONTRATO, aceptado mediante auto No. 30 del 5 de mayo de 2015, se derivó una cosa juzgada respecto de las variantes que para esta última fecha se encontraban con licencia ambiental.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

En concepto de este agente del Ministerio Público, corresponde al Tribunal Arbitral resolver los siguientes problemas jurídicos:

- **Primer problema jurídico:** ¿El desistimiento bilateral del 17 de abril de 2015, presentado por YUMA y la ANI ante el Tribunal de Arbitraje constituido en el año 2013 y aceptado mediante auto No. 30 del 5 de mayo de 2015, implica una cosa juzgada entre las partes respecto de las variantes que para esta última fecha se encontraban con licencia ambiental?

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- **Segundo problema jurídico:** ¿Las 15 variantes de población cuya construcción impuso la Autoridad Ambiental en el trazado del proyecto objeto del CONTRATO no estaban prevista en el mismo o constituyen un riesgo extraordinario para el concesionario y, por tanto, deben ser consideradas como obras adicionales que deben ser remuneradas independientemente al concesionario o compensadas como un evento constitutivo de la teoría de la imprevisión?

2.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.4.1. Primer problema jurídico

¿El desistimiento bilateral del 17 de abril de 2015, presentado por YUMA y la ANI ante el Tribunal de Arbitraje constituido en el año 2013 y aceptado mediante auto No. 30 del 5 de mayo de 2015, implica una cosa juzgada entre las partes respecto de las variantes que para esta última fecha se encontraban con licencia ambiental?

El desistimiento se encuentra regulado en el artículo 314 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

Desistimiento de las pretensiones. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo.

(Se destaca)

Frente a la disposición transcrita, resulta de interés destacar, en primer lugar, que el desistimiento constituye un acto procesal con profunda incidencia en el derecho sustancial, en la medida que comporta un acto de disposición del derecho subjetivo renunciante materia de la litis, pues su consecuencia principal es la de generar los mismos efectos que una sentencia absolutoria; supone, en concreto, la renuncia del derecho pretendido.

El desistimiento requiere, además, que la relación jurídico-procesal se encuentre en firme pero no se haya resuelto definitivamente y, por tanto, requiere que el demandado se encuentre notificado y se produzca con antelación a que se haya proferido sentencia.

Para que los efectos extintivos del desistimiento se presenten luego de su aprobación por el juez, requiere que sea total e incondicional, pero puede presentarse –y es lo que interesa al presente litigio– que el desistimiento sea condicionado y, en tal hipótesis tendrá que ser “...*bilateral y tiene el carácter de una transacción, por lo que necesita el consentimiento de todas las partes si versa sobre toda la demanda y es hecho por todos los demandantes; o por el demandante que lo haya y los demandados si hay varios demandantes*”⁷.

Dado que la disposición que regula el desistimiento permite que se presente un “*acuerdo de las partes*”, la doctrina calificada sobre la materia afirma que cuando se presente un desistimiento bilateral o condicionado “...*se está frente a una modalidad de transacción y en otros a pactos o acuerdos procesales que le ponen fin al proceso pero que en estricto sentido no son desistimiento*”⁸.

Por su pertinencia para el presente asunto, el autor que se acaba de dejar en cita precisa pone de presente las diferencias que existe entre el desistimiento y la transacción, en los siguientes términos:

1. El desistimiento es unilateral, salvo las precisas excepciones legales. La transacción siempre es bilateral.

⁷ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*. Tomo I. Decimotercera edición. Dike editores. Medellín. 1994. Pp. 584, quien agrega: “Cuando el desistimiento es conjunto, respecto de la demanda principal y de la reconvencción si existe, y cuando se sujeta a condiciones, en realidad hay una transacción total o parcial, según se refiera a la totalidad o a parte de aquellas”.

⁸ López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil*. Tomo 1 general. Undécima edición. Bogotá. 2012, pp. 1041.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2. El desistimiento implica la renuncia a la totalidad de las pretensiones y al derecho que sirve de apoyo a ellas. La transacción implica siempre una renuncia mutua y parcial, se renuncian derechos de parte y parte.

3. La transacción genera efectos de cosa juzgada sobre las bases de lo acordado. El desistimiento genera efectos de cosa juzgada sobre las bases de negativa total a las pretensiones de la demanda idéntica a sentencia absolutoria.

“4. El desistimiento es por excelencia un acto procesal, la transacción es esencialmente extraprocesal, de raigambre sustancial, con consecuencias en el proceso.

“5. En la transacción siempre se debe dar cuenta de los términos de ella, en el desistimiento no se requiere de ninguna explicación⁹.

Pues bien, fijado el marco normativo e interpretativo del alcance del desistimiento regulado por el estatuto procesal, conviene ahora poner de presente el contenido del desistimiento bilateral presentado por las partes el 17 de abril de 2015, el cual es del siguiente tenor¹⁰:

“...mediante el presente escrito manifestamos al H. Tribunal que, por razones de prevalencia del interés general, de garantizar la continuidad, mejor presentación del servicio público y la ejecución del objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, teniendo en cuenta el artículo 314 del Código General del Proceso, **hemos convenido en desistir bilateralmente del trámite arbitral** que tiene por objeto la controversia concretamente identificada en la demanda arbitral, la reforma de la demanda, la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones, **única y exclusivamente en los términos, condiciones y efectos que se señalan a continuación:**

Las partes acuerdan desistir bilateralmente de las pretensiones de la demanda arbitral, la reforma de la demanda, la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones **en el entendido, limitado y condicionado a aquellos efectos que hasta la fecha de la firma de este documento se han materializado y reclamado en las pretensiones declarativas y condenatorias de dichas demandas y contestaciones, en los términos y condiciones establecidos en el presente documento.** Las partes, para efectos de la ejecución del presente desistimiento bilateral, acuerdan y hacen constar que, a partir de la firma de este documento tienen y conservan el derecho de someter al juez del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, la decisión de controversias que tengan por objeto o se hallen relacionadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del referido Contrato, sus efectos y alcances, bajo el entendimiento de que **no desisten ni renuncian a sus derechos de obtener del Juez del Contrato decisiones o interpretaciones del mismo, ni abandonan ni renuncian a las posiciones**

⁹ Ob. cit. Pps. 1045-1046.

¹⁰ Cuaderno principal 1, folio 704



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

interpretativas del Contrato contenidas en la demanda, reforma de la demanda y demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones, de tal manera que sobre ellas **no hay efectos de cosa juzgada**, dejando así a salvo su derecho de acción en caso de que: (i) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral se materialicen y/o generen efectos derivados de cualquier causa y/o hecho **no reclamados** en la demanda arbitral, la reforma de la demanda y la demanda de reconvencción y su respectivas contestaciones y que altere el equilibrio del Contrato de Concesión No. 007 de 2010 y/o (ii) con posterioridad a la firma del presente documento de desistimiento bilateral, se materialicen y/o generen efectos por las causas y/o hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones. Las partes acuerdan que hacen parte integral de este documento los textos íntegros de la demanda arbitral, su reforma y la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones. Por lo anterior, las partes acuerdan que, de forma simultánea con la suscripción del presente desistimiento bilateral presentarán ante el Tribunal Arbitral, una solicitud conjunta de terminación del proceso arbitral.

Concomitantemente a la presentación del desistimiento, las partes también suscribieron el otrosí No. 4 del 17 de abril de 2015 al CONTRATO, en cuyos apartes relevantes se indicó:

Consideraciones

(...)

13. Que las PARTES suscribieron simultáneamente con el presente Otrosí, escrito de desistimiento bilateral del trámite arbitral que tiene por objeto la controversia concretamente identificada en la demanda arbitral, la reforma de la demanda, la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones.

(...)

18. Que, el presente Otrosí se suscribe partiendo de que los plazos y condiciones consignados en la programación de obras corresponden a estimados del Concesionario en función de las causas que dan lugar al mismo, particularmente aquellas consignadas en las comunicaciones citadas en los considerandos previos del presente Otrosí, sumado al hecho de que las partes han suscrito y radicarán ante el Tribunal de Arbitramento existente entre las partes, memorial conjunto de desistimiento de las pretensiones incoadas en las respectivas demanda arbitral, reforma de la demanda y demanda de reconvencción, en los términos y condiciones establecidos en dicho desistimiento bilateral.

(...)

Acuerdan

CLÁUSULA SÉPTIMA.- RIESGOS: Mediante el presente documento no se modifica la asignación de los riesgos asumidos tanto por EL CONCESIONARIO, como por LA



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

AGENCIA, de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión No. 007 de 2010. Por tanto se mantiene la misma asignación de la matriz de riesgos prevista en la Sección 14 del Contrato de Concesión, y no se pactan obligaciones contingentes adicionales para la ANI.

CLÁUSULA OCTAVA.- La suscripción del presente Otrosí no implica para EL CONCESIONARIO no para LA AGENCIA la renuncia de sus derechos, obligaciones, acciones o reclamaciones futuras frente a la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA.- LAS PARTES acuerdan que el presente Otrosí solamente surtirá efectos cuando se produzca la aprobación del desistimiento bilateral suscrito por las partes de forma simultánea con el presente documento y que será presentado ante el Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores JUAN PABLO CÁRDENAS, HERNANDO YEPES ARCILA Y GABRIEL JAIME ARANGO.

Y en el texto de la demanda reformada que se presentó ante el Tribunal Arbitral ante el cual se presentó el desistimiento bilateral, se resaltan las siguientes pretensiones:

“Pretensión Décima Novena:

Que se declare que, según lo señalado en la Sección 3.2.1. (c) del Apéndice Técnico Parte A del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 y en el literal (nnnn) de la Sección 1.01 del Contrato de Concesión No 0077 de 201, Yuma Concesionaria S.A. sólo debía considerar una (1) variante.

Pretensión Vigésima:

Que se declare que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, luego de la celebración del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, ha exigido a YUMA Concesionaria S.A., hasta la fecha de presentación de la Reforma de la Demanda Arbitral, la construcción de trece (13) variantes adicionales”.

Pues bien, de todo cuanto se ha indicado y transcrito, en primer lugar debe destacarse que, tal como lo precisa la doctrina que dejó citada, en puridad, nos encontramos ante una transacción a la que arribaron las partes, cuyo elemento cardinal (*essentialia negotia*) es la renuncia mutua de derechos¹¹ y

¹¹ Código Civil, artículo 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

que los efectos de cosa juzgada de ella se derivan¹² deben estimarse no solo bajo la óptica del acto mismo de desistimiento, sino, también, a la luz del contenido del otrosí No. 4 al CONTRATO.

Revisado el contenido del otrosí No. 4, se advierte, por una parte, que ninguna referencia explícita se hizo en relación con la construcción de variantes y que, al contrario, se dejaron a salvo los derechos, obligaciones, acciones o reclamaciones futuras frente a la ejecución del CONTRATO, así como la distribución de riesgos pactada. Así mismo, la eficacia del documento contractual modificatorio se sujetó a la aprobación del desistimiento bilateral formulado.

En cuanto al contenido de las pretensiones de la demanda presentada por YUMA, se observa que las mismas pretenden que se declare que el Concesionario solo debía considerar la construcción de 1 variante y que la concedente había exigido la construcción de 13 más.

Respecto al contenido del desistimiento, si bien no goza de la perspicuidad deseable para un acto de la relevancia que el mismo comporta, se observa que con él las partes se reservaron la facultad de reclamar en juicio todos aquellos efectos que a la fecha de su firma no se hubiesen materializado, valga decir, situaciones en ciernes de consumarse o consolidarse.

Ahora, verificado el contenido de las pretensiones de la demanda que ocupa la atención del H. Tribunal y confrontada con aquellas relevantes de la demanda desistida, no se advierte una similitud sustancial entre las mismas, pues ahora la convocante busca que sea declarada la existencia de un "riesgo extraordinario" que ha ocasionado una ruptura del sinalagma negocial, por cuenta de la exigencia de la Autoridad Ambiental de construir 15 variantes que considera no incluidas dentro del alcance de sus obligaciones. Parejo con esto, tal como se indicó en precedencia, tampoco se advierte que dentro del otrosí No. 4 se hubiere pactado estipulación alguna relacionada con esa temática y que permitiera asegurar una transacción total o parcial sobre tal circunstancia.

En relación con el argumento de la convocada, conforme con el cual, la expedición de las licencias ambientales respecto de algunas variantes implicaría la consolidación (*materialización* en palabras del desistimiento bilateral) de los efectos objeto del conflicto, baste precisar que tales licencias tan solo son, a la luz del artículo 50 de la Ley 99 de 1993, autorizaciones "...para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada" y, por lo mismo, desde la óptica de la convocada, no comportarían la concreción de la obligación de construcción por ella repudiada en el presente trámite arbitral. En cualquier caso, no existe evidencia, la cual debió ser aportada por la convocada, de que para la fecha del desistimiento bilateral ya se había iniciado o culminado la construcción de una o varias de tales variantes, lo que refuerza la afirmación de la ausencia de materialización de los efectos a los que alude el desistimiento bilateral.

¹² Código Civil, artículo 2483. La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Por lo demás, los argumentos expuestos por la convocada para alegar la cosa juzgada resultan contradictorios con otros medios de defensa expuestos en este trámite, particularmente el relacionado con su excepción de mérito denominada "*Falta de prueba de la existencia y la cuantía de los pretendidos perjuicios*", conforme con la cual se ha demandado por unos perjuicios que aún no se han causado, ya que no se ha empezado la construcción de las variantes.

Por lo de que se deja indicado, entonces, para esta agencia del Ministerio Público la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, en el entendido que el desistimiento bilateral del 17 de abril de 2015, presentado por YUMA y la ANI ante el Tribunal de Arbitraje constituido en el año 2013 y aceptado mediante auto No. 30 del 5 de mayo de 2015, no tiene efectos de cosa juzgada entre las partes respecto de las variantes que para esta última fecha se encontraban con licencia ambiental y, en ese sentido, el H. Tribunal cuenta con la competencia suficiente para pronunciarse sobre ese particular.

2.4.2. Segundo problema jurídico

¿Las 15 variantes de población cuya construcción impuso la Autoridad Ambiental en el trazado del proyecto objeto del CONTRATO no estaban prevista en el mismo o constituyen un riesgo extraordinario para el concesionario y, por tanto, deben ser consideradas como obras adicionales que deben ser remuneradas independientemente al concesionario o compensadas como un evento constitutivo de la teoría de la imprevisión?

En primer lugar, se realizarán algunos planteamientos teóricos **(A)** y, seguidamente, se realizará un recuento del material probatorio obrante en el expediente **(B)**, para, finalmente, presentar el concepto del Ministerio Público en relación con el problema jurídico planteado, sustentado en la discusión planteada por las partes, los hechos relevantes que se advierten probados y los planteamientos teóricos efectuados.

A manera de contextualización sobre los planteamientos teóricos que enseguida se exponen y la razón de ser de los mismos, debe advertirse que, desde esta vista fiscal, la resolución del problema jurídico planteado supone considerar los siguientes supuestos, con los cuales se dará amplia respuesta al problema jurídico planteado:

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

En cambio, sí con las pruebas aportadas se demuestra que la construcción de las 15 variantes de población estaba previstas, la construcción deberá realizarla el concesionario con cargo a la remuneración inicialmente pactada.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2. Sin embargo, si con el material probatorio se demuestra que la imposición de la construcción de las 15 variantes de población constituye un evento riesgo extraordinario y anormal que, además, ocasionó un desequilibrio económico del CONTRATO, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos de la teoría de la imprevisión y, de quedar acreditados, la consecuencia sería reconocer compensar al contratista hasta punto de no pérdida.

Debe precisarse, también, que en el análisis de los asuntos relativos a la solución del problema jurídico planteado, se descartará, *ab initio*, el estudio del incumplimiento del CONTRATO por parte de la ANI, pues, no obstante que una de las excepciones propuestas por ella está dirigida a verificar que ajustó su comportamiento a las obligaciones legales y contractuales que le eran exigibles, del contenido de las pretensiones formuladas y de los supuestos fácticos que las sustentan, no se advierten alegaciones relacionadas con el incumplimiento del CONTRATO. Es más, tal como se indicó en el apartado de antecedentes del presente concepto, sobre la excepción propuesta por la ANI, YUMA aseguró:

La controversia puesta en conocimiento del Honorable Tribunal no se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales por parte de la ANI, como parece entenderlo esta entidad, sino de otras causas que se refieren a conceptos diferentes al incumplimiento.

En efecto, en el presente caso YUMA sometió a consideración del Tribunal Arbitral el estudio y decisión de varios aspectos relacionados, no solo con las disposiciones contractuales y de los Pliegos de Condiciones que hoy la ANI pretende desconocer, si no también aspectos relacionados con la ocurrencia de un riesgo extraordinario no previsto por la obligación que surgió para YUMA de construir 15 variantes adicionales a la prevista en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SEA-LP-011-010, sus aclaraciones y el Contrato, el consecuente desequilibrio económico del Contrato y la ocurrencia de un daño futuro cierto en perjuicio de YUMA, entre otras declaraciones y condenas.

Puestas las cosas donde son, entonces, es claro que YUMA no discrepa del comportamiento contractual de la ANI y, en consecuencia, atribuye las causas del desequilibrio económico del CONTRATO alegado a eventos ajenos a las partes.

A. Planteamientos teóricos

A.1. Concepto del riesgo contractual y su regulación en la contratación estatal¹³

A partir del año 2001, con el Conpes 3107, la política pública en materia de contratación estatal se ha ocupado de buscar la regulación más eficiente para efectos de garantizar el éxito de los proyectos que requieren de la vinculación de capital privado para su desarrollo. Con el mencionado Conpes se trazó

¹³ V. Documento Conpes 3714 del 1º de diciembre de 2011. "Del riesgo previsible en el marco de la política pública de contratación".



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

una política específica en punto del manejo de los riesgos contractuales que hasta la fecha ha gozado de suficiente regulación.

La reforma realizada al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por la Ley 1150 de 2007 tiene entre sus propósitos la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos, con la expectativa de generar significativos ahorros en esta actividad y, sobretodo garantizar un gasto más razonable en términos tanto cuantitativos como cualitativos, teniendo en mira, claro está, la satisfacción del interés general.

De acuerdo con lo anterior el artículo 4º de la norma mencionada introdujo dentro de nuestro ordenamiento jurídico de manera específica el concepto de distribución o repartición de los riesgos en los CONTRATOS estatales, según la cual los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; y 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.

En relación con lo anterior, resulta pertinente indicar que la técnica de distribución de riesgos (conocida dentro de la doctrina especializada como *risk allocation*) tiene un desarrollo importante en la administración de contingencias y peligros vinculados al éxito o fracaso de los proyectos de infraestructura financiados con capital privado (concesiones de obra pública o servicios y, más genéricamente, alianza público-privadas) y es allí donde encuentra soporte el novedoso desarrollo legislativo contenido en la Ley 1150 de 2007.

La regulación sobre la distribución del riesgo, además, establece que dicha distribución debe ser acordada previamente por los interesados en la contratación, de manera que desde el inicio se conozca en forma clara quiénes serán los responsables de la materialización de los riesgos durante la ejecución del CONTRATO que lo instrumentará, jugando este aspecto -como se puede intuir- un rol fundamental en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la determinación del precio del CONTRATO.

En suma, la distribución del riesgo contractual entrará a formar parte del equilibrio económico del CONTRATO. En efecto *“...bajo esta concepción, los riesgos identificados por las partes deberán respetar este equilibrio objetivo inicial del CONTRATO, lo que limitará de manera significativa su libertad para contemplarlos y distribuirlos. Por una parte, cada riesgo deberá tener una justificación en su amplitud y atribución, y por otra, cada riesgo atribuido deberá tener una compensación equivalente con la carga que él implica para la parte que lo asume”*¹⁴.

Se colige de lo anterior que el artículo 4º de la ley en comento pretende convertirse en un elemento fundamental en la planeación del CONTRATO, para que los futuros contrayentes, entidad pública

¹⁴ Benavides, José Luis. “Riesgo contractual” en José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio (comps.) Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto de contratación, Ley 1150 de 2007. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2009.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

contratante y cocontratante, conozcan desde el inicio de la formación de la voluntad negocial en la etapa precontractual, como en el transcurso de la ejecución del CONTRATO, la distribución de los riesgos que puedan incidir en el desarrollo y cumplimiento de su objeto, así como la forma de conjurar sus efectos económicos en caso de que los mismos acaezcan, con el fin de prevenir la improvisación en el manejo de los recursos públicos y, por supuesto, la aplicación indiscriminada de la teoría del equilibrio económico del CONTRATO. En efecto, con la debida antelación a la celebración de los CONTRATOS estatales, las entidades deben preparar y planear el futuro CONTRATO, que comprende no sólo el estudio del objeto y las condiciones de su desarrollo, sino también todas aquellas contingencias de posible o común ocurrencia en su ejecución y sus consecuencias.

Así las cosas, las entidades están en la obligación de analizar y estudiar pormenorizadamente el CONTRATO a licitar, previendo aquellos riesgos que amenacen o conspiran contra su normal y adecuada ejecución, dentro de una perspectiva económica del CONTRATO que vele por su efectivo cumplimiento y el mantenimiento de su equilibrio financiero, razón por la cual se instituyó como una valiosa herramienta para la obtención de los fines de la contratación pública, por cuanto, *"...reconduce la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todas las posibles consecuencias del mismo, no sólo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro CONTRATO, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el CONTRATO..."*¹⁵

En general, sobre la regulación de distribución de riesgos contenida en la Ley 1150 de 2007, el documento Conpes 3714 de 2011, señala:

"...la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual".

Ahora bien, en relación con el concepto del riesgo contractual, en principio puede decirse que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el riesgo es *"la contingencia, probabilidad, proximidad de peligro o daño"*.

¹⁵ Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia 2006, Págs. 164 y 165.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Desde el punto de vista económico se traduce en la *“pérdida financiera que el inversor debe valorar al colocar sus fondos líquidos y sus esfuerzos profesionales en un determinado proyecto”*¹⁶; evento negativo que de acontecer supone una pérdida patrimonial con sacrificio de activos o asunción de deudas (daño); es, por tanto, un evento sujeto a incertidumbre o aleatoriedad en cuanto al resultado seguro de diferentes actividades desarrolladas; matemáticamente puede ser representado como el peligro multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.

De otra parte, el CONPES 3714 de 2011 entiende por riesgo contractual *“...todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un CONTRATO y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo”*.

Desde el punto de vista negativo, el riesgo previsible no se concreta ni en el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación contractual, pues tal fenómeno tiene una regulación específica al presentarse, ni en aquellos que sustentan la teoría de la imprevisión. Tampoco se puede hablar de los riesgos previsibles al mencionar aquellos amparados mediante los mecanismos de garantía autorizados por la ley, pues allí también se está haciendo referencia a incumplimiento de obligaciones contractuales.

*“[J]urídicamente, el incumplimiento hace parte de la institución de las obligaciones y está regido por principios y reglas específicas, cuya aplicación o reemplazo por las partes contratantes se enmarca en la teoría general del contrato y en la limitada autonomía privada. (...) El incumplimiento de la obligación no materializa un riesgo, sino genera la obligación de reparación de todos los perjuicios por él causados, según las reglas del Código Civil. Dar el tratamiento de riesgo al incumplimiento genera confusión en la caracterización de los eventos y sus consecuencias. En efecto, incluir el incumplimiento como parte de los riesgos contractuales ensancha de manera inútil y peligrosa esta institución. Inútil, por cuanto la identificación y atribución de riesgos por incumplimiento reproduce el contenido de las obligaciones contractuales, ya identificadas en las cláusulas contractuales sobre las prestaciones de las partes. Peligroso, por cuanto esta enumeración de riesgos y consecuencias derivados del incumplimiento puede dar lugar a interpretaciones ambiguas del contenido y alcance de las obligaciones...”*¹⁷

En realidad, teniendo en cuenta que el riesgo previsible, al ser distribuido entre las partes, entra a hacer parte del contenido obligacional del CONTRATO y las diferencias con las obligaciones propiamente dichas empiezan a ser sutiles, pues piénsese, por ejemplo, en las actividades de mitigación que despliega una de las partes a la que le ha sido asignado un riesgo. En tal evento, considerada la distribución de los riesgos, lo mínimo que se espera es que la parte correspondiente adelante las actividades para evitarlo o mitigar su impacto, de suerte que, si no las realiza, podría encontrarse en un evento de incumplimiento contractual si el riesgo genera efectos que hubiesen podido ser controlados.

¹⁶ RODRÍGUEZ, Fernández Maximiliano, La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales. Revista Mercatoria, Volumen 6, Número 1, 2007.

¹⁷ Benavides, José Luis. “Riesgo contractual”... ob. cit.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Por consiguiente, es forzoso reconocer que, en veces, es una tarea compleja identificar y distinguir entre riesgo y la obligación y a partir de ahí la responsabilidad por incumplimiento de ésta y los efectos por la materialización del primero, pero, de todas formas, y aunque el riesgo es un concepto de suyo difícil de definir, si tiene una connotación y efectos en el régimen de responsabilidad aplicable al CONTRATO ante el incumplimiento de una obligación, en donde entrarán a jugar las reglas del derecho civil y mercantil, de conformidad con el objeto y la naturaleza de la prestación general.

Con otras palabras, pese a que resulta inapropiado calificar como riesgo la obligación misma y al hecho de que la materialización del riesgo y la ocurrencia del incumplimiento tienen efectos y consecuencias diferentes, lo cierto es que el primer concepto -riesgo- hace parte del contenido del segundo -obligación- y sirve para precisar su alcance y extensión al momento de exigir su ejecución o de estudiar la responsabilidad contractual por su inejecución, ejecución defectuosa o tardía de las prestaciones emanadas del CONTRATO, porque la inobservancia de la carga derivada de la asunción del riesgo puede acarrear el incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales.

Debe precisarse, además, que los riesgos contractuales y su asunción no excluyen la aplicación de la teoría de la imprevisión, aunque su finalidad es limitar y reducir su aplicación dentro de la relación contractual, dado que su asignación persigue que las partes identifiquen aquellos hechos o sucesos cuya presentación incide en el cumplimiento de sus prestaciones o las hacen más onerosa, de manera que desde el inicio tengan claridad sobre ellos y sus efectos, esto es, les resulten previsibles y, por lo mismo, constituyan una carga que debe soportar una de ellas en caso de su advenimiento, sin que le sea dable a la parte que se le asigne pretender o reclamar indemnización alguna a su contraparte.

En consecuencia, los riesgos contractuales están circunscritos al vínculo contractual, y más que riesgos atinentes al empresario, o al incumplimiento de las obligaciones o a los riesgos asegurables, consisten en todas aquellas situaciones sobrevivientes a la celebración del CONTRATO de carácter previsible cuya presentación altera o pone en peligro la cabal ejecución del CONTRATO y, por ende, afectan su cumplimiento, lo que supone la obligación de determinarlos, estimarlos y asignarlos a las partes de la relación contractual.

Ahora bien, una de las motivaciones principales de la introducción de la figura de la distribución de riesgos contractuales en nuestro derecho contractual público fue la de evitar la alta litigiosidad determinada por la ruptura del equilibrio económico del CONTRATO. En efecto, tal como se precisó poco más arriba, la distribución de riesgos entra a consolidar el equilibrio contractual junto con el contenido obligacional y la remuneración del contratista.

En efecto, con la distribución de riesgos se advierten los elementos que previsiblemente para las partes puedan afectar la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, de suerte que de no ser previstos y diseñados los instrumentos de corrección y mitigación de sus efectos durante la ejecución del CONTRATO pueden ser causantes de desequilibrio económico. Se trata, por lo tanto, de la estructuración previsible del CONTRATO estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada y proporcional de los riesgos en aras

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

del mantenimiento del equilibrio económico y, por lo tanto, la conmutatividad de prestaciones, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales, por cuanto hace previsible materias de la relación negocial, que antes estaban en el ámbito de avatares y de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad¹⁸.

Sobre este tópico el Consejo de Estado ha señalado:

La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron. En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.

Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume 'un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública', pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad.

De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió (...)

¹⁸ Santofimio, Jaime Orlando, Contratación Estatal, Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual- Ley 1150 de 2007, Aspectos relevantes de la Reciente Reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, Universidad Externado de Colombia, 2009, Págs. 51 y ss.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

De conformidad con lo anterior, la Sala deduce que no es dable afirmar que el equilibrio financiero del contrato no se predique respecto de un contrato como el que se estudia, de obra pública bajo modalidades específicas, toda vez que por tratarse de un contrato conmutativo, sinalagmático y oneroso, comprende obligaciones y derechos recíprocos y equivalentes para las partes, que se garantizan durante la ejecución del contrato.

Lo que sucede es que las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato.

Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar¹⁹.

En síntesis, la teoría del equilibrio económico y financiero del CONTRATO sólo se aplica al contratista que demuestre que el riesgo que se materializó es externo, extraordinario e imprevisible y no se le asignó, porque, en caso contrario, no le es dable solicitar que la entidad asuma los sobrecostos que se hayan podido generar. Se reitera, al ser distribuidos los riesgos a las partes al iniciar el CONTRATO, los mismos se incorporan al concepto de equilibrio contractual el cual debe mantenerse durante el cumplimiento del mismo, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, esos riesgos contractuales.

De acuerdo con lo anterior, entonces, si luego de suscrito el CONTRATO el contratista alega la ocurrencia de un hecho extraordinario que afecta la ejecución del objeto contractual y que representa para él unos mayores costos, en forma tal que se rompe el equilibrio económico del CONTRATO y solicita el restablecimiento del mismo, para la procedencia de la reclamación no sólo se debe establecer si dicho evento era razonablemente "*imprevisible*", tanto para el contratista como para la administración, sino que no es de aquellos que le correspondía asumir luego de la distribución que de los mismos se haga.

Por otra parte, en cuanto a los límites de la distribución de los riesgos en la contratación, debe indicarse que la misma debe ser razonable, proporcional y propender por los fines de la contratación y respetar los intereses estatales y el patrimonio público y, en consecuencia, contrariaría a la justicia contractual el traslado a una de las partes de un riesgo de manera general, ilimitada o en forma desproporcionada, pues lo que ello demostraría es que el mismo no resulta previsible, anticipable o, cuando menos, mesurable y se desconocería el carácter conmutativo del CONTRATO, lo que comportaría su ineficacia de pleno derecho de conformidad con el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En materia de concesiones es importante precisar que la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 32, como regla general, que la ejecución de estos CONTRATOS se realiza "*por cuenta y riesgo del concesionario*", teniendo en consideración sus calidades particulares, pues se suponen altamente

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez. Exp. 14.043.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

calificados y expertos en la materia de que se trate, lo cual les permite anticipar ampliamente las condiciones de la obra, bien o servicio concesionado. Sin embargo, a la luz de los aspectos antes estudiados, es claro que esos riesgos que le son impuestos no serán ilimitados e irrazonables, de cara al cumplimiento de las finalidades mismas de la contratación estatal que suponen tanto la satisfacción del interés general, como la de los intereses particulares puestos en juego por los colaboradores del Estado. Sobre este aspecto, la justicia arbitral ha discurrido en los siguientes términos²⁰:

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 económica del contrato".

En el mismo laudo que se dejó en cita, se indicó:

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".

Y en punto de la clasificación de los riesgos, precisó:

De acuerdo con lo anterior, los riesgos pueden distinguirse en (i) internos o empresariales y (ii) externos o anormales, siendo los primeros aquellos inherentes al objeto de la organización misma del concesionario, 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 secuelas.

(...)

²⁰ Tribunal de arbitraje de Autopista de la Sabana S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura, laudo del 11 de mayo de 2016.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Ahora bien, se entiende por riesgos externos o anormales aquéllos 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 irresistible – 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 1993.

Así las cosas, la asignación de riesgos al contratista-concesionario tendrá que sujetarse a su previsibilidad y normalidad, por manera que no se correspondería con la justicia contractual, se reitera, la imposición los efectos de eventos imprevisibles y extraordinarios, ajenos a la órbita de control del colaborador del Estado.

A.2. El equilibrio económico del CONTRATO

Puede afirmarse que los CONTRATOS estatales son, en general, de naturaleza sinalagmática y conmutativa, por suerte que las partes asumen prestaciones que resulta equivalentes entre sí y, en esa medida, esa condiciones dadas al momento de proponer o contratar, deben mantenerse durante la vigencia del CONTRATO, aspecto que se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993 en sus artículo 4, 5, 27 y 28. En particular, el artículo 27 regula la necesidad de mantener la equivalencia prestación, así como la de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento en caso de ruptura.

El Consejo de Estado ha manifestado sobre esta figura:

“El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. Para ello, tiene en cuenta todas las circunstancias imperantes en el momento de proponer, de índole material, jurídica, económica, social, laboral, etc., de tal manera que en la elaboración de los precios que ofrece a la administración, tiene en consideración factores tales como el sitio de ejecución contractual, la situación de orden público, los precios de los materiales y de la mano de obra, el costo de los equipos requeridos, las cargas tributarias que deberá asumir, etc., siendo uno de estos elementos a considerar para sus cálculos, el del tiempo que deberá invertir en la ejecución del objeto contractual, que constituye una variable importante en la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

determinación del valor de su oferta, que en virtud de la adjudicación, se tomará en el precio del contrato²¹.

Cada una de las partes del CONTRATO estatal, en consecuencia, debe velar por el mantenimiento de una suerte de paridad prestaciones y de adoptar las medidas necesarias en caso de que circunstancias que no le sean imputables las desequilibren, todo con el objeto de preservar los intereses de los contratantes y de garantizar las finalidades propias de la contratación, las cuales apuntan a la satisfacción del interés general.

Se tienen sentado por la jurisprudencia contencioso administrativa²² que la ruptura del equilibrio económico del CONTRATO puede presentarse por efectos del denominado *ius variandi*, esto es, la facultad de modificación unilateral del negocio con la que cuenta la administración; por el hecho del príncipe, esto es por actos o hecho de la administración, no en calidad de contratante, sino en ejercicio de su función administrativa y que tiene efectos en la economía del CONTRATO; y por hechos imprevisibles que se enmarcan dentro de la teoría de la imprevisión. En cuanto al incumplimiento como fuente de desequilibrio del CONTRATO, la jurisprudencia contenciosa, no obstante la inapropiada referencia normativa que sobre el particular realiza la Ley 80 de 1993, sostiene una posición pacífica en el sentido de distinguir la ruptura del equilibrio prestacional y la figura del incumplimiento del CONTRATO.

Finalmente, debe indicarse que dependiente de la fuente generadora del desequilibrio de la estructura financiera del CONTRATO, los remedios que deben ser adoptados son diferentes. Así, ante una modificación unilateral cuando procede la reparación integral, esto es, la reparación del daño emergente y del lucro cesante; en el caso del hecho del príncipe, en similar sentido, habrá lugar a la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido el contratista; y en el supuesto de la teoría de la imprevisión, únicamente procede la compensación a favor del contratista para llevarlo al punto de no pérdida, sin que revista un carácter indemnizatorio y sin que el contratista pueda reclamar las utilidades dejadas de percibir.

A.3. Teoría de la imprevisión

La ocurrencia de eventos sobrevinientes a la celebración de un CONTRATO que afectan los cometidos que las partes tenía al momento de su celebración ha generado normativa, doctrinal y jurisprudencialmente, en el derecho comparado y en el nacional, las mas variadas reflexiones, mayoritariamente centradas en la tensión existente entre, por una parte, la eficacia vinculante del negocio jurídico derivada del principio de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), que se exalta como uno de los más importantes alcances de la sociedad liberal y que se recogió en la fórmula contenida en el artículo 1134 del Código de Napoleón y, por esa vía, en la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas (art. 1602 del Código Civil colombiano); y, por otra, en el principio de la

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 20.192,

²² Ver entre otras, sentencias del 29 de febrero de 2014, exp.2 4.196; del 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

justicia conmutativa que sugiere la adaptación del CONTRATO a eventos sobrevinientes (*rebus sic stantibus*), el cual no fue recogido en los cuerpos normativos propios de los desarrollos decimonónicos²³.

Dogmáticamente la doctrina de la desaparición de la base del negocio parte del §242 del BGB alemán y forma parte actualmente del panorama jurídico. En Holanda se recoge en el art. 6:258 del BW bajo la expresión de “*circunstancias imprevistas*”. El agravamiento excesivo de la prestación (*excessivamenten onerosa*) está recogido en el artículo 1467 del *código civile* y su recepción en el *common law* se hizo por la vía de la denominada teoría de la frustración del CONTRATO (*frustration of contract*)²⁴.

La influencia del Código Civil italiano de 1942 en nuestro medio fue, sin duda, el determinante para la inclusión de la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico nacional por la vía del artículo 868 del Código de Comercio:

Artículo 868. 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 a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá esta 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.

Como reflejo indudable de los desarrollos jurisprudenciales, en materia administrativa la teoría de la imprevisión encuentra recepción en el artículo 5.1. de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor, los contratista tendrán derecho 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 les sean imputables. Esta disposición, y la regulación general que sobre desequilibrio económico se dispone en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, comporta una respuesta más comprensiva y vigorosa que la que existe en el ámbito de la contratación privada para los desajustes sobrevinientes en la economía del CONTRATO²⁵, lo que ha supuesto que los desarrollos jurisprudenciales más importantes sobre este particular hayan tenido lugar en la jurisdicción contencioso administrativa, incluida la arbitral referida a CONTRATOS estatales²⁶.

²³ Chaime Gandur, José Félix. “La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship”. Universidad Externado de Colombia. 2013. Pp. 260.

²⁴ Zimmermann, Reinhard. “Estudios de derecho privado europeo”. Ed. Civitas. Trad. Natori Vaquel Aloy. Madrid. 2000. Pp 141 y ss.

²⁵ Silva García, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. En *Revist@-Mercatoria* Vol., Núm. 2. Año 2007. Universidad Externado de Colombia.

²⁶ Rodríguez R. Libardo “El equilibrio económico en los contratos estatales”. Segunda edición. Ed. Temis. 2012, quien advierte (pp. 108): “Con posterioridad a la norma transcrita [artículo 868 del Código de Comercio], hasta donde tenemos conocimiento, la jurisprudencia ordinaria no ha aplicado en un caso concreto la teoría de la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Esta teoría puede entenderse como la ocurrencia de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración de un CONTRATO, ajenos a las partes, y que afectan el equilibrio económico de las prestaciones de manera grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución. El profesor Libardo Rodríguez la define en los siguientes términos:

...es uno de los eventos en que se puede presentar una ruptura en el equilibrio económico del contrato administrativo –y aún en el moderno contrato de derecho privado-, es decir, se trata de una de las causales de rompimiento de la ecuación contractual que se presenta por situaciones imprevistas, exógenas a las partes y posteriores a la celebración del contrato, que generan una alteración anormal en la economía del mismo, haciéndolo más gravoso²⁷.

A.3.1. Requisitos de la teoría de la imprevisión

En general, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, la teoría de la imprevisión se presenta cuando concurren las siguientes condiciones²⁸:

- Que se trate de un hecho que se concrete con posterioridad a la celebración del CONTRATO: Debe tratarse de una circunstancia sobreviniente al perfeccionamiento de la relación contractual y, por lo tanto, la alteración de las condiciones previstas por las partes debe darse con posterioridad a la existencia misma del CONTRATO.
- Que se presente un hecho ajeno a las partes: La circunstancia sobreviniente no puede ser atribuida a acciones u omisiones de alguno de los extremos del CONTRATO y, en tal sentido, la parte que pretenda beneficiarse de los efectos de la teoría de la imprevisión debe demostrar que el hecho que afectó la relación comercial no le es atribuible fáctica o jurídicamente. Ese requisito permite distinguir la teoría de la imprevisión de otros eventos de desequilibrio económico como el *ius variandi* o el hecho del príncipe.
- Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes: El hecho que afecta la economía del CONTRATO no puede ser de aquellos que con mediana diligencia y cuidado puedan ser advertidos por las partes al momento de proponer o contratar, pues de lo

imprevisión, es decir, no existen pronunciamientos de la justicia ordinaria que ordenen la revisión del contrato por el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hagan más oneroso el cumplimiento del contrato.// En cambio, la jurisprudencia administrativa, (...) desde la admisión de la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato administrativo en los años setenta y, especialmente, a partir de la expedición de los primeros estatutos de contratación administrativa (...), ha venido aplicando de manera sistemática la teoría de la imprevisión como causal específica de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo”.

²⁷ *Ibidem*, pp. 103.

²⁸ Ver, entre otras las sentencias: 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, expediente 5295; de 16 de abril de 1991, expediente 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, expediente 10151, y de 29 de mayo de 2003, expediente 14577.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

contrario ello comportaría una falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, quien no podría verse beneficiada por los efectos de la teoría de la imprevisión, pues nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

En este punto es importante señalar que la imprevisibilidad se puede referir tanto al evento en particular, como a sus efectos, pues puede que habiéndose previsto un hecho dado, sus efectos en la relación contractual no podría haberse anticipado²⁹.

- Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del CONTRATO que dificulta su ejecución: Corresponde a la parte que alega el hecho sobreviniente, demostrar que el mismo generó una modificación, alteración o variación sustancial de la conmutatividad del CONTRATO que comporta una excesiva onerosidad prestacional, al punto que el sinalagma de la relación se resquebraja y comporta para quien debe asumir la carga un esfuerzo que no tiene consideración alguna, desde el punto de vista de la justicia contractual, en tanto ningún beneficio reportará por su ejecución y, por el contrario, podría terminar afectado su propio patrimonio para cumplir con la prestación respectiva. En este punto, conviene señalar el cumplimiento de la prestación no se hace imposible, sino en exceso difícil, para el deudor. Adicionalmente, debe precisarse, tal como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia³⁰, "...que para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el CONTRATO y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia".

A.3.2. Teoría de la imprevisión y la fuerza mayor

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, exp. 51526: *"En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.// Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.// Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada".*

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente 2006-00537.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Es importante precisar que no deben confundirse la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, por cuanto la primera corresponde a "*...un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del CONTRATO*", por cuanto se toman imposibles, "*constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del CONTRATO y el daño derivado del mismo*", por lo cual el incumplimiento surgido de la fuerza mayor, es distinto de la situación que se presenta en la aplicación de la teoría de la imprevisión, "*...puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el CONTRATO con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del CONTRATO, alterada en razón del hecho imprevisible*", y por lo tanto, tiene derecho a la compensación correspondiente³¹.

A.3.3. Teoría de la imprevisión y distribución de riesgos

Por otra parte, debe indicarse, también, tal como se indicó previamente, que la distribución de riesgos contractuales ordenada por la Ley 1150 de 2007 no excluye la procedencia de la teoría de la imprevisión, aunque su finalidad es limitar y reducir su aplicación dentro de la relación contractual, dado que su asignación persigue que las partes identifiquen aquellos hechos o sucesos cuya presentación incide en el cumplimiento de sus prestaciones o las hacen más onerosa, por manera que desde el inicio tengan claridad sobre ellos y sus efectos, esto es, les resulten previsibles y, por lo mismo, constituyan una carga que debe soportar una de ellas en caso de su advenimiento, sin que le sea pretender o reclamar indemnización alguna a su contraparte.

Para la procedencia de la teoría de la imprevisión deberá el contratista, entonces, demostrar que el riesgo que se materializó es externo, extraordinario e imprevisible y que no se le asignó o que superó en sus efectos al asignado. Deberá acreditar, que el riesgo afectó la ejecución del CONTRATO y representó un costo excesivo su ejecución, al punto que rompió el sinalagma contractual.

A.3.4. Efectos de la teoría de la imprevisión

En cuanto a los efectos de la teoría de la imprevisión, baste precisar que desde 2003³², la jurisprudencia contencioso administrativa ha consolidado su jurisprudencia –y con ella la de la justicia arbitral– en

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 1993, pp. 505: "Si bien existe una evidente correlación entre 'imprevisión' y fuerza mayor', las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además tanto la 'fuerza mayor' como la 'imprevisión' deben responder a acontecimientos 'imprevisibles.' Tales son las semejanzas. Pero difieren fundamentalmente: a) en lo que respecta a la 'ejecución' del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera 'definitiva', 'la teoría de la imprevisión' sólo es aplicable cuando tal trastorno es 'temporario' o 'transitorio'."

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14577, reiterada, posteriormente, en sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043 y hasta la fecha.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

punto de considerar que frente a hechos imprevisibles que alteren gravemente la conmutatividad de las prestaciones de las partes por hechos no atribuibles a ninguno de los sujetos contractuales, la administración está en la obligación de compensar la afectación patrimonial hasta el “*punto de no pérdida*”, por lo que no surgiría ninguna obligación de garantizar la utilidad esperada o, en otros términos, de reparar el daño integralmente, pues el mismo no le es atribuible a la Administración y tiene por finalidad la garantía del servicio público, más no la de asegurar la concreción del pleno de las expectativas del contratista en la celebración del CONTRATO.

En este sentido, advierte la doctrina española que la teoría de la imprevisión “...no fue concebida, desde luego, ni, por lo tanto, puede ser entendida y aplicada como una garantía de beneficio para el concesionario, ni tampoco como un seguro destinado a cubrir las posibles pérdidas, sino como un mecanismo capaz de asegurar a ultranza el fin público del servicio en circunstancias anormales, [siempre que] los acontecimientos determinantes de la alteración de la economía concesional sean ajenos a la voluntad del concesionario para que puedan considerarse realmente imprevisibles y sus consecuencias perjudiciales compensables”³³.

B. Discusión y concepto sobre la solución del problema jurídico

Como se ha dejado expuesto previamente, la parte convocante considera que los costos relacionados con la construcción de las variantes de población impuestas por la Autoridad Ambiental no estaban contempladas en el CONTRATO y, en todo caso, suponen un riesgo extraordinario, cuyos efectos no le pueden ser atribuidos, so pena de la ruptura del equilibrio prestacional del CONTRATO. Tal pretensión se deriva, en concepto de la convocante, desde el punto de vista jurídico, de las normas que regulan los asuntos en materia ambiental propios del CONTRATO, en particular, de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2820 de 2010, del Manual de Diseño Geométrico del Inviás en relación con el alcance de los estudios del proyecto, del contenido de los documentos contractuales vinculantes para las partes y, en lo pertinente, de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y de sus normas reglamentarias en cuanto al mantenimiento del equilibrio prestacional y la distribución de riesgos. Desde el punto de vista fáctico, la posición de la convocante se sustenta en la imprevisibilidad de la decisión adoptada por la Autoridad Ambiental y la mayor onerosidad que representa la ejecución de las obras mencionadas.

Por su parte, la convocada considera que la construcción de las variantes se encuentra prevista en la relación contractual y, en todo caso, supone la concreción de un riesgo en cabeza del concesionario, lo cual concluye de la naturaleza y finalidad del proyecto, de los documentos contractuales vinculantes y de las normas que regulan las actividades relacionadas con asuntos ambientales.

Para efectos de presentar el concepto del Ministerio Público sobre la posible resolución del problema jurídico planteado, la cual permitirá desatar las pretensiones y excepciones propuestas por los extremos procesales, resulta necesario destacar los asuntos relevantes que, sobre esta materia, se consideran debidamente acreditados en el proceso.

³³ García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Decimosexta edición. Civitas - Thomson Reuters. Navarra (España). 2013., pp. 799.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

- Aspectos contextuales relacionados con el CONTRATO de Concesión No. 007 de 2010

El CONTRATO de concesión No. 007 de 2010 fue celebrado dentro del marco de la política pública de concesiones de autopistas de que trata con el documento Conpes 3413 del 6 de marzo de 2006, con el que 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 en la red nacional de carreteras", bajo el entendido de que la red vial nacional constituye en un eje dinamizador del comercio exterior, teniendo en cuenta que la carga movilizada a través de los puertos ha sido principalmente transportada a través de la infraestructura vial.

Se puso de presente que con el documento Conpes 3045 de 1999 fueron definidos los criterios bajo los cuales se estructuraron las concesiones de tercera generación –a la cual se encuentra adscrito el CONTRATO de Concesión No. 007 de 2010–, entre los que se destacan: i) concepción de los proyectos bajo criterios de corredor de transporte; ii) definición de las inversiones a realizarse basadas en criterios de optimización de la operación; iii) distribución de los aportes de la Nación en el tiempo; y iv) desarrollo de esquemas de gestión predial.

Con la puesta en marcha del Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014, de que trata el Concepto 3413 se buscó 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 del Estado encargadas de la seguridad y se identificaron varios proyectos a desarrollar, dentro de los cuales se encontraba el que se denominó "Ruta del Sol 2" que comprendía el trayecto Santa Marta – Y de Ciénaga – Bosconia – La Loma – San Alberto.

En punto de la estructuración de los proyectos se consideró conveniente de adoptar un esquema que contemplara el concepto de *Valor Presente de los Ingresos Esperados* como desarrollo complementario al concepto de Ingreso Esperado, como variable para establecer el plazo de la concesión, lo que implicó que se concibieran estos CONTRATOS de concesión como de generación 3.5.

Así mismo se consideró necesario desarrollar estos proyectos 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.

Se recomendó, igualmente, implementar el alcance progresivo dentro de los proyectos, el cual correspondería al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras del alcance básico. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que se estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de obras adicionales.

Posteriormente, mediante documento Conpes 3571 del 9 de marzo de 2019, fue declarado como de "importancia estratégica" el proyecto vial "Autopista Ruta del Sol", el cual tiene una longitud total de

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

1.071 KM iniciando en Villeta (C/marca) y terminado en la Ye de Ciénaga (Magdalena) e incluye el trayecto Carmen de Bolívar (Bolívar) Valledupar (Cesar), que cruza el tramo antes mencionado en Bosconia. En cuanto al alcance del proyecto, el documento Conpes mencionado, precisó:

El alcance del Proyecto contempla diferentes niveles de intervención, acordes con el estado de la vía, la capacidad de la misma y los niveles de servicio en los diversos trayectos. Entre las actividades a desarrollar se encuentran, entre otras:

- Rehabilitación y mejoramiento de la vía existente: dentro del alcance del Proyecto se incluye la ejecución de actividades de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente entre Puerto Salgar – San Roque -Yé de Ciénaga y Carmen de Bolívar - Valledupar, así como actividades previas de rehabilitación prioritaria en algunos sectores de dichos tramos, con el fin de mantener en condiciones adecuadas la infraestructura para el seguro tránsito vehicular. **Así mismo, se contemplan intervenciones tendientes al mejoramiento de la transitabilidad en la vía, aumentando la velocidad de diseño a 100km/h.**
- Construcción de segunda calzada: dado el alto volumen de tráfico en algunos tramos y las expectativas de crecimiento, se llevará a cabo la construcción de una segunda calzada en los tramos Puerto Salgar – San Roque – Yé de Ciénaga y Bosconia – Valledupar. **La construcción de la segunda calzada en el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia estará sujeta a las siguientes condiciones: i) que el concesionario cuente con los diseños definitivos (diseños que deberán ser realizados cuando el Tránsito Promedio Diario Anual de la vía supere los 4.000 vehículos); y ii) que el Tránsito Promedio Diario Anual de la vía supere los 4.500 vehículos.**

(...)

Cuadro 2

Tramos contenidos en el alcance del proyecto

Tramo	Longitud	Calzada	Nivel de intervención
Puerto Salgar – Bosconia – Carmen de Bolívar – Bosconia - Valledupar	862.5 km	Sencilla	Rehabilitación y mejoramiento de vía existente
Pto Salgar – Ye de Ciénaga Carmen de Bolívar – Bosconia - Valledupar	Hasta 993 km	Segunda	Expansión de capacidad (Sujeto a niveles de tráfico)
Villeta – Pto Salgar	78.3 km	Doble calzada	Construcción de nueva vía
Dindal – Caparrapí	18 km	Sencilla	Pavimentación
Carretera Actual y obras nuevas	1.071 km		Operación y mantenimiento

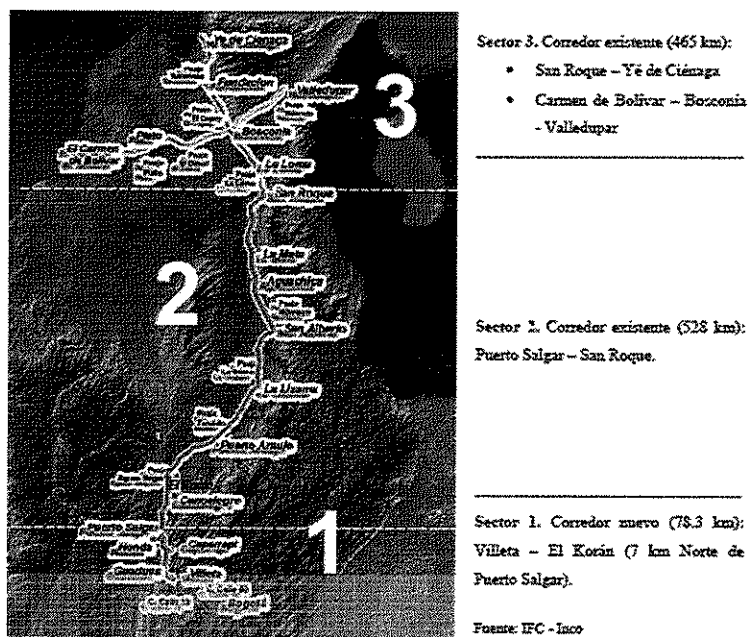
PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En adición a lo anterior, de acuerdo con las recomendaciones de los estudios de estructuración, es necesaria la construcción de intersecciones a desnivel y de variantes en diferentes poblaciones. Lo anterior, debido a que actualmente el corredor atraviesa los cascos urbanos de diferentes municipios que, por su tamaño, representan un riesgo alto para la seguridad vial. La ejecución de estas obras, será priorizada de acuerdo con el tamaño de los municipios y de las actuales condiciones de seguridad en los pasos nacionales.

Considerando los tramos definidos por el Conpes 3413 (Ruta del Sol 1-B y Ruta del Sol 2), en desarrollo del proceso de estructuración se efectuó una evaluación del proyecto Vial "Autopista Ruta del Sol" agrupando dichos tramos. Sin embargo, dada su magnitud y la capacidad actual del mercado financiero para asumirlo como un todo, se estimó conveniente dividir el proyecto en tres sectores para ser desarrollados por el sector privado en tres contratos distintos, según se muestra en la figura 3.

Figura 3
Proyecto Autopista Ruta del Sol
Delimitación de sectores



(Se destaca)

Indicó el mencionado Conpes los sectores 2 y 3 –correspondiendo el sector 3, como se sabe, al CONTRATO objeto de esta controversia - se ejecutarían a través de CONTRATOS de concesión, con un plazo dependiente del momento en el que se alcance el Valor Presente Neto de Ingresos combinados de peaje y aportes estatales, de acuerdo con lo que solicitara el adjudicatario. El alcance del CONTRATO de concesión debería incluir el diseño definitivo, la gestión predial para obtener el derecho de vía, la obtención de licencias y/o modificación de licencias existentes, el financiamiento, la rehabilitación y

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

mejoramiento de la vía existente, la construcción de la segunda calzada (con excepción del tramo Bosconia – Carmen de Bolívar) y la operación y mantenimiento rutinario y periódico del tramo.

Se precisó, además, que para los Sectores 2 y 3 la variable de adjudicación sería el menor valor presente neto, en pesos de 2008, de los flujos de ingresos percibidos tanto por recaudo de peajes como por aportes estatales. Ambos flujos serán descontados a una única tasa establecida contractualmente.

Finalmente, mediante el documentos Conpes 3643 del 15 de febrero de 2010, se modificó el documento Conpes 3571 en cuanto al alcance físico y al plan de inversiones del Sector 3 del proyecto vial “Autopista Ruta del Sol”, lo cual tuvo como antecedente la declaratoria de desierta, para el sector 3, de la licitación pública adelantada en octubre de 2009, pues el único proponente que se presentó no cumplió con las condiciones establecidas en el proceso de contratación. Tal circunstancia comportó la revisión y actualización de varios aspectos, entre ellos:

1. Actualización de las proyecciones de tráfico y de los ingresos por peajes.
2. Revisión de los movimientos de tierras, terraplenes y geometría horizontal del Sector
3. Actualización del análisis de pavimentos (tramo Carmen de Bolívar Bosconia).
4. Actualización de los impuestos, y del valor de las primas de las pólizas.
5. Actualización de los supuestos macroeconómicos.
 - Existe una disminución de los ingresos proyectados para el Sector 3
 - Existen mayores cantidades de obra y mayores niveles de intervención
 - En el mediano plazo, no es requerido el aumento en la capacidad vial del tramo Valledupar – Bosconia

En relación con el nuevo alcance del proyecto se estableció:

1. Rehabilitación y mejoramiento de la vía existente (465 Km.):

Se establece la ejecución de actividades de rehabilitación y mejoramiento de la vía existente entre San Roque – Yé de Ciénaga y **Carmen de Bolívar – Valledupar**, así como actividades previas de rehabilitación prioritaria en algunos sectores de dichos tramos, con el fin de mantener en condiciones adecuadas la infraestructura para el seguro tránsito vehicular.

Así mismo, se contemplan intervenciones de mejoramiento geométrico del trazado, lo que permitirá aumentar la velocidad de diseño a 100 Km./h en toda la vía, **salvo en el tramo Carmen de Bolívar – Bosconia cuya velocidad de diseño, dadas las condiciones topográficas particulares, será de 80 Km./h.**

2. Ampliación de la capacidad vial: Construcción de segunda calzada tramo San Roque – Yé de Ciénaga:

Dado el alto volumen de tráfico sobre este tramo y teniendo en cuenta las proyecciones de crecimiento del mismo, se llevará a cabo la construcción de una segunda calzada en el tramo San Roque – Yé de Ciénaga.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

en el Sector Comprendido entre San Roque – Ye De Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar, Denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol (el “Sector” o el “Sector 3”)³⁴.

En relación con el valor vinculante, desde el punto de vista legal y contractual, de los estudios previos, debe observarse que el numeral 1.4(w) del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010, establece que los “estudios y documentos previos” corresponden a la listada en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, la cual fue puesta a disposición de los Interesados durante la publicación del Proyecto de Pliegos y que se encuentra actualmente disponible para consulta en el Cuarto de Información de Referencia. En la letra (mm) del mismo numeral, se establece que el “Pliego de condiciones” “...es el presente documento que señala las condiciones, plazos y procedimientos dentro de los cuales los Interesados y Proponentes deben formular su Propuesta. Los Pliegos también incluirán, los Anexos, los Formatos, las Adendas, las respuestas entregadas por el INCO a las preguntas formuladas por los Interesados y debidamente publicadas en el SECOP, las actas de las diferentes audiencias y los Estudios y Documentos Previos” y la cláusula 19.22 del CONTRATO establece que Pliegos de Condiciones Prevalecen sobre las disposiciones del CONTRATO.

De los referidos estudios se destacan, por su relevancia para el presente trámite, los siguientes aspectos:

Atendiendo las recomendaciones de los documentos Conpes antes referidos, en el numeral 2.6. se indicó que con el proyecto, en general se pretendía obtener reducciones en los 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 del Estado encargadas de la seguridad.

Se indicó (numeral 3.3) que la contraprestación del concesionario consistiría (i) los aportes del INCO al patrimonio autónomo constituido para el efecto en los términos señalados en el CONTRATO; y (ii) el recaudo de las estaciones de peaje en los términos señalados en el Pliego y el respectivo CONTRATO, la cual recibiría hasta que hubiera obtenido el VPIT o hasta que se termine el plazo total estimado del CONTRATO. Vencido el plazo sin que el concesionario haya obtenido el VPIT el INCO pagaría el remanente de acuerdo con la fórmula que para el efecto establece el CONTRATO.

En relación con las principales obligaciones que asumiría el Concesionario, se destaca:

3.5.1. Las principales obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción serán las siguientes:

(i) Establecer bajo su propia responsabilidad la necesidad de obtener Licencias Ambientales necesarias para adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Sector. De ser el caso, tramitar y obtenerlas antes de iniciar la intervención del Tramo. Si el Concesionario decide, amparado en la Ley Aplicable, que las

³⁴ Anexos digitales a la demanda reformada, carpeta 1 “Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010, archivo 2 “Estudios Previos”.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Licencias Ambientales se pueden solicitar por Tramos o incluso parciales, la obligación de tramitarlas y obtenerlas deberá cumplirse antes de iniciar la intervención del Tramo respectivo, sin que sea necesario tener las Licencias Ambientales de los demás Tramos que no sean objeto de intervención.

(j) **Preparar todos los estudios que le solicite la Autoridad Ambiental** necesarios para el trámite y obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y permisos así como asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de tales estudios.

3.5.3. Principales obligaciones del Concesionario durante la Fase de Construcción:

(a) El Concesionario será responsable por la ejecución de las **Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, así como de las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social y Predial y las Obligaciones de Tráfico y Señalización, de conformidad con lo previsto en el Contrato y en sus Anexos y Apéndices.** Para tales efectos deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento del Contrato y en particular tendrá a su cargo las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás obligaciones del Concesionario asignadas en el Contrato, en sus Anexos y Apéndices y en el Pliego y la Propuesta, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza:

(b) Adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento de conformidad con lo previsto en el Contrato y sus Apéndices para lo cual deberá regirse en cuanto a tiempos de ejecución, calidades de las obras, y en general todos los aspectos técnicos, por lo dispuesto en el Contrato y sus Anexos y Apéndices y en el Plan de Obras.

(i) Ejecutar las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social para cumplir total y cabalmente con las obligaciones contenidas en los Apéndices Ambiental y Predial y Social del Contrato y en la normatividad vigente durante la ejecución del Contrato.

(j) Preparar todos los estudios que le solicite la Autoridad Ambiental necesarios para el trámite y obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) así como asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de tales estudios.

(Se destaca)

Sobre el alcance general de proyecto, en el numeral 5.3., se destaca:

5.3. Alcance General del Proyecto

5.3.2. La naturaleza de las obras y servicios necesarios para obtener los resultados señalados en el Contrato de Concesión del Sector 3, se describen de forma general a continuación:

(c) Ejecución de obras de rehabilitación y mejoramiento (tramo Bosconia-Carmen de Bolívar)



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

5.3.3. Análisis técnico: A continuación se explican las variables consideradas para el cálculo del valor estimado del Contrato del Sector 3.

(a) Egresos del proyecto: Los costos del proyecto se establecieron a partir de los estudios técnicos realizados en las diferentes áreas de ingeniería, tráfico, ambiental, socio predial y legal, los cuales se describen a continuación.

(i) Ingeniería: Con base en el alcance del proyecto, los estudios técnicos y las visitas de campo efectuadas al corredor se definieron las labores a efectuar por parte del concesionario durante la fase de construcción identificando las labores relacionadas con la duplicación de la carretera existente, el mejoramiento y rehabilitación, la construcción de la nueva carretera y la construcción de la infraestructura adicional como puentes peatonales, paraderos, centros de control y demás que le brinden servicios al usuario.

(iv) Se efectuó una estimación económica de los costos de construcción de nueva carretera, mejoramiento y rehabilitación de la carretera existente; así mismo se costeo la construcción y equipamiento de las zonas de pesajes, servicio al usuario así como de instalaciones complementarias.

(vii) Ambiental: A partir de los estudios realizados y el análisis de riesgos ambientales para el proyecto se estimaron las inversiones y costos asociados a las consultorías ambientales, la atención de pasivos ambientales, el Plan de Manejo Ambiental y la evaluación de las licencias ambientales. La estimación de costos ambientales se basó en tres aspectos fundamentales:

(...)

(b) Ingresos del proyecto

(i) Las fuentes de ingresos del proyecto son dos, los aportes del INCO y los peajes. Para el Sector 3, los concesionarios recibirán la totalidad de los peajes recaudados, además de los aportes INCO, hasta que obtengan el VPIT o se venza el plazo estimado del Contrato.

(ii) Peajes: Con base en el estudio de tráfico y a partir de la estructura tarifaria actual de los peajes de INVIAS se proyectaron los ingresos de peaje del Sector.

(iii) Aportes: De acuerdo con la estructura financiera de egresos e ingresos descrita anteriormente se determinaron los aportes del INCO que permiten cubrir los costos del proyecto en su totalidad.

(iv) El detalle de las actividades a cargo del concesionario se presenta en el respectivo Contrato, anexos y apéndices. En el cuarto de datos del proyecto está disponible para consulta la información técnica y legal utilizada para la estructuración del proyecto.

(Se destaca)



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En relación con los factores de selección, de los estudios previos, se advierte (numeral 6)

6.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en la presente licitación la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia contenida en los Pliegos de Condiciones, resulte ser la más favorable para la entidad.

6.2. Asimismo, de conformidad con lo establecido el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, tratándose de un proceso de selección por licitación la oferta más favorable en el presente caso será la que resulte de aplicar la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en los puntajes y fórmulas señaladas en el Pliego.

6.3. La Oferta Técnica - Económica estará compuesta por la oferta económica (la "Oferta Económica") y la oferta técnica (la "Oferta Técnica"). Las Ofertas Económicas y Técnicas serán objeto de evaluación y asignación de puntaje como se explica en el presente documento y según se establecerá en los Pliegos de Condiciones.

6.4. Oferta Técnica

6.4.1. Consistirá en el ofrecimiento de construcción de un número de kilómetros de doble calzada que no podrá ser inferior a DOSCIENTOS DIECINUEVE (219) kilómetros de doble calzada ni superior a CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO (464) kilómetros de doble calzada. A la Oferta Técnica que ofrezca los 464 kilómetros se le asignarán 430 puntos. A las demás Ofertas Técnicas se les asignará puntaje conforme a la fórmula establecida en los pliegos.

6.5. Oferta Económica

6.5.1. La Oferta Económica consistirá en un único valor que refleje el valor presente neto de los ingresos totales (VPIT) que ofrezca el Adjudicatario provenientes de los Aportes INCO y del recaudo de los Peajes calculado al 31 de diciembre de 2008 sobre el número total de kilómetros de doble calzada ofrecidos en su Oferta Técnica (). Kms VPIT

6.5.2. La Oferta Económica con menor VPIT por kilómetro se le asignarán 450 puntos. A las demás Ofertas Económicas se les asignará puntaje conforme a la fórmula establecida en los Pliegos de Condiciones.

(Se destaca)

Respecto a los riesgos del CONTRATO, los estudios previos indicaron:

7. ESTIMACIÓN TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS.

7.1. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2008 y lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 los Pliegos de Condiciones deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

7.2. La tipificación de los riesgos es la enunciación que la entidad hace de aquellas contingencias previsibles que en su criterio pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del Contrato.

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

7.4. La asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención.

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

*(se transcribe lo relevante)

Área*	Tipo de riesgo*	Efecto*	Observación*	Asignación*
Ambientales	Gestión Ambiental	Mayor Plazo	En todo el trazado de la obra	PRIVADO
Construcción	Diseño	Mayores plazos y mayores costos del diseño	Imposibilidad de realizar la obra en el trazado contratado	PRIVADO
	Mayor cantidad de obras	Mayores costos de la obra	En todo el trazado de la obra	PRIVADO
	Precios de los Insumos	Mayores costos de la obra	Precios del asfalto (relacionada al Petróleo)	PRIVADO

En relación con la distribución de riesgos, es importante destacar que mediante oficio del 7 de noviembre de 2019 el apoderado de la parte convocada aportó, en medio digital, el documento por el cual fueron aprobados los riesgos del CONTRATO por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

(NO. 2010-409-0040842) del 23 de febrero de 2010. Igualmente, se aportó, en medio digital, la comunicación 20101210045131 del Ministerio de Transporte en la que se emitió concepto favorable sobre el análisis de riesgo para el CONTRATO, así como un archivo Excel denominado "Matriz de Riesgos RADS-3" en el que se incluye una matriz de riesgos con la tipificación, estimación y asignación de los mismos. Sin embargo, de acuerdo con el testimonio rendido en el proceso por parte de la señora Paola Andrea Reyes, dicha matriz, al parecer no fue presentada en el proceso de licitación por la ANI advirtiendo que la misma era reservada, pues hacía parte del modelo financiero de la estructuración del proyecto. En este sentido, ha de concluirse que la referida matriz no cuenta con relevancia contractual para vincular a las partes a su contenido.

- **Aspectos relevantes relacionados los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP"-001-2010 y sus Apéndices Técnico – Parte A y Ambiental**

Revisado el texto de los Pliegos de condiciones Pliego de condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP"-001-2010, resultan relevantes los siguientes aspectos:

Dentro de las definiciones contenidas en el numeral 1.4., se destacan:

(d) "Alcance Básico". Es el número de kilómetros de doble calzada de la Oferta Técnica, el cual incluye obligatoriamente el Alcance Básico Mínimo.

(e) "Alcance Básico Mínimo" Corresponde a aproximadamente doscientos diecinueve (219) kilómetros de doble calzada de los tramos comprendidos entre San Roque y Ye de Ciénaga, según se encuentran delimitados en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión.

(p) "Cuarto de Información de Referencia". Es el lugar físico y/o virtual (disponible vía Internet) en el cual el INCO depositará para consulta de los Interesados documentos e información que tiene actualmente a su disposición, que puede estar relacionada con el Proyecto. La información disponible en el Cuarto de Información de Referencia será de referencia únicamente y no vinculará al INCO tal como se señala en el numeral 1.9 de este Pliego.

Respecto de la regulación relativa a los costos de la propuesta y la celebración del CONTRATO (numeral 1.8.), resulta relevante lo establecido en el numeral 1.8.3.

1.8.3. Si algún Interesado y/o Proponente considera que no ha podido obtener toda la información relevante de conformidad con este Pliego y sus Anexos, para evaluar la totalidad de obligaciones y riesgos que el Contrato prevé, o si considera que sus propias estimaciones le hacen imposible la asunción de esas obligaciones y riesgos, deberá abstenerse de presentar Propuesta. La presentación de la Propuesta, implica la aceptación de que esas obligaciones y riesgos serán enteramente asumidos en caso de que el Proponente resulte Adjudicatario del Contrato de Concesión, como contraprestación por el pago previsto en el Contrato y con base en su Oferta Económica.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Y en relación con los deberes de información del proponente, el numeral 1.9.5. estableció:

1.9.5. Como consecuencia de lo anterior, los Proponentes, **al elaborar su Propuesta, deberán tener en cuenta que el cálculo de los ingresos, costos y gastos, y cualquier otra información financiera, cualesquiera que éstas sean, se deberán basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones.** En todo caso, los estimativos técnicos que hagan los Interesados y/o Proponentes para la presentación de su Propuesta, deberán tener en cuenta que la ejecución del Contrato se regirá íntegramente por lo previsto en dicho Contrato y sus Apéndices 1 y Anexos, así como en el Pliego, y que **en sus cálculos económicos se deben incluir todos los aspectos y requerimientos necesarios para cumplir con todas y cada una de las obligaciones contractuales y asumir los riesgos previstos en dichos documentos.** Los aspectos técnicos, estándares de calidad, normas, parámetros, índices, especificaciones, reglamentaciones y otros criterios útiles o necesarios para la correcta ejecución técnica del Proyecto se encuentran consignados en los Apéndices del Contrato.

Sobre el mismo tópico, en el numeral 1.10, se dispuso:

1.10.1. Será responsabilidad de los Interesados visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el Proyecto. **Los Interesados deberán realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su Propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios** para formular la Propuesta con base en su propia información.

1.10.2. El examen que deberán hacer los Interesados incluirá también, entre otras cosas y sin limitarse necesariamente a éstas, la revisión de todos los asuntos e informaciones relacionados con el Contrato y los lugares donde se ejecutará, incluyendo condiciones de transporte a los sitios de trabajo, manejo y almacenamiento de materiales, transporte, manejo y disposición de materiales sobrantes, disponibilidad de materiales y mano de obra disponible para acometer las obras necesarias para la ejecución de las obligaciones señaladas en el Contrato. Adicionalmente, los Interesados deberán verificar las condiciones climáticas, de pluviosidad, topográficas y geológicas, las características de los equipos requeridos para la ejecución de las obligaciones del Contrato, las características del tráfico automotor en cada una de las calzadas del Sector, considerando el volumen y peso de los vehículos, existencia e interferencias de redes de servicios públicos, **y, en general, todos los demás aspectos que puedan afectar el cumplimiento del Contrato, todo lo cual debe ser tomado en cuenta para la preparación de la Propuesta.**

1.10.3. **Por la sola presentación de la Propuesta se considera que los Proponentes han considerado la viabilidad financiera del Contrato, bajo las condiciones contenidas en su Propuesta (particularmente el alcance de su Oferta Técnica), y que han hecho un cuidadoso examen de los sitios de la obra y que han investigado plenamente las condiciones de trabajo, los riesgos, y en general, todos los factores**



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

(...)

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

(...)

1.3 Alcance General de las Obligaciones Técnicas del Concesionario

(...)

(b) Ejecución de las obras de duplicación de calzada en el Sector 3a:

- **Construcción de una nueva calzada**, con las características geométricas de trazado y sección transversal tipo definitivas y acondicionamiento de la carretera existente como segunda calzada, con las mismas características definidas para la calzada nueva.

- **Contempla durante todo el proceso de transformación del Sector en doble calzada**, la aplicación de un proceso constructivo que garantice el mantenimiento de condiciones de uso y seguridad adecuadas en todo momento.

(c) Ejecución de obras de rehabilitación y mejoramiento en los Sectores 3b y 3c:

- **Adaptación de la carretera existente a las características geométricas de trazado para una velocidad de diseño de 80 km/hr (Sector 3b) y 100 km/hr (Sector 3c) y una sección transversal tipo definida.**

- La paulatina adaptación de la vía a sus nuevas características mejoradas se deberá realizar manteniendo unas condiciones de uso y de seguridad vial aceptables, durante todo el proceso.

- **Realizar obras de duplicación de calzada en el Sector 3b y 3c de acuerdo con la localización y longitud definidas por el Concesionario en su Oferta Técnica y los criterios y procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión.**

(...)

El Contrato de Concesión incluye también el desarrollo de los Estudios de Detalle necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción y Mejoramiento, los cuales se realizarán de acuerdo con la normativa nacional aplicable y los mejores estándares internacionales de buena práctica, en diseño de proyectos viales. El contenido de los Estudios de Detalle que deben ser realizados por el Concesionario será al menos el definido en el Anexo 1 de este Apéndice Técnico.

(...)

1.5 Características Viales del Sector 3



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Se señalan, a continuación, las principales características geométricas que deberán satisfacer los **Tramos de duplicación de calzada y el Mejoramiento del Tramo Bosconia – El Carmen de Bolívar.**

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

- **Velocidad de diseño 100 km/h.** Geometría en planta y perfil acorde con las especificaciones vigentes de la normativa de diseño geométrico para dicha velocidad de diseño.

- Derecho de vía de 60 metros, distribuido simétricamente desde el punto medio del separador central.

(...)

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

(b) Características geométricas básicas del mejoramiento del Sector 3b (Ver esquemáticamente en figura 4, a continuación)

- Velocidad de diseño 80 km/h. Geometría en planta y perfil acorde con las especificaciones vigentes de la normativa de diseño geométrico para dicha velocidad de diseño.

- Sección transversal típica: calzada bidireccional de dos carriles de 3,65 metros y bermas de 1,80 metros. Zonas de señalización y servicios de 1,0 metros en ambas márgenes, a partir de las bermas. La carretera se diseñará como primera calzada de una carretera de dos calzadas.

- **En caso de que el Concesionario construya parte o la totalidad de la doble calzada en el Sector 3b esta deberá cumplir con las mismas características geométricas de la nueva vía del Sector 3a, tanto en las condiciones geométricas (correspondientes a 100 km/h) como en la sección transversal tipo.**

(c) Características geométricas básicas del mejoramiento del Sector 3c.

- Velocidad de diseño 100 km/h. Geometría en planta y perfil acorde con las especificaciones vigentes de la normativa de diseño geométrico para dicha velocidad de diseño.

- Sección transversal típica: calzada bidireccional de dos carriles de 3,65 metros y bermas de 1,80 metros. Zonas de señalización y servicios de 1,0 metros en ambas márgenes, a



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

partir de las bermas. La carretera se diseñará como primera calzada de una carretera de dos calzadas.

- En caso de que el Concesionario construya parte o la totalidad de la doble calzada en el Sector 3c esta deberá cumplir con las mismas características geométricas de la nueva vía del Sector 3a, tanto en las condiciones geométricas (correspondientes a 100 km/h) como en la sección transversal tipo.

(Se destaca)

En relación con los estudios técnicos a cargo del concesionario, en el numeral 2.1. se estableció

2.1 Estudios Técnicos

El Concesionario deberá desarrollar los Estudios de Detalle para definir al nivel adecuado las **Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** que se describen de forma conceptual en el presente Apéndice Técnico.

(...)

Estudio de Trazado y Diseño Geométrico: **El Estudio de Trazado y Diseño Geométrico pondrá especial atención al diseño de las variantes de población y a los pasos por el interior de zonas pobladas (pasos poblacionales)**, debiendo plantear soluciones que conjuguen el menor impacto posible a las zonas urbanas y su entorno de actividad económica, con los requerimientos de capacidad vial del Sector.

(...)

El Concesionario deberá desarrollar un Estudio de Detalle por cada uno de los Tramos que se indican en el Cuadro 2, pudiendo agrupar varios Tramos en un solo Estudio de Detalle. El Tramo Variante Bosconia – Inicio Variante Fundación incluye la Variante de la población de Bosconia, que podrá desarrollarse en un estudio independiente, si así se considera conveniente. Así mismo, los Tramos Bosconia – Valledupar y Bosconia – El Carmen de Bolívar podrán desarrollarse hasta en 2 ó 3 estudios parciales, respectivamente, atendiendo a su longitud.

Respecto de las Especificaciones Técnicas Para la Fase de Construcción, en el numeral 3 se destaca:

3. Especificaciones Técnicas Para la Fase de Construcción

En este numeral se describen las Obras de Construcción y Mejoramiento que el Concesionario deberá llevar a cabo durante la Fase de Construcción, una vez todos los Estudios de Detalle necesarios para iniciar la intervención del respectivo Tramo sean verificados por la Interventoría. Para su exposición se han dividido en duplicación y mejoramiento.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Las referencias aproximadas que delimitan el Sector, se definen en el Cuadro 1 y los Estudios de Detalle establecerán con exactitud los puntos correctos de inicio y final del Sector.

3.1 Duplicación de la Carretera Existente (Sector 3a)

3.1.1 Proceso de Duplicación de Calzada

La duplicación de una carretera existente unida a la mejora parcial de su trazado, es un proceso complejo que comprende un amplio rango de obras y de operaciones, destinadas a compatibilizar la ejecución de los trabajos con el mantenimiento de los niveles de servicio y la seguridad vial en el conjunto de la red afectada.

(...)

3.1.2 Construcción de la nueva calzada

La nueva calzada se debe ejecutar con las características geométricas de trazado y sección transversal tipo definitivas. **Debe cumplir con las especificaciones geométricas correspondientes a una velocidad de diseño de 100 km/h**, por lo que su ejecución presentará interferencias puntuales con el trazado de la carretera existente en Operación. El peralte se dispondrá hacia el exterior.

3.1.3 Acondicionamiento de la Carretera Existente

Serán necesarias obras de rehabilitación y reposición de la infraestructura existente de forma que se renueven y mejoren las condiciones actuales hasta alcanzar los mismos estándares de calidad que tendría una calzada de nueva construcción.

(...)

La nueva infraestructura debe tener unas características funcionales acordes a las exigencias de la demanda de movilidad y de calidad de servicio durante toda la vigencia del Contrato. **Todo ello supondrá modificaciones sustanciales en cuanto a trazado, variantes de población, construcción de intercambiadores, ordenación de márgenes de la carretera, etc., que deben ser abordadas en la Fase de Preconstrucción, durante la elaboración de los Estudios de Detalle.**

Las obras se ejecutarán según los Estudios de Detalle de ingeniería que serán preparados por el Concesionario para el Sector 3a y verificados por la Interventoría. Sin carácter exhaustivo, se prevén los siguientes tipos de intervención:

(...)

- Variantes de población

(...)

3.1.4 Características funcionales

Se recogen a continuación los principales elementos relacionados con la funcionalidad y operación requeridos para este Sector.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

(...)

(c) Variantes de Población

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

Cuadro 4. Variantes de Población

Variante	Descripción	Ramal	Inicio		Final	
			PR inicio	Ruta	R Final	RI
Bosconia	Se conforma como anillo vial con intersecciones tipo glorieta para los cruces hacia Santa Marta, Cartagena, Valledupar y Bogotá.	Bogotá - Cartagena	85+600	4516	24+000	8003
		Cartagena - Santa Marta	24+000	8003	3+000	4517
		Santa Marta - Valledupar	3+000	4571	28+100	8003
		Valledupar - Bogotá	28+100	8003	85+600	4516

(d) Pasos Poblacionales

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

(...)

3.3 Duplicación de la Carretera Existente (Sectores 3b y 3c)

En caso de llevarse a cabo la duplicación parcial o total de la carretera existente en los Sectores 3b y 3c, de acuerdo con los criterios definidos en el Contrato y en la Oferta Técnica del Concesionario, deberá ser realizada siguiendo los mismos estándares y procedimientos de la duplicación del Sector 3a, salvo lo indicado en el párrafo siguiente. Lo anterior considerando que con base en el Plan de Obras definido por el Concesionario y las fechas máximas para realizar el Mejoramiento definidas en el Cuadro



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

11, el Mejoramiento de la vía actual podría ser realizado (a) previamente a las obras de duplicación o (b) de forma simultánea con parte o la totalidad de las obras de duplicación.

(Se destaca)

Del Apéndice Ambiental que acompañó el CONTRATO y los pliegos, se relieván los siguientes aspectos:

El presente Apéndice Ambiental **hace parte integral del Contrato de Concesión**. A menos que en el presente Apéndice Ambiental se indique expresamente lo contrario, los términos con primera letra en mayúscula que aquí se utilicen tendrán el mismo significado que se le atribuye a tales términos en el Contrato de Concesión.

El objetivo de este Apéndice Ambiental es establecer las obligaciones del Concesionario en relación con el componente ambiental. A continuación se presentan las obligaciones del Concesionario en las diferentes áreas.

2. Obligaciones del Concesionario relacionadas con la Autoridad Ambiental

(...)

- **El Concesionario deberá preparar y asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de los estudios solicitados por la Autoridad Ambiental**, requeridos para el trámite y obtención de las Licencias Ambientales y las modificaciones a que haya lugar **y los requerimientos que de estas se deriven**; así como para la obtención de los permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales.

3. Obligaciones del Concesionario relacionadas con la vía existente.

Teniendo en cuenta que la Ley Aplicable no prevé la obligatoriedad de tramitar y obtener Licencia Ambiental para los proyectos de rehabilitación y/o pavimentación, las Obras de Construcción y Rehabilitación que el Concesionario adelante en el Sector, particularmente en la vía existente y que no estén enmarcadas dentro de aquellas sometidas al proceso de licenciamiento ambiental, deberá dar estricto cumplimiento a la guía de manejo ambiental de proyectos de infraestructura – sub sector vial, emitida de forma conjunta entre el INVIAS y el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

Por lo tanto, el Concesionario deberá elaborar el Programa de Adaptación a la Guía Ambiental (PAGA), de forma previa al inicio de las Obras de Construcción y Rehabilitación de cada Tramo. Para ello, deberá considerar lo establecido en la guía mencionada. **Esta información es de referencia y no podrá ser utilizada por el Concesionario como argumento para posibles reclamaciones. El Concesionario tiene la obligación de elaborar los estudios ambientales a que haya lugar** considerando la información disponible y la que deba generar para satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Aplicable.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

4. Obligaciones del Concesionario relacionadas con la construcción de la segunda calzada

Los Tramos o secciones de doble calzada que el concesionario deba desarrollar deberán previamente tramitar y obtener la respectiva Licencia Ambiental.

Teniendo en cuenta que el Concesionario tiene como obligación realizar los Estudios de Detalle para cada Tramo, **deberá incluir dentro de estos estudios los correspondientes al estudio de impacto ambiental y otros asociados**, los cuales deben realizarse de forma coordinada y complementaria. **Estos estudios ambientales le servirán de base al Concesionario, para que tramite y obtenga la(s) Licencia(s) Ambiental(es) correspondiente(s).** Será requisito para el inicio de las Obras de Construcción y Rehabilitación asociadas a cada uno de los Tramos que se obtenga la respectiva Licencia Ambiental.

Para el desarrollo de los estudios ambientales, el Concesionario podrá consultar los documentos de referencia que fueron puestos a disposición del Concesionario en el cuarto de información de referencia durante la Licitación. Esta información es de referencia y por lo tanto su suficiencia no podrá ser utilizada por el Concesionario como argumento para posibles reclamaciones. El Concesionario tiene la obligación de elaborar los estudios ambientales a que haya lugar considerando la información disponible y la que deba generar para satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Aplicable.

5. Obligaciones del Concesionario relacionadas con la construcción de variantes

El Concesionario deberá previamente tramitar y obtener la respectiva Licencia Ambiental de las variantes que no se encuentren ubicadas en lugares donde se desarrollará doble calzada. Lo anterior, dado que para las variantes que se encuentran ubicadas donde se van a realizar obras de doble calzada se entiende que la variante forma parte integral de la doble calzada y por lo tanto se tramitará y obtendrá la Licencia Ambiental para la doble calzada.

Teniendo en cuenta que el Concesionario tiene como obligación realizar los Estudios de Detalle, deberá incluir dentro de estos **estudios los correspondientes al estudio de impacto ambiental de la variante y otros asociados a la misma**, los cuales deben realizarse de forma coordinada y complementaria. Estos estudios ambientales le servirán de base al Concesionario, para que tramite y obtenga la Licencia Ambiental correspondiente. Será requisito para el inicio de las Obras de Construcción y Rehabilitación asociadas a cada uno de los Tramos que se obtenga la respectiva Licencia Ambiental.

Para el desarrollo de los estudios ambientales, el Concesionario podrá consultar los documentos de referencia que fueron puestos a disposición del Concesionario en el cuarto de información de referencia durante la Licitación. Esta información es de referencia y por lo tanto su suficiencia no podrá ser utilizada por el Concesionario como argumento para posibles reclamaciones. El Concesionario tiene la obligación de elaborar los estudios



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

ambientales a que haya lugar considerando la información disponible y la que deba generar para satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Aplicable.

6. Obligaciones generales del Concesionario

(...)

El Concesionario tiene la obligación de cumplir con las exigencias ambientales definidas por la Autoridad Ambiental. Por lo tanto, el Concesionario deberá ejecutar las obligaciones derivadas del Contrato y del presente Apéndice (junto con sus Anexos), de tal forma que cumpla oportuna y efectivamente las obligaciones generales y particulares que la Ley Aplicable establezca para el desarrollo del objeto del Contrato. La Interventoría será responsable de adelantar el seguimiento al cumplimiento de los compromisos ambientales.

(...)

El Concesionario deberá ejecutar el Contrato, de tal forma que permita el cumplimiento de la(s) Licencia(s) Ambiental(es), según ésta(s) se modifique(n) o adicione(n) de tiempo en tiempo. La Interventoría es responsable de adelantar el seguimiento al cumplimiento de los compromisos ambientales.

El Concesionario – por su cuenta y riesgo – deberá realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de las normas ambientales vigentes, incluyendo la tramitación y obtención de los permisos, licencias, concesiones, etc., necesarios para la ejecución de las actividades señaladas en el párrafo anterior y en general en el presente Apéndice Ambiental y en el Contrato de Concesión. El cumplimiento de estas obligaciones por parte del Concesionario no generará compensación ni indemnización alguna a cargo del INCO, ni será admitido como causal eximente del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que adquiere el Concesionario en el Contrato de Concesión.

(...)

El Concesionario asumirá plenamente los riesgos ambientales derivados de la expedición y/o modificación de Ley Aplicable.

- Aspectos relevantes de la oferta presentada, el acto de adjudicación y de las estipulaciones contractuales

En el acta de adjudicación del proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010, en la que consta la audiencia de adjudicación y apertura del sobre No. 2, celebrada el 21 de julio de 2010, se advierte que a la apertura del Sobre No. 2 YUMA Concesionaria S.A. PSF obtuvo **460 puntos** por su oferta económica y **440 puntos por su oferta técnica**, para un **puntaje total de 1000**.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Por lo anterior, mediante Resolución No. 289 del 22 de julio de 2010 el INCO adjudicó el CONTRATO objeto de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 a YUMA Concesionaria PSF, integrada por Impregilo S.P.A., Fondo de Capital Privado Ruta del Sol, Infraestructura Concesionaria S.A. Infracon S.A., C.I. Grdco S en C.A. Ingenieros Civiles y Técnica Vial S. En C.A.

De las estipulaciones contenidas en el texto del CONTRATO de Concesión No. 007 de 2010 celebrado entre INCO (hoy ANI) y YUMA concesionaria S.A., se destacan los siguientes aspectos:

Sección 1.01 Definiciones

(g) "Alcance Básico". Es el número de kilómetros de doble calzada de la Oferta Técnica, el cual incluye obligatoriamente el Alcance Básico Mínimo.

(...)

(i) "Apéndice". Son los documentos adjuntos de carácter técnico, ambiental, predial y social, listados en la tabla de contenido del presente Contrato, que contienen obligaciones a cargo del Concesionario y del INCO y **que forman parte integral del presente Contrato**. Cualquier modificación a un Apéndice implicará la modificación del presente Contrato.

(...)

(gg) "Estudios de Detalle". Corresponden a los estudios y diseños de construcción de un proyecto con el alcance señalado en el Anexo 1 del Apéndice Técnico. Comprenden todas las actividades de diseño detallado en todas y cada una de las áreas técnicas de ingeniería, consideraciones ambientales, sociales, prediales y de tráfico.

(hh) "-Estudios de Trazado y Diseño Geométrico". Los estudios de trazado y diseño geométrico corresponden a los estudios relacionados con el diseño de las características geométricas de la vía en cuanto a velocidad, diseño horizontal, diseño vertical sección transversal y demás aspectos técnicos relacionados con el diseño geométrico de una vía que forman parte de los Estudios de Detalle en los términos del Apéndice Técnico del presente Contrato.

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

(oooo) "VPIT". Es el valor presente calculado al 31 de diciembre de 2008 de los ingresos correspondientes a los Aportes INCO y a los recaudos de Peajes solicitado por el Concesionario en su Propuesta en Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008 y que una vez alcanzado implicará la terminación del presente Contrato y por consiguiente la suscripción del Acta de Recibo Final, salvo que se venza el plazo máximo previsto en la Sección 1.04(d), caso en el cual se aplicará lo previsto en la Sección 1.04(e).



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Sección 1.02.

(a) La contraprestación del Concesionario consistirá en el VPIT que se obtendrá con (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato, y (11.) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente Contrato.

(b) La concesión incluye la ejecución completa y en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la Fase de Preconstrucción; (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión, (iii) las Obras de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse a las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente Contrato son obligaciones de resultado a cargo del Concesionario.

SECCIÓN 1.04. *Plazo Total Estimado del Contrato.*

(a) El Plazo Total Estimado del Contrato es de hasta VEINTICINCO (25) años contados a partir de la Fecha de Inicio. La totalidad de los plazos señalados en el presente Contrato se contarán a partir de la Fecha de Inicio, por lo tanto el primer día de cualquier plazo señalado en el presente Contrato para dar cumplimiento a alguna obligación será el Día de la Fecha de Inicio.

SECCIÓN 2.01 *Fase de Preconstrucción.*

(a) La Fase de Preconstrucción iniciará en la Fecha de Inicio y terminará cuando se verifique el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que se señalan a continuación. Por lo tanto, el cumplimiento de los mismos será condición previa y necesaria para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción:

(v) Haber obtenido las licencias y permisos requeridos por la Autoridad Gubernamental y por la Autoridad Ambiental para el inicio de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento respecto de los Hitos que vaya a intervenir, si esto fuese viable conforme con la Ley Aplicable, incluyendo pero sin limitarse a, la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y los demás permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales;

SECCIÓN 2.02. *Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción.*



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

(g) Establecer bajo su propia responsabilidad la **necesidad de obtener Licencias Ambientales necesarias para adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Sector.** De ser el caso, tramitar y obtenerlas antes de iniciar la intervención del Tramo o del Hito. Si el Concesionario decide, amparado en la Ley Aplicable, que las Licencias Ambientales se pueden solicitar por Tramos o incluso por Hitos, la obligación de tramitarlas y obtenerlas deberá cumplirse antes de iniciar la intervención del Tramo o Hito respectivo, sin que sea necesario tener las Licencias Ambientales de los demás Tramos o Hitos que no sean objeto de intervención.

(h) Preparar **todos los estudios que le solicite la Autoridad Ambiental** necesarios para el trámite y obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y permisos así como asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de tales estudios.

SECCIÓN 2.05. *Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Construcción.*

El Concesionario será responsable por la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, así como de las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, la gestión predial y las Obligaciones de Tráfico y Señalización, de conformidad con lo previsto en este Contrato y en sus Anexos y Apéndices. Para tales efectos deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y en particular tendrá a su cargo las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás obligaciones del Concesionario asignadas en el presente Contrato, en sus Anexos y Apéndices, en el Pliego y la Propuesta, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza:

(f) Entregar a satisfacción del Interventor y del INCO las obras ejecutadas y responder por su calidad y estabilidad en los términos previstos en este Contrato.

(g) Ejecutar las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social para cumplir total y cabalmente con las obligaciones contenidas en los Apéndices Ambiental y Predial Social de este Contrato, incluyendo las acciones establecidas en el plan social básico y en la Ley Aplicable durante la ejecución del Contrato.

(h) Preparar **todos los estudios que le solicite la Autoridad Ambiental** necesarios para el trámite y obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) así como asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de tales estudios.

(...)

SECCIÓN 13.01. *Valor del Contrato.*

El Valor del Contrato será la suma de DOS BILLONES, SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$2.079.953.179.851.00) constantes del 31 de diciembre de 2008 que corresponde al VPIT, incluido en la Propuesta presentada en la Licitación.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

(...)

(c) En todo caso, se entiende que el alcance previsto en el presente Contrato a la fecha de su adjudicación, incluyendo pero sin limitarse a, los costos y gastos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato, los estudios, diseños (incluyendo pero sin limitarse a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle) y ensayos que se considere necesario realizar, todas las obligaciones que emanan del mismo así como los costos de financiación, el retorno del capital, la adquisición de los Predios en los términos del Capítulo VII, la gestión social y predial del Apéndice Predial Social, las utilidades del Concesionario y los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables están incluidos en su totalidad en el valor señalado en el literal (a) anterior, y por lo tanto, salvo por lo previsto en las Secciones 10.06 y 14.04, cualquier ajuste al valor del Contrato que solicite el Concesionario será negado por el INCO.

(d) Así mismo, se entiende que el valor del Contrato incluye todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Concesionario, aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, las Obras de Tráfico y Señalización o las Obras de Mantenimiento y la Operación. Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del Concesionario de elaborar sus propios Estudios de Detalle, incluyendo los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa Preoperativa, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, los gastos financieros y administrativos, directos e indirectos, y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

(e) El valor efectivo de este Contrato incluye también la asunción de los riesgos de construcción, geotécnicos, geológicos, ambientales, de operación, administrativos, financieros, cambiarios, tributarios, regulatorios, de tráfico, políticos y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato. En tal sentido, las partes declaran que, 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 Aplicable (áreas normales) han sido valorados y se entienden incluidos en el VPIT. Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio por parte del INCO de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la ley 80 de 1993.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

SECCIÓN 13.04. *Valoración de los montos a trasladar desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario.*

(a) La obtención del VPIT por parte del Concesionario se calculará con base en (i) la contribución por parte del INCO a la Cuenta Aportes INCO de los Aportes INCO para ser destinados a los usos que corresponden según lo previsto en el presente Contrato y el Contrato de Fiducia Mercantil. Siempre que el Concesionario tenga derecho a recibir los Aportes INCO, en los términos del presente Contrato, la Fiduciaria podrá de manera inmediata trasladar los recursos que sean necesarios desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario, y (ii) la cesión del recaudo de las Estaciones de Peaje.

(h) Los traslados a la Cuenta Aportes Concesionario correspondientes a los Aportes INCO de la Etapa Preoperativa se calcularán mensualmente de acuerdo con la siguiente fórmula: [En la fórmula se contempla la variable “kmnz” que corresponde al total de kilómetros de calzada nueva construidos en el hito z, incluyendo variantes]

CAPÍTULO XIV

ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

SECCIÓN 14.01. *Ecuación Contractual y Mecanismos para su Restablecimiento.*

La ecuación contractual del presente Contrato estará conformada por los siguientes factores:

(a) El Concesionario asume y por ende se entiende incluido dentro del valor del presente Contrato señalado en la Sección 13.01: (A) el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y (B) los riesgos que le han sido expresamente asignados así como los áleas normales de la ejecución de sus obligaciones. Lo anterior en tanto que, el Concesionario declaró con la presentación de la Propuesta durante la Licitación, que había entendido y conocido el alcance de las obligaciones derivadas del presente Contrato así como que había efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados Finalmente, corresponde al Concesionario asumir los áleas normales de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario.

(b) El INCO asume el costo de los riesgos expresamente asignados al INCO, y del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

SECCIÓN 14.02. *Riesgos del Concesionario.*

A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras Secciones o estipulaciones de este Contrato, sus Anexos y sus Apéndices o que se deriven de la naturaleza de este Contrato. Por lo tanto no procederán reclamaciones del Concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Concesionario y —consecuentemente— el INCO no hará



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Concesionario que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato.

(a) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios (incluyendo mano de obra y servicios) para adelantar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y de las cantidades de obra que resulten necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento para cumplir con sus obligaciones contractuales, toda vez que es una obligación contractual del Concesionario obtener los resultados previstos en el Apéndice Técnico y en el presente Contrato de Concesión, sin que existan cubrimientos o compensaciones de parte del INCO, como consecuencia de la variación entre cualquier estimación inicial de las cantidades de obra para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento frente a lo realmente ejecutado o por la variación entre cualquier estimación de precios inicialmente efectuada para los insumos necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y los que en realidad existieron en el mercado al momento de la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento.

(g) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social.

(k) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas, toda vez que mediante el mecanismo establecido en el Capítulo XIII del Contrato, se entienden enteramente compensadas todas las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario. El mecanismo contenido en el Capítulo XIII de este Contrato, permite mantener en todo momento las condiciones económicas y financieras y está diseñado para restablecer y mantener la ecuación contractual en los términos de los artículos 5 y 27 de la ley 80 de 1993.

(m) En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, la contratación del Contratista EPC, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.

SECCIÓN 14.03. *Riesgos del INCO.*

A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el INCO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras Secciones o estipulaciones de este Contrato, sus Anexos y sus Apéndices que de manera



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

expresa le asignen al INCO. En todo caso, cuando de la ocurrencia de tales riesgos se desprenda una obligación de pagar una suma de dinero al Concesionario se aplicará el procedimiento señalado en la Sección 14.04(c):

(a) Los efectos desfavorables, derivados de la existencia de daño emergente del Concesionario, por la ocurrencia de hechos de Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos de la Sección 19.02 del presente Contrato siempre que se trate de obras que al momento de ocurrir tales hechos se encuentren afectas directamente al Sector. En ningún caso se reconocerá el lucro cesante.

Sección 14.04 Procedimiento para Restablecimiento del Equilibrio Económico del contrato.

(c) Medios para Restablecer el Equilibrio Económico. Si el restablecimiento del equilibrio económico es procedente a favor del Concesionario, el INCO procederá a determinar, en la decisión final, la forma como se restablecerá el equilibrio económico del Contrato, pudiendo implementar una o varias de las siguientes alternativas:

(i) Aumentar o disminuir las Tarifas a ser cobradas en las Estaciones de Peaje.

(ii) Efectuar pagos al Solicitante, siempre que cuente con la respectiva partida presupuestal para ello, o con autorización para comprometer vigencias futuras.

(iii) Modificar las obligaciones contractuales del Solicitante de manera proporcional al monto a ser reconocido.

(iv) Aumentar el plazo máximo de la concesión y por ende del presente Contrato dentro de los límites legales.

(v) Aumentar el VPIT.

SECCIÓN 19.12. *Información y Conocimiento del Sector.*

El Concesionario declara que conoce y ha revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones relacionados con la celebración y ejecución de este Contrato, la naturaleza financiera del mismo, el cronograma para los traslados de la Cuenta Aportes INCO, la posibilidad real de ejecutar todas las prestaciones del Contrato con cargo a los recursos disponibles, así como los lugares donde se ejecutará el Contrato, incluyendo condiciones de transporte a los sitios de trabajo, obtención, manejo y almacenamiento de materiales, transporte, manejo y disposición de desechos, disponibilidad de materiales, mano de obra, agua, electricidad, comunicaciones, vías de acceso, condiciones del suelo, condiciones climáticas, de pluviosidad y topográficas, características de los equipos requeridos para su ejecución, características del tráfico automotor, incluyendo las categorías vehiculares y las condiciones de volumen y peso de los vehículos, el régimen tributario a que estará sometido el Concesionario, normatividad jurídica aplicable y, en general, todos los demás aspectos que puedan afectar el cumplimiento del Contrato, todo lo cual fue tomado en cuenta en la preparación de la Propuesta del Concesionario. Se

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Tribunal de Arbitraje
YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI*

considera que el Concesionario ha realizado el examen completo de los sitios de la obra y que ha investigado plenamente los riesgos, y en general, todos los factores determinantes de los costos de ejecución de los trabajos, los cuales se incluyeron en los componentes económicos de su Propuesta, teniendo en cuenta estrictamente la estructura de aportes estipulada en este Contrato, sin perjuicio del cubrimiento de los efectos derivados de algunos riesgos en los estrictos términos de las Secciones 14.03 y 14.04 del presente Contrato. El que el Concesionario no haya obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no lo eximirá de responsabilidad por la ejecución completa de las obras de conformidad con este Contrato, ni le dará derecho a reconocimiento adicional alguno por parte del INCO ya que el Concesionario asume la carga de diligencia de efectuar las investigaciones y verificaciones necesarias para preparar su Propuesta.

SECCIÓN 19.22. Documentos del Contrato.

Son documentos de este Contrato los siguientes:

Anexo 1	Cronograma de Aportes Al Fondo de Contingencias
Anexo 2	Supervisor INCO
Anexo 3	Pliego de Condiciones
Anexo 4	Propuesta del Concesionario
Anexo 5	Autorización Vigencias Futuras
Anexo 6	Ajustes por Diferencias en la Presupuestación de los Aportes INCO
Anexo 7	Modelo de Certificación Aseguradoras y Reaseguradoras
Apéndices	Apéndice Técnico - Parte A Apéndice Técnico – Parte B Apéndice Técnico – Anexo 1: Contenido de los Estudios de Detalle Apéndice Técnico – Anexo 2: Medición de Indicadores Apéndice Ambiental Apéndice Social y Predial – Parte A: Gestión Predial Apéndice Social y Predial – Parte B: Gestión Social
Cualquier contrato o convenio que se suscriba entre las Partes para la ejecución de este Contrato.	
Las certificaciones, autorizaciones y demás documentos que acrediten la existencia y representación legal del Concesionario.	
Los certificados de disponibilidad presupuestal expedidos por el INCO para garantizar los Aportes INCO previstos en este Contrato.	
Las actas e informes que suscriban las partes en desarrollo del presente contrato	



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Las condiciones expresadas en el presente Contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del Contrato, salvo por las disposiciones contenidas en el Pliego y en la Propuesta del Concesionario las cuales prevalecerán sobre el presente contrato.

SECCIÓN 19.25. Declaraciones y Garantías de las Partes.

(b) Declaraciones del Concesionario. Con la suscripción del presente Contrato, el Concesionario declara y garantiza lo siguiente:

(iv) Aceptación Contrato: El Concesionario acepta los términos y condiciones del presente Contrato, los ha estudiado y valorado, particularmente los riesgos a su cargo.

Dada la relevancia que para el presente proceso tiene el otrosí No. 7 al CONTRATO, a continuación se extrae el siguiente aparte de las consideraciones

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

- **Aspectos relevantes relacionados con la ejecución del CONTRATO**

Mediante comunicaciones 4120-E1-158399 del 3 de diciembre de 2010 y 4120-E1-31507 del 14 de marzo de 2011, YUMA solicitó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT (Autoridad Ambiental) pronunciamiento sobre la necesidad de presentar un Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA para el Proyecto vial Ruta del Sol 3.

Mediante comunicación 2400-2-31507 del 23 de junio de 2011 el MAVDT informó que una vez evaluados los estudios presentados por el concesionario y realizadas las actividades correspondientes, se expidió el Concepto Técnico No 906 del 17 de junio de 2011, en el que se concluyó que debía presentarse DAA para los siguientes pasos poblados:

Departamento	Municipio	Centro Poblado	Tramo
Cesar	Curuman	San Roque	1
	El Paso	Cuatro Vientos	2
	El Copey	El Copey	3
	Valledupar	Mariangola	8
		Aguas Blancas	8
Magdalena	Algarrobo	Loma del Bálsamo	3
	Zona Bananera	La Gran Vía	4
	Ciénaga	La Isabel	4
	El Plato	El Plato	5 y 6

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Nueva Granada	El Bajo	6
	Nueva Granda	6
	La Gloria	6
Ariguani	El Difícil	6 y 7
	Pueblo Nuevo	7

Según consta en el Auto No. 1103 del 19 de abril de 2013, proferido por la ANLA, el MAVDT solicitó, también un DAA para el centro poblado Julio Zawady, de acuerdo con lo contenido en las comunicaciones NO. 2400-E2-31507 del 6 de julio de 2011, 2400-E2-123986 del 29 de septiembre de 2011 y 4120-E2-35245 del 8 de junio de 2012.

En relación con San Roque, en la comunicación del MAVDT se precisó el DAA para la población de San Roque "...dependerá del alcance contractual de YUMA Concesionaria, de tal forma que si dentro de dicho alcance se contempla el paso por el centro poblado de San Roque, se deberá presentar el DAA respectivo para el paso por esta población". Lo anterior, toda vez que dicho punto es la conexión entre los sectores 2 y 3 del Proyecto Ruta del Sol.

Por su parte, la cláusula 9 del otrosí No. 7 al CONTRATO, estableció:

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

En el "Dictamen Legal" presentado por YUMA³⁵ consta que en relación con el anillo vial de Bosconia, el concepto técnico No. 906 de 17 de junio de 2011 consideró innecesario el DAA toda vez que ya había sido objeto de licenciamiento ambiental por parte del Invías en el año 1996 (Resolución 012 del 9 de enero de 1996).

La siguiente gráfica ilustra el trazado general del sector 3 de la Ruta del Sol y algunos de los pasos poblados en los que se exigió el DAA por la autoridad ambiental.

³⁵ En relación con el valor probatorio de este documento me reitero en lo señalado en la audiencia de contradicción del dictamen celebrada el 20 de enero de 2020 y, en consecuencia, solicito al H. Tribunal tenerlo como alegato de parte de conformidad con lo previsto en el artículo 226 del Código General del Proceso.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje
 YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Trazado Ruta del Sol 3

Fuente: Agencia Nacional de Infraestructura



En cuanto a los trámites ante la Autoridad Ambiental, en la ejecución del CONTRATO se consideró dividir los tramos entre aquellos que los que requerían y los que no requerían consultas previas³⁶, de conformidad con la habilitación contractual sobre el particular.

Ahora bien, en relación con las variantes ordenadas por la Autoridad Ambiental, los trámites de presentación de los DAA's por cada uno de los pasos poblados, la definición de alternativas parte de la ANLA, el licenciamiento ambiental y el estado de ejecución de cada una de las variantes, de las pruebas allegadas al presente proceso³⁷, es posible extraer los que en el siguiente cuadro se sintetiza:

Ubicación trazado	Sector	Variante	Presentación DAA YUMA	Selección alternativa ANLA	Licencia Ambiental en firme	% de Ejecución
Transversal El Carmen de Bolívar - Valledupar	El Carmen de Bolívar - Bosconia	El Plato	3 de agosto de 2012	Auto 998 (11/ap/2013)	1084 (19/sep/2014)	0
		El Bajo	25 de junio de 2012	Auto 779 (15/mar/2013)	296 (28/mar/2014)	23%
		Nueva Granada	3 de agosto de 2012	Auto 998 (11/ap/2013)	1384 (14/nov/2014)	0
		La Gloria	25 de junio de 2012	Auto 779 (15/mar/2013)	296 (28/mar/2014)	0

³⁶ Testimonio Diana Gavilán. Audiencia del 3 de diciembre de 2018.

³⁷ Como insumos para la elaboración del cuadro se tomaron las pruebas en medio digital allegadas por la convocante con la demanda reformada, particularmente, las carpetas denominadas "3. PERMISOS AMBIENTALES"; "4. DOCUMENTOS ANLA"; así como del informe rendido ante el H. Tribunal por Consorcio El Sol el 10 de diciembre de 2018, identificado con el número C.911/RS8639/18/7.3.1 (cuaderno de pruebas No. 1, folios 160 a 188), el cual fue aportado al presente trámite en cumplimiento de lo ordenado en el numeral B.2. del auto No. 29 del 7 de noviembre de 2018.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

		El Difícil	3 de agosto de 2012	Auto 998 (11/ap/2013)	1384 (14/nov/2014)	2%
		Pueblo Nuevo	25 de junio de 2012	Auto 779 (15/mar/2013)	296 (28/mar/2014)	100%
	Bosconia - Valledupar	Mariangola	3 de agosto de 2012	Auto 998 (11/ap/2013)	1208 (30/sep/2015)	0%
		Aguas Blancas	25 de junio de 2012	Auto 779 (15/mar/2013)	1208 (30/sep/2015)	0%
Variante Bosconia			N/A	N/A	1037 (5/ago/2015)	0%
Longitudinal San Roque - Yé de Ciénaga	San Roque - Bosconia	San Roque	5 de diciembre de 2012	Auto 3016 (10/sept/2013)	No tiene	0%
		Cuatro Vientos	23 de abril de 2012	Auto 3223 (23/sep/2013)	928 (3/ago/2015)	10%
	Bosconia - Yé de Ciénaga	El Copey	5 de diciembre de 2012	Auto 3016 (10/sept/2013)	1208 (30/sep/2015)	0%
		Julio Zawady	5 de diciembre de 2012	Auto 3016 (10/sept/2013)	1208 (30/sep/2015)	0%
		Loma de Bálsamo	25 de junio de 2012	Auto 998 (11/ap/2013)	1208 (30/sep/2015)	0%
		La Gran Vía	23 de abril de 2012	Auto 491 (20/mar/2014)	1208 (30/sep/2015)	0%
		La Isabel	27 de abril de 2012	Auto 491 (20/mar/2014)	1208 (30/sep/2015)	0%

Fuente: propia

Concepto del Ministerio Público frente al problema jurídico

Teniendo en cuenta el recuento probatorio antes detallado, a continuación se presentan las conclusiones parciales respecto de cada uno

Primera conclusión parcial sobre aspectos contextuales

De los documentos que definieron la política pública relacionada con el Sector 3 del proyecto Ruta del Sol, debe destacarse las necesidades de aumento de la capacidad del corredor vial y la reducción de tiempos de viaje con incrementos de velocidad a 100 km, buscando, en todo caso, la reducción de la accidentalidad. Igualmente, resulta relevante la introducción del concepto de *Valor Presente de los Ingresos Esperados* para efectos de la remuneración del concesionario (modificando así el criterio del Ingreso Esperado) y la inclusión de los alcances progresivos dentro de los proyectos, los cuales quedan condicionados al cumplimiento de ciertos aspectos relevantes para su viabilidad.

Se destaca, también, las limitaciones de alcance al trayecto Carmen de Bolívar – Valledupar, pues se establecieron condiciones particulares para la construcción de la doble calzada, relacionados con diseños definitivos e incrementos del tráfico (alcance condicionado).



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Análogamente se relievra la recomendación de la construcción de intersecciones a desnivel y de variantes en diferentes poblaciones, toda vez el corredor atraviesa los cascos urbanos de diferentes municipios que, por su tamaño, representan un riesgo alto para la seguridad vial.

Segunda conclusión parcial sobre aspectos relacionados con los estudios y documentos previos

En primer lugar, debe destacarse el indudable valor, desde el punto de vista contractual, de los Estudios y Documentos Previos que acompañaron el proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010, tal como se dejó precisado al destacar sus aspectos relevantes.

En segundo lugar, se advierte de su contenido que se ajustaron a las recomendaciones y directrices de la política pública contenida en los documentos Conpes mencionados con antelación, en cuanto, por ejemplo, a la forma de remuneración del concesionario y los alcances progresivos del proyecto.

Se observa, igualmente, que se informa a los interesados sobre la obligación que recaería en el concesionario de adelantar la totalidad de los estudios ambientales requeridos y de la necesaria obtención de las licencias ambientales correspondientes.

Los estudios previos presentaron una información general (numeral 5.3.3.) sobre los egresos estimados del proyecto en áreas de ingeniería, tráfico, ambiental, socio predial y legal, los cuales debería ser considerados por los proponentes para la estructuración de sus ofertas.

En relación con la oferta técnica y su forma de evaluación, se anticipó la posibilidad de presentar propuestas con mayores kilómetros de calzada nueva, lo cual supondría la obtención de un mayor puntaje en la calificación.

Respecto de la distribución de riesgos, se presentó una matriz general en la que se tipificó el riesgo, se estimaba su impacto y se realizaba su asignación, no obstante que, dentro del proceso arbitral, se pudo evidenciar que la matriz que contenía estimados económicos no fue puesta en conocimiento de los interesados, por guardar relación con la modelación financiera elaborada por la entidad y, en esa medida, no es vinculante contractualmente para las partes.

Así mismo, se dejó claridad sobre el alcance inicial que tendría el proyecto en la ejecución de obras de rehabilitación y mejoramiento del tramo Bosconia – Carmen de Bolívar.

Tercera conclusión parcial sobre aspectos relacionados con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 y sus Apéndices Técnico – Parte A y Ambiental

Para efectos de la solución del problema jurídico planteado, son múltiples los aspectos que se concluyen de la valoración sistemática de los textos antes transcritos y que agrupamos de la siguiente manera:

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

(i) Sobre las consideraciones generales a tener en cuenta para la presentación de la propuesta

En términos generales, los documentos estudiados imponen al proponente y futuro contratista la necesidad de adoptar todos sus conocimientos y experticia en la valoración de las condiciones técnicas y ambientales que rodean la ejecución del proyecto, aspectos que tienen un evidente reflejo en las condiciones financieras del mismo. En ese sentido se impone a los interesados la carga de validar la información que consideren necesaria para la construcción de sus ofrecimientos, teniendo en cuenta, sin duda, los estudios que fueron puestos a consideración por parte de la entidad. Este ejercicio de debida diligencia comporta que con la presentación de la propuesta la ANI asuma que los proponentes han considerado la viabilidad financiera del CONTRATO, atendiendo, particularmente el alcance técnico de su propuesta (numeral 1.10.3 de los Pliegos).

(ii) Sobre la propuesta técnica de los oferentes, su evaluación y consecuencias contractuales.

En este aspecto se destaca que los proponentes tenían la posibilidad de presentar una oferta mínima, que correspondería al "alcance básico mínimo". Sin embargo, contaban con la posibilidad –y en ello radicaba la competencia entre los diferentes proponentes- de ofertar hasta 464 km de nueva calzada, la cual constituiría el "alcance básico del proyecto". Quien ofertará los 464 km adicionales recibiría el mayor puntaje, esto es, 440 puntos.

Ahora bien, de conformidad con el apéndice técnico, la oferta básica con kilómetros adicionales sería aplicada a la duplicación de la vía del tramo comprendido entre El Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, con la carga de cumplir con las mismas características geométricas de la nueva vía del tramo San Roque-Bosconia-Yé de Ciénaga, tanto en las condiciones geométricas (correspondientes a 100 km/h) como en la sección transversal tipo. Adicionalmente, dado que ya no se trataría de obras de construcción y mejoramiento, sino de duplicación de calzada, resulta necesario que el proponente tenga en cuenta la necesidad de tramitar una licencia ambiental.

(iii) Sobre las condiciones técnicas de la propuesta, en particular, los aspectos relacionados con las variantes de población

De los aspectos que se dejan transcritos, puede concluirse que los pliegos de condiciones y los apéndices dan un tratamiento plural y singular indistinto a las variantes de población, sin perjuicio de que en el numeral 3 del Apéndice Técnico – Parte A, relativo a las especificaciones técnicas para la fase de construcción, particularmente en el numeral 3.1.4., se indique que dentro de los principales elementos relacionados con la funcionalidad y operación **requeridos** para el sector se incluya expresamente la variante de población de Bosconia.

Sobre este particular, dada la trascendencia que tiene para efectos del presente litigio, se observa que cuando se afirma que uno de los principales elementos relacionados con la funcionalidad y operación requeridos en el sector, es la variante de Bosconia, ello no es indicativo de que será la única variante. Lo que se advierte de la literalidad de la regla, es que se trata de un elemento principal y requerido para

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

la funcionalidad y operación del sector, esto es, que es **necesario**³⁸, sin perjuicio de que puedan presentarse otras variantes.

En efecto, en el numeral 3.1.3. se indica expresamente que la nueva infraestructura debe tener unas características funcionales acordes con las exigencia de la demanda de movilidad, lo que "...supondrá modificaciones sustanciales cuanto a trazado, **variantes de población**, construcción de intercambiadores, ordenación de márgenes de la carretera, etc.", lo que comporta un llamado de atención al proponente y futuro contratista respecto de las previsibles modificaciones de esos aspectos durante la fase de preconstrucción. Tal particular acento, también se observa de los indicado en el numeral 2.1. (Estudios Técnicos) cuando se señala que el "...*Estudio de Trazado y Diseño Geométrico pondrá especial atención al diseño de las variantes de población y a los pasos por el interior de zonas pobladas (pasos poblacionales)*",

(iv) Sobre los estudios en materia ambiental

Se deriva de la regulación principalmente contenida en el apéndice ambiental que todos los costos asociados a los estudios solicitados por la autoridad ambiental son de cargo exclusivo del concesionario, así como los requerimiento que se deriven de la obtención de las licencias ambientales. Se observa, también, una distinción en el alcance las obligaciones del futuro contratista relacionados con los sectores en los que se requiera o no licencia ambiental, bajo la consideración que en la estructuración del proyecto el tramo Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar no tendría, en principio duplicación de calzada y en esa medida no sería necesario el trámite de la licencia. En el numeral 4 del apéndice se señala con meridiana claridad que "[l]os Tramos o secciones de doble calzada que el concesionario deba desarrollar deberán previamente tramitar y obtener la respectiva Licencia Ambiental".

El apéndice precisa, además, que el concesionario está en la obligación de incluir dentro de los estudios de detalle los correspondientes "...al estudio de impacto ambiental y otros asociados...", los cuales le servirán de base "...para que tramite y obtenga la(s) Licencia(s) Ambiental(es) correspondiente(s)". De tal regulación se deduce, entre otros aspectos, que tales estudios ambientales no se había realizado al momento de estructurar el proyecto y, por contera, correspondería al concesionario realizarlos, asumiendo los efectos que de ellos se derivaran.

- **Cuarta conclusión parcial sobre aspectos relacionados de la oferta presentada, el acto de adjudicación y de las estipulaciones contractuales**

Las conclusiones del análisis de los documentos mencionados resultan sustancialmente similares a las de la tercera conclusión parcial, por lo tanto, se reitera.

Otros aspectos relevantes que se derivan de los mencionados documentos son los siguientes:

³⁸ "Requerir: 3. Tr. Necesitar"; "Necesitar: 1. tr. Tener necesidad de alguien o algo". Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/necesitar#BGSj8tQ>



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

En primer lugar se advierte de la propuesta técnica presentada por YUMA, que incluyó la duplicación de calzada en la totalidad del trazado Carmen de Bolívar-Bosconia-Valledupar, de lo que se deriva, entre otras circunstancias, que de no haber realizado tal ofrecimiento no habría sido necesario adelantar trámites relacionados con licencias ambientales, tal como se consignó en los pliegos de condiciones.

En relación con este aspecto, resulta importante poner de presente lo señalado por el testigo Gustavo Uribe Restrepo, con el que se reafirma la conclusión antes expuesta:

DR. GALLEGO: Usted está familiarizado con la oferta de quien aspiraba a ser contratista?

SR. URIBE: Sí señor.

DR. GALLEGO: Usted podría dar una descripción muy somera de en qué consistía lo ofertado por la promesa de sociedad futura en ese entonces para ser la contratista en este?

SR. URIBE: Con mucho gusto, cuando se abrió la licitación para la cual se iba a escoger el concesionario para este proyecto, la licitación en los pliegos decía muy claro que el alcance básico del contrato era desde San Roque hasta la Y de Ciénega, la obligación del Concesionario era construir la doble calzada desde San Roque hasta la Y de Ciénega, pero había un alcance adicional sobre el cual los proponentes debían definir qué longitud de doble calzada iban a construir de Carmen de Bolívar hasta Valledupar.

El proponente que presentara la mayor longitud de doble calzada para este tramo era el que se iba a ganar el contrato, en el caso de Yuma Concesionaria, Yuma Concesionaria en su propuesta ofertó que iba a construir la doble calzada obligatoria de San Roque a la Y de Ciénega y además toda la doble calzada adicional desde Valledupar hasta Carmen de Bolívar, se sacó el máximo puntaje posible y le adjudicaron el contrato.

DR. GALLEGO: Usted revisó el proceso de evaluación de las ofertas o sólo miró esta?

SR. URIBE: Sólo miré la...

DR. GALLEGO: No conoce las otras, no, no, me refiero a que si usted lo sabe algunos otros de los proponentes propusieron eso mismo o no sabe?

SR. URIBE: No tengo conocimiento de eso.

DR. GALLEGO: Usted sabe cuál es el efecto de haber propuesto dentro del tramo Carmen de Bolívar Valledupar, cuál es el efecto que implica sobre el pliego y sobre la estructuración, cuál es el efecto que implicaba hacer una doble calzada total?

SR. URIBE: Sí, hay algunos apartes en el pliego, básicamente estaban diseñados pensando en la doble calzada que se iba a construir de la Y de Ciénega hasta San Roque y... por algunos apartes dejaron la posibilidad de la doble calzada de



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Valledupar y Carmen de Bolívar que... no muy apta y no muy bien definida cómo debía operar.

DR. GALLEGO: Sí gracias, la pregunta era más bien encaminada a si usted sabe o le consta, usted le refirió al Tribunal que en la oferta técnica se hizo un ofrecimiento constructivo para ganar unos puntos adicionales, la pregunta es usted puede, sabe o puede indicar al Tribunal sobre los efectos ambientales que tiene la mejoría de ese proyecto en términos de construcción y en términos de licenciamiento?

SR. URIBE: En términos de construcción y licenciamiento la diferencia está en que si el Concesionario tenía que únicamente hacer la rehabilitación y mejoramiento de la calzada existente entre el Carmen de Bolívar y Valledupar no era necesario hacer, sacar la licencia ambiental, ni era necesario presentar... de alternativas para los pasos poblados.

Como el concesionario ofreció construir la doble calzada que es una calzada nueva totalmente, tenía la obligación de sacar licencia ambiental para todo el tramo entre Carmen de Bolívar y Valledupar y particularmente los sitios donde la autoridad ambiental se lo solicitara y presentara diagnósticos ambientales y alternativas.

En el mismo sentido, la testigo Egnna Dorayne Franco Méndez informó:

DR. GALLEGO: Usted recuerda la propuesta técnica que presentaron ellos?

SRA. FRANCO: Básicamente la propuesta era presentar una carta donde dicen cuántos son los kilómetros que ofrecen, los mínimos eran 219 más los que ellos ofrecieran, entonces ellos ofrecieron 464 kilómetros en segunda total en su carta de propuesta.

DR. GALLEGO: Cuando ellos ofrecen en su propuesta entre doble calzada qué consecuencia tenía eso respecto de los centros poblados tanto de la Y de Ciénaga San Roque, como de Carmen de Bolívar Valledupar, cómo era el tratamiento de los pasos poblados frente a la oferta?

SRA. FRANCO: Ellos al hacer acá el mejoramiento y haber la segunda calzada, ellos tenían que hacer una licencia ambiental y acá sobre el corredor únicamente pues tenían que hacer el paga que llaman, no había que hacer licencia ambiental porque era mejorar la carretera, ya al presentar segunda calzada pues había que hacer licenciamiento ambiental tanto para la troncal como para la transversal.

DR. GALLEGO: Para claridad del Tribunal y la grabación, puede explicar la respuesta en el tramo relacionado Carmen de Bolívar Valledupar respecto de la oferta mejorada?

SRA. FRANCO: En la oferta mejorada hay alrededor de 8 centros poblados, si no hubieran ofertado la segunda calzada ellos simplemente paga no tienen que licenciar, no tienen que presentar diagnósticos de alternativas pero al presentar



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

segunda calzada de licenciamiento ambiental sí se debe presentar diagnóstico alternativa para los centros poblados y licenciamiento ambiental.

DR. GALLEGO: Y puede relatarle al Tribunal respecto tanto del paga como el DDA qué aconteció en este proyecto?

SRA. FRANCO: Al hacer ya segunda calzada ellos tienen el Concesionario debió presentar diagnóstico alternativa para cada uno de los centros poblados, en ese momento la ANLA decide a quiénes presentarnos que decidió a todos presentar el diagnóstico de alternativa y en su mayoría todos quedaron con variantes menos un centro poblado.

DR. GALLEGO: Y conforme ese diagnóstico de alternativas, conforme a la respuesta anterior si lo sabe puede informarle al Tribunal si ese diagnóstico de alternativas ambientales dado el conocimiento que usted tiene del pliego era previsible o no respecto de la oferta mejorada?

SRA. FRANCO: Sí señor porque la ley ambiental establece que todos los centros poblados deben tener diagnóstico de alternativas y lo mismo la segunda calzada también deben tener licenciamiento ambiental, entonces todo licenciamiento ambiental que parte que tenga centros poblados debe tener diagnóstico de alternativas conforme lo dice la ley ambiental.

DR. GALLEGO: Usted sabe o recuerda, si lo recuerda qué ley o qué artículo de qué ley establece eso?

SRA. FRANCO: No recuerdo bien el número si es 2228, no recuerdo bien si es el número 2228, no recuerdo bien si es el número de la ley ambiental del 2010.

DR. GALLEGO: Volvamos al diagnóstico de alternativas, el diagnóstico de alternativas si lo sabe surge del pliego o de la oferta mejorada?

SRA. FRANCO: El diagnóstico de alternativas...

DR. GALLEGO: La necesidad de hacerlo?

SRA. FRANCO: Surge de la oferta.

DR. GALLEGO: Me puede explicar esa respuesta?

SRA. FRANCO: Es decir acá en esta transversal tenían que hacer segunda calzada que ahí ya se sabía que tenían que hacer diagnóstico de alternativas porque pasaban por pasos poblados, en esta no se tenía previsto diagnóstico de alternativas porque simplemente era un mejoramiento a la existente y sólo se generaría diagnóstico de alternativas en la segunda calzada que ofreciera el Concesionario, como ellos ofrecen todo el corredor, los 245 kilómetros, entonces surge la necesidad del diagnóstico en todos los centros poblados que determinó la ANI.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

DR. GALLEGO: Usted recuerda conforme el diagnóstico presentado por el concesionario en qué consistía?

SRA. FRANCO: Básicamente los diagnósticos eran o ir por la izquierda o ir por la derecha o pasar por el centro poblado.

DR. GALLEGO: Quién ofrecía esas tres opciones?

SRA. FRANCO: El Concesionario.

DR. GALLEGO: Y quién tenía la potestad de escoger de las tres opciones?

SRA. FRANCO: La ANLA.

DR. GALLEGO: Conforme a un diagnóstico presentado por quién?

SRA. FRANCO: Por el Concesionario.

DR. GALLEGO: Una vez se presenta la oferta, cuántos kilómetros de doble calzada tenía el proyecto una vez se firmó el contrato?

SRA. FRANCO: Una vez se firma el contrato queda con 465 kilómetros de mejoramiento y 465 kilómetros de segunda calzada.

DR. GALLEGO: Y cuando se firma el otrosí No. 8 que aprueba los diseños cuántos kilómetros está obligado a construir en doble calzada el contratista?

SRA. FRANCO: Más o menos 475 de segunda calzada y 463 de mejoramiento, es decir básicamente son 930 kilómetros que debe intervenir de segunda calzada y mejoramiento y con el otrosí 8 y los nuevos diseños que incluyen las variantes da alrededor de 939 kilómetros.

DR. GALLEGO: O sea, el proyecto creció respecto de la estructuración?

SRA. FRANCO: Sí, totalmente.

DR. GALLEGO: Por qué?

SRA. FRANCO: Porque frente a la estructuración eran 209 de segunda calzada y 465 de mejoramiento, al firmar el contrato con la oferta que hace el Concesionario serían 930 kilómetros entre mejoramiento y doble calzada y con el otrosí 8 donde ya se define el diseño definitivo y por donde van los trazados quedó en 939.6 kilómetros si mal no recuerdo.

DR. GALLEGO: Si lo sabe cuánto hubiera sido el proyecto en kilómetros si no hubiera mediado la oferta mejorada?



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

SRA. FRANCO: Si no hubieran ofrecido nada 219 kilómetros de segunda calzada y 465 de mejoramiento.

En relación con las obligaciones asumidas por el concesionario y su remuneración se destaca que en el valor del CONTRATO se entiende incluida la remuneración de las circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del CONTRATO o cuando se trate de riesgos que hayan asumido las partes.

Respecto de los riesgos, si bien se tiene la matriz contenida en los estudios y documentos previos, en el CONTRATO también se dejaron sentadas las reglas respectivas, indicando que el concesionario debería asumir las variaciones de las cantidades de obra necesarias para la consecución de los resultados previstos para las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento del proyecto, así como los efectos derivados de los obligaciones ambientales.

Frente al otrosí No. 7 y su documento previo de autorización en el Comité de Contratación de la ANI, se observan manifestaciones relacionadas con la obligación al concesionario de construir 15 variantes de población adicionales a las previstas en el CONTRATO, sin que de ello se pueda concluir un desconocimiento de las condiciones pactadas en los demás documentos contractuales a los que se ha hecho referencia y solo podría interpretarse en el sentido de que resultan adicionales a las expresamente pactadas y no, por tanto, un reconocimiento expreso del derecho pretendido por el concesionario, pues de lo contrario no se habría pactado en ese mismo otrosí la necesidad de acudir a este proceso arbitral para dirimir sus controversia.

Conclusiones generales y estudio de los supuestos específicos para resolver el problema jurídico

(i)

Con las pruebas aportadas se demostró que la construcción de las 15 variantes de población estaba previstas, en consecuencia, la construcción deberá realizarla el concesionario con cargo a la remuneración inicialmente pactada.

Para sustentar la presente conclusión, se realizará un estudio general sobre las obligaciones en materia de estudios ambientales a cargo del concesionario para la totalidad del proyecto y posteriormente se estudiará, por separado las cargas derivadas de la presentación de la oferta técnica con un alcance básico que supuso de duplicación de toda la calzada de lo que hemos denominado la "Transversal El Carmen de Bolívar – Valledupar".

En términos generales, debe señalarse que desde la formulación de la política pública se puso de presente la necesidad de aumento de la capacidad del corredor vial y la reducción de tiempos de viaje con incrementos de velocidad a 100 km, buscando, en todo caso, la reducción de la accidentalidad, así como la recomendación de la construcción de intersecciones a desnivel y de variantes en diferentes poblaciones, toda vez el corredor atraviesa los cascos urbanos de diferentes municipios que, por su tamaño, representan un riesgo alto para la seguridad vial.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Así mismo, desde los estudios y documentos previos se advirtió a los interesados sobre la obligación que tendrían de realizar todos los estudios ambientales requeridos por la Autoridad Ambiental, particularmente aquellos necesarios para obtener las licencias ambientales que viabilizaran la construcción de la obras.

En este sentido, es importante destacar lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2820 de 2010:

Artículo 13. De los estudios ambientales. Los estudios ambientales a los que se refiere este título son el Diagnóstico Ambiental de Alternativas y el Estudio de Impacto Ambiental que deberán ser presentados ante la autoridad ambiental competente.

Los estudios ambientales son objeto de emisión de conceptos técnicos, por parte de las autoridades ambientales competentes.

La norma transcrita, permite entender que cuando los documentos contractuales vinculantes del Proyecto Ruta del Sol 3 hacían referencia a los estudios ambientales requeridos, dentro de ello se encontraban el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), los cuales, de ser el caso, son necesarios para obtener la licencia ambiental.

También debe precisarse que de acuerdo con el artículo 8 de la Decreto 2820 de 2010, es necesario obtener licencia ambiental para los proyectos de construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura asociada a la misma y la construcción de segundas calzadas.

Adicionalmente, de las pruebas aportadas, puede advertirse que, no obstante los estudios del proyecto al momento de iniciarse el proceso de contratación, se encontraban en fase de factibilidad, no se habían adelantado los estudios necesarios para la obtención de las licencias ambientales, razón por la cual los estudios previos, los pliegos de condiciones y los apéndices correspondientes, impusieron y reiteraron esa obligación en cabeza del concesionario.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro del proyecto original se tenía prevista la construcción de una segunda calzada en la que denominamos "Longitudinal San Roque – Yé de Ciénaga", los proponentes, dado su especial conocimientos sobre estas temáticas, debían anticipar la necesidad de obtener la licencia ambiental y, previamente, realizar los estudios ambientales que les requiriera la Autoridad Ambiental, lo cual, incluso, fue indicado expresamente en los documentos contractuales vinculantes.

En relación con el DAA, a la luz del artículo 18 del Decreto 2820 de 2010, resultaba evidente que el concesionario debía solicitar a la Autoridad Ambiental un pronunciamiento sobre la necesidad de presentar dicho diagnóstico. En efecto, la norma establece:

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Art. 18. Los interesados en los proyectos, obras o actividades que se describen a continuación deberán solicitar pronunciamiento a la autoridad ambiental competente sobre la necesidad de presentar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas - DAA:

12. La construcción de carreteras, los túneles y demás infraestructura asociada de la red vial nacional, secundaria y terciaria.

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

También resultaba anticiparle, de las normas que regulan la material y de las previsiones contenidas en los documentos contractuales vinculantes, que para los pasos poblados existentes en la "Longitudinal San Roque – Yé de Ciénaga", deberían presentarse, si así lo consideraba la Autoridad Ambiental, alternativas, entre las cuales se encuentra la "variante de población", aspecto que, también, es claramente previsible, más para un experto en la material.

En este punto debe observarse, que en la mayor cantidad de decisiones en las que, para el presente proyecto, la Autoridad Ambiental optó por la variante de población, puso de presente el aumento de la capacidad del corredor vial y la reducción de tiempos de viaje con incrementos de velocidad a 100 km, pues tales factores generaban un riesgo, previsible, para los pobladores.

Bajo la anterior óptica, para esta agencia del Ministerio Público, resulta claro que la posibilidad de exigencia de variantes de población en la "Longitudinal San Roque – Yé de Ciénaga", resulta ser un evento previsible para un experto en la materia.

En cuanto a la previsión contractual de variantes de población diferentes a la variante de Bosconia, deben reiterarse las conclusiones expuestas en la tercera conclusión parcial del presente concepto, parcialmente las incluidas en el ordinal (iii) conforme con las cuales, de los documentos contractuales vinculantes se advierte la previsión sobre la posible existencia de mas variantes de población, así como la conclusión parcial 4, en el sentido de que todas las obras en relación con las obligaciones asumidas por el concesionario y su remuneración, entre las que se destaca que en el valor del CONTRATO se entiende incluida la remuneración de las circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del CONTRATO o cuando se trate de riesgos que hayan asumido las partes, así como la obligación del concesionario de asumir las variaciones de las cantidades de obra necesarias para la consecución de los resultados previstos para las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento del proyecto.

De lo anterior se deriva que el mayor número de variantes de población exigidas por la Autoridad Ambiental para obtener la licencia ambiental y los mayores costos derivados de tal contingencia se encuentran a cargo del concesionario.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Ahora bien, en relación con las variantes de población exigidas por la Autoridad Ambiental para la “*Transversal El Carmen de Bolívar – Valledupar*”, debe precisarse que ella, en su totalidad, deben ser de cargo del concesionario, no solo por los argumentos expuestos en precedencia, sino porque del contenido de la propuesta técnica del Concesionario, al haberse ofrecido un alcance básico que comprendía la duplicación de la calzada total en la denominado “*Transversal El Carmen de Bolívar – Valledupar*”, se variaron las condiciones de la estructuración presentada por la ANI, en la medida en que para esa transversal, en el alcance básico mínimo, no era requerida la obtención de licencias ambientales a la luz de las normas antes citadas, circunstancia que, además, se puso de presente en los documentos contractuales vinculados, tal como se dejó indicado en la cuarta conclusión parcial, lo cual fue reafirmado por los testigos, cuya declaración se dejó transcrita.

La oferta del concesionario, entonces, debió prever esta circunstancia y, de acuerdo con el contenido contractual vinculante, la remuneración de tales actividades se encuentra comprendida dentro de valor contractual acordado con el concedente.

Refuerza las anteriores conclusiones el que, se trata, por lo visto de un riesgo razonable, proporcionado y, particularmente previsible para un avezado agente de negocios como lo es el concesionario y las sociedades que lo conforman. Estamos, en consecuencia, ante el denominado riesgo interno o empresarial, del que se dio cuenta en la parte teoría del presente concepto, en la medida en se trata de una contingencia inherentes al objeto de la organización misma del concesionario, quien, debido a sus especiales conocimientos, tenía la carga de prever su posible ocurrencia desde la negociación misma –etapa precontractual– y, por tanto, debe 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.

De lo que viene de indicarse, en consecuencia, tanto las variantes de población correspondientes a la la “*Longitudinal San Roque – Yé de Ciénaga*”, como aquella impuestas para la denominado “*Transversal El Carmen de Bolívar – Valledupar*”, resultaban previsibles para YUMA y, en consecuencia, los costos asociados a su construcción son de su entero cargo y no podrían ser consideradas como obras adicionales a remunerar con independencia del valor pactado como VPIT.

(ii)

Con las pruebas aportadas no se advierte un desequilibrio económico del CONTRATO

No obstante que, al evidenciarse la previsibilidad del riesgo y la previsión de las variantes de población en las reglas contractuales, no está demás señalar que el pretendido desequilibrio de la relación contractual no se encuentra evidenciado en las pruebas allegadas al proceso, pues al margen de la estimación de costos aportada por YUMA, no existen ninguna prueba que permita evidenciar que con el VPIT pactado no puedan ser asumidos los costos derivados de la imposición de construir la 15 variantes impuestas por la Autoridad Ambiental.

Sobre este particular debe reiterarse que, tal como se dejó indicado en los aspectos teóricos fundantes del presente concepto, que la distribución de riesgos contractuales no excluye la procedencia de la

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

teoría de la imprevisión, aunque la finalidad de tal reparto de contingencias sea limitar y reducir su aplicación dentro de la relación contractual. Así, por lo tanto, puede que la concreción de los riesgos asignados a cada parte supere sus previsiones y resulten afectando de manera grave y anormal la equivalencia prestacional.

Bajo las anteriores condiciones, debe el contratista demostrar que el riesgo que se materializó es externo, extraordinario e imprevisible y que no se le asignó o que superó en sus efectos al asignado. Deberá acreditar, además, que el riesgo afectó la ejecución del CONTRATO y representó un costo excesivo su ejecución, al punto que rompió el sinalagma contractual.

Lo primero que debe destacarse es que los modelos financieros que sustentan los CONTRATOS de concesión, tal como lo ha sostenido la justicia arbitral, son estimaciones proyectadas que pueden o no concretarse en la realidad de ejecución del negocio, sin que ello, en principio, pueda ser considerado como un parámetro para estimar la existencia de un desequilibrio económico del CONTRATO³⁹. En estos términos la rentabilidad esperada por el concesionario no se encuentra, por regla general, garantizada en la medida en que la naturaleza esencial del CONTRATO de concesión es que el mismo se ejecute “*por cuenta y riesgo*” del concesionario, por manera que el riesgo de la obtención de la utilidad esperada es de su entero resorte. Así lo reconoció la justicia arbitral en el laudo de Departamento de Cundinamarca vs. Concesión Panamericana del 26 de enero de 2011, al precisar:

2- En el caso del CONTRATO OJ-121-97, esa ecuación o equilibrio en cuanto atañe con el departamento, **no se puede establecer a partir de la TIR del inversionista como el demandante lo solicita en su demanda, pues es claro que tal tasa, como lo afirma después en su alegato, no está garantizada como resultado de la ejecución del CONTRATO, es decir, no existe garantía de rentabilidad a favor del concesionario, pues éste hace parte del riesgo comercial asumido por él.** Por lo mismo, esos valores estimados pueden ser superiores o inferiores, todo de conformidad con el acaecimiento de hechos o la ocurrencia de diversas circunstancias que son de cargo del concesionario. No se trata, entonces, de un parámetro cierto, de un derecho real surgido del CONTRATO y, por lo mismo, no sirve como patrón de medida para determinar si hay o no desequilibrio en contra del departamento.

Por lo tanto, no es razonable pretender que se analice la supuesta ruptura del equilibrio económico del CONTRATO, a partir de un elemento que no está, en ningún caso, previsto como un derecho a favor del departamento ni constituye tampoco garantía de utilidad a favor del concesionario.

La TIR del inversionista en un proyecto dado, no es sino un mera expectativa de negocio, de utilidad, que proyecta el proponente como mecanismo de análisis

³⁹ Laudo Arbitral de Concesión Santa Marta - Paraguachón S.A. vs. INVIAS, de 24 de agosto de 2001; Laudo arbitral de Concesionaria Vial de los Andes S.A. vs. ANI del 17 de noviembre de 2016; laudo arbitral de Autopistas del Sol S.A.S. vs. ANI del 6 de diciembre de 2016.



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

para saber si le es conveniente o no participar en el mismo. Por lo tanto, solo al final de la ejecución del proyecto, se podrá establecer si de la ejecución del mismo, el inversionista obtuvo o no la utilidad esperada.

(Se destaca)

Ahora, en relación con la remuneración de los CONTRATOS de concesión, particularmente aquellos que hacen parte de la tercera generación de concesiones, como es el CONTRATO No. 007 de 2010, en el Laudo de Íntegra de Colombia S.A.S., Castro Tcherassi S.A., Civilia S.A., Ofinsa Inversiones S.A.S, Equipo Universal S.A., G4S Secure Solutions Colombia S.A -G4S- y Mincivil S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, se indicó:

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.

Así, en estos CONTRATOS de Concesión se utiliza el concepto de costo de capital. 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."

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

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 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.

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."

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.

Teniendo claro, por lo transcrito, que la remuneración del concesionario busca el retorno del capital invertido, más el costo de oportunidad del mismo (costo de capital), para efectos de establecer si la afectación de la Tasa Interna de Retorno-TIR supone un desequilibrio económico de la relación contractual que dé lugar a su restablecimiento, resulta necesario también estimar en qué eventos podría considerarse que la afectación de las expectativas del contratista concesionario por la no obtención plena de la TIR suponen un "*punto de pérdida*". Al respecto, es ilustrativo lo señalado en el laudo arbitral

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

del Departamento de Cundinamarca vs Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, del 21 de septiembre de 2009:

(a). Cabe señalar primero que la jurisprudencia arbitral mencionada por la misma reconviniente en los fundamentos de derecho de su pretensión, **ha rescatado la importancia de la determinación de si se han obtenido o no dividendos en la ejecución del objeto contractual por parte del concesionario, como elemento inherente a la existencia o no de alteración del equilibrio de las prestaciones del negocio jurídico de carácter estatal.** No obstante que tales pronunciamientos de la justicia arbitral tuvieron en cuenta en sus consideraciones el concepto de "reparación integral", hoy revaluado por el mismo Consejo de Estado, e, inclusive por el legislador, en ellos se realiza importantes pronunciamientos en cuanto a las utilidades y dividendos se refiere para la determinación de la ruptura de la ecuación financiera del contrato de concesión.

(b) En el laudo arbitral del 24 de agosto de 2001, del Tribunal de Arbitramento entre la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y el Instituto Nacional de Vías - INVIAS-, se señaló que **"la posibilidad de obtener utilidades y de reparto de dividendos a los socios del proyecto debieron involucrarse en la TIR. De esta manera (...) al mantenerse la TIR pactada, se cumplirán las expectativas de ganancia que tuviera el concesionario al celebrar el contrato (...)"**, tal criterio no puede aplicarse en este estado del contrato, pues la TIR, como ya se decidió, sólo se sabrá si se obtiene o no al final del mismo.

(c). En el laudo arbitral del 26 de marzo de 2003, del Tribunal de Arbitramento entre la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A. y e Instituto Nacional de Vías - INVIAS-, se estableció la no obtención de dividendos como elemento de prueba determinante del desequilibrio económico del contrato, en los siguientes términos: **"Prueba de la existencia del desequilibrio contractual en el presente caso, la constituye el hecho que el concesionario no ha podido repartir dividendos a sus socios.** Esta situación, a juicio de los Peritos (Respuesta a la pregunta No. 17 formulada por la parte convocante), se debe, principalmente, a dos razones: "Como consecuencia del déficit constante de ingresos que se ha presentado, el proyecto no ha logrado alcanzar los niveles de utilidad que hacen posible la repartición de dividendos". La disminución de los ingresos con respecto a las proyecciones, ha obligado al Concesionario a renegociar los términos de la deuda. Dentro de los nuevos términos establecidos en el Acuerdo de Reestructuración de Créditos firmado el 1 de mayo de 2002 entre Fideicomiso y los Establecimientos de Crédito, se le exige como garantía el flujo de caja, por lo que es imposible realizar una repartición de dividendos antes de servir la deuda..." En estos términos, es claro para el Tribunal que la verdadera causa que originó el no reparto de los dividendos, dentro del cronograma que se tenía previsto, es la renegociación de la deuda a la que obligatoriamente se vio abocado el concesionario y no a la pignoración del flujo de caja alegado por la Señora Agente del Ministerio Público.

El hecho de no pagar los dividendos dentro del tiempo estimado, tiene un efecto financiero que en criterio de los Señores Peritos, "se refleja en una disminución de la



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

rentabilidad del capital invertido por el inversionista, dado que no se compensan los aportes estipulados al inicio del contrato. Es decir, que para que la rentabilidad esperada del inversionista no se viera afectada, el cronograma, tanto de aportes como de pago de dividendos, debería cumplirse en el momento convenido”.

(e). La obtención de utilidades y el reparto de dividendos entre los miembros del Consorcio DEVISAB no sólo descarta la existencia de pérdidas o la causación de un perjuicio al concesionario como consecuencia del reconocimiento de intereses sobre la garantía de ingreso mínimo desde su establecimiento anual y no desde la causación del déficit de tráfico y de recaudo, no lográndose la configuración de uno de los elementos esenciales para la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, sino que además presupone la inexistencia de ruptura del equilibrio económico por esta causa y, por ende, no se requiere la adopción de medidas tendientes a su restablecimiento y su revisión por tales circunstancias.

Por las razones expuestas, no prospera ni esta pretensión de la reconviniente ni sus pretensiones consecuenciales sobre el particular, y se declarará probada por el Tribunal la excepción de inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión No. 01 de 1996 propuesta por la entidad reconvenida.

(Se destaca)

Lo anteriormente indicado, también resulta aplicable la remuneración pactada en el presente CONTRATO definida como el Valor Presente de los Ingresos Esperados, pues en ella también se utiliza una tasa de descuento, dicho sea de paso, no fue puesta de presente en el presente trámite.

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

Lo antes indicado, aplicado al caso concreto, de acuerdo con el material probatorio analizado, llevan a concluir a esta agencia del Ministerio Público que, si bien se acreditó que la construcción de las 15 variantes de población le impondrán unos importantes costos al Concesionario, no existen ninguna evidencia que permita advertir la ruptura del sinalagma contractual. No basta, entonces, demostrar – como lo está, se reitera- que el concesionario tendrá que hacer un esfuerzo patrimonial para el cumplimiento del CONTRATO para que se imponga a la ANI el deber de compensarlo por esos montos. Era necesario demostrar y no se hizo, que ese esfuerzo patrimonial impidió al concesionario cubrir los montos invertidos para la ejecución del proyecto.

Calle 16 No. 4 – 75, piso 3. Teléfono 5878750, ext. 13613. camantilla@procuraduria.gov.co



PROCURADURÍA 132 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal de Arbitraje

YUMA Concesionaria S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Con todo, la respuesta al segundo problema jurídico es positiva, en tanto las 15 variantes de población, cuya construcción impuso la Autoridad Ambiental en el trazado del proyecto objeto del CONTRATO si estaban prevista en el mismo y no constituyen un riesgo extraordinario para el concesionario. En consecuencia, no pueden ser consideradas como obras adicionales que deben ser remuneradas independientemente al concesionario, ni podrían ser compensadas como un evento constitutivo de la teoría de la imprevisión.

Finalmente, debe precisarse que las anteriores consideración no resultan predicables del mayor valor que se ocasione por la construcción de la variante de San Roque, la cual fue asignada en su totalidad a YUMA, asunto que, desde esta vista fiscal, se encuentra resuelto en los documentos contractuales suscritos por las partes, por lo menos en cuanto guarda relación con la parte asignada con posterioridad a la celebración del CONTRATO y que hacía parte del Proyecto Ruta del Sol 2.

En estos términos, de manera atenta, deja sentado su concepto el suscrito representante del Ministerio Público

De los señores Árbitros, cordialmente,

CARLOS ALBERTO MANTILLA NAMÉN

Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos