# 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 -

# LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., República de Colombia, seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo de mérito que finaliza el proceso arbitral entre las Sociedades **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.**, de una parte y, de la otra, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI -.**

# I. ANTECEDENTES

## 1. EL CONTRATO ESTATAL ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Con la demanda arbitral, la parte convocante aportó copia del Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994[1], entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS** que cedió al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, transformado hoy en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, en ese momento integrada por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A.**, **CIVILIA LTDA.**, **EQUIPO UNIVERSAL LTDA.**, **WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.**, **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA.**, **CASTRO TCHERASSI & CIA LTDA.**, **COLSERAUTO S.A.**, **ENFASEGUROS LTDA.**, **TOPCO S.A.**, **INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI** y la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A.**, el cual tiene por objeto "ejecutar según lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación, el mantenimiento y la administración fiduciaria del proyecto vial denominado 'Desarrollo Vial del Norte de Bogotá', en el Departamento de Cundinamarca."

[1] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 2346 a 2419

Tal y como se verá más adelante, algunos de los integrantes iniciales de la Unión Temporal fueron excluidos de ella o sustituidos por otros.

A su vez, en desarrollo de lo previsto en la Resolución No. 03783 del 26 de septiembre de 2003, expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS** el citado Contrato fue cedido por éste, a título gratuito, al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003,[2] en cumplimiento de lo cual, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** - **INCO** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, el 28 de enero de 2004, se acordó la modificación del Contrato de Concesión para indicar que donde se señale **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y/o INVÍAS** se entenderá **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y/o INCO** y, en este sentido y para todos los efectos, se debe entender que la entidad contratante es ésta.

Posteriormente, conforme a lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1°), el cual dispuso que "Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura" (artículo 25).

## 2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En la Cláusula Cuadragésima Segunda del Contrato de Concesión Nº 0664 del 24 de noviembre de 1994, está contenida la Cláusula Compromisoria, cuyo texto es el siguiente:

> *"**PARÁGRAFO. CLÁUSULA COMPROMISORIA.** Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos, dos de los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del tribunal será Bogotá. Las partes convienen en que cuando el laudo infrinja normas de derecho se considerará que ha sido expedido en conciencia y por lo tanto habrá lugar al recurso de anulación previsto en la Ley."*

Es pertinente señalar que el Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, fue celebrado por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS**, el cual lo cedió al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-**, no obstante lo cual ha sido convocada a este proceso como parte convocada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, en razón a que mediante el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del **INCO** de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial (artículo 1°) y se dispuso que *"Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura"* (artículo 25). Por lo anterior, el Tribunal considera que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** se encuentra amparada por el pacto arbitral y está legitimada para comparecer a este proceso.

A su vez, se advierte que el citado Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, fue celebrado con la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE**

[2] Diario Oficial No.45.231 del viernes 27 de junio de 2003, pp. 47-49

**BOGOTÁ - DEVINORTE**, en ese momento integrada por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., CIVILIA LTDA., EQUIPO UNIVERSAL LTDA., WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CASTRO TCHERASSI & CIA LTDA., COLSERAUTO S.A., ENFASEGUROS LTDA., TOPCO S.A., INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI-** y la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A.** Empero, algunos de los integrantes iniciales de la Unión Temporal fueron excluidos de ella o sustituidos por otros y al momento de iniciarse el proceso arbitral conforme al Contrato de Concesión No. 0664 con todas su adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosíes y adicionales y al Contrato de Unión Temporal también con todas sus modificaciones, ésta estaba integrada por las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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**., razón por la cual tanto la citada **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE,** como las Sociedades que la integran están amparadas por el pacto arbitral y están legitimadas para comparecer a este proceso.

El representante legal de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** junto con el representante judicial de las sociedades convocantes, al inicio de la audiencia de instalación de este Tribunal, celebrada el 26 de septiembre de 2013, según consta expresamente en el Acta No. 1, modificaron la Cláusula Arbitral para señalar que el término de este proceso arbitral será de veinticuatro (24) meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones que puedan presentarse en su desarrollo, acuerdo que fue ratificado por los representantes legales de las sociedades convocantes.[3]

## 3. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES PARA CONCURRIR AL PROCESO

## 3.1. PARTE CONVOCANTE

El Tribunal encontró probada la legitimación de las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, **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**., para convocar la integración de este Tribunal de Arbitramento con fundamento en el pacto arbitral antes transcrito, con el fin de dirimir sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** derivadas del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 en ese momento y aún ahora en plena ejecución.

Se destaca que, durante el proceso, el Tribunal ordenó la vinculación, en calidad de litisconsorte necesario, de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, integrada por las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, **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**., razón por la cual tanto la citada **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, como las Sociedades que la integran están amparadas por el pacto arbitral y legitimadas para comparecer a este proceso.

Así mismo, se advierte que por Auto de 4 de marzo de 2016 (Acta 32), el Tribunal, luego de correr traslado a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI de la cesión de derechos litigiosos realizada por Cano Jiménez Estudios S.A. en favor de la sociedad Íntegra de Colombia S.A.S., y teniendo en cuenta que con autorización de ésta entidad se practicó la sustitución de la posición contractual entre ellas, aceptó tal cesión, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 68 del

[3] Mediante memoriales que aparecen en el Cuaderno Principal No. 1 a Folios 350 a 361 y vuelto.

Código General del Proceso y en los términos del Contrato celebrado el 5 de febrero de 2016. Por tal razón, a partir de entonces se tiene como sucesor procesal y parte a la última de las mencionadas.

## 3.2. PARTE CONVOCADA

También quedó probada la legitimación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI** para comparecer a este proceso, inicialmente en calidad de convocada y, posteriormente, como demandante en reconvención. No obstante lo anterior, el Tribunal considera conveniente reiterar que, del examen de los documentos obrantes en el expediente, se advierte que si bien el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, origen de la litis y el pacto arbitral contenido en aquél, fue suscrito por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** que luego cedió al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, fue convocada a este proceso como parte demandada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y ésta ha comparecido en calidad de tal, en razón a que mediante el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1144 de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del **INCO** de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial (artículo 1°) y se dispuso que *"Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura"* (artículo 25). Por lo anterior, ratifica el Tribunal que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** se encuentra amparada por el pacto arbitral antes transcrito y está legitimada para comparecer a este proceso en las calidades antes mencionadas.

# 4. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

## 4.1. LA DEMANDA ARBITRAL

El 28 de junio de 2013 las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.**, todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, por intermedio de apoderado especial, solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** relativas a la ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994.[4]

## 4.2. ÁRBITROS

Los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes, Convocante y Convocada, a través de sus representantes,[5] los cuales fueron expresamente facultados por las partes para tal efecto,[6] a quienes se les comunicó la designación y la aceptaron oportunamente.[7]

## 4.3. SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA

El 18 de septiembre de 2013, el señor apoderado judicial de las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S,**

[4] Cuaderno Principal N° 1, Folios 001 a 048.
[5] Cuaderno Principal No. 1, Folios 189 y 190.
[6] Cuaderno Principal No. 1, Folios 191-192 y 204-206
[7] Cuaderno Principal No. 1, Folios 207 a 227.

**EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S-** y **MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, sustituyó la demanda arbitral presentada contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** relacionada con la ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994.[8]

## 4.4. INSTALACIÓN

Previas las citaciones correspondientes por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 26 de septiembre de 2013.

En la misma audiencia de instalación el Tribunal asumió competencia para adelantar los trámites iniciales del proceso, admitió la demanda arbitral presentada el 28 de junio de 2013, ordenó notificarla y correr traslado de la misma a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según consta en el Acta N° 1.[9]

## 4.5. NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

Posesionado el Secretario el 4 de octubre de 2013 procedió a notificar el auto admisorio de la demanda a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

## 4.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

El 5 de febrero de 2014, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** contestó en tiempo la demanda arbitral, se opuso expresamente a las pretensiones y a los hechos en ella contenidas, propuso excepciones de mérito contra las pretensiones de los demandantes y formuló petición de pruebas.

## 4.7. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El mismo 5 de febrero de 2014, la parte convocada propuso demanda de reconvención contra todos los demandantes, esto es, las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S (**antes **C&E CONSORCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS- C&E CORREDORES DE SEGUROS S.A.), EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4A-** y **MINCIVIL S.A.**, lo mismo que contra la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, originada en el Contrato de Conformación de la Unión Temporal del día 21 de noviembre de 1994. Antes de la admisión de la demanda de reconvención, el 5 de marzo de 2014, la parte demandante en reconvención sustituyó la demanda de reconvención presentada, la cual se dirigió contra todos sus demandantes, al tiempo que ejercitó acción contractual contra la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, que fue la que celebró con el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS,** sustituido por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** que luego se transformó en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, el Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994.

[8] Cuaderno Principal N° 1, Folios 281 a 335.
[9] Cuaderno Principal N° 1, Folios 338 a 342.

## 4.8. ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN SUSTITUIDA

Mediante auto del 19 de marzo de 2014 (Acta No. 4), el Tribunal resolvió admitir la demanda de reconvención sustituida presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** contra las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S –ANTES C&E CONSORCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS- C&E CORREDORES DE SEGUROS S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4A- Y MINCIVIL S.A.**; rechazar la demanda arbitral presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-** contra la **UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, la cual se halla incorporada en el texto de la demanda de reconvención sustituida y, en su lugar, citar a la mencionada **UNIÓN TEMPORAL** a este proceso arbitral, en calidad de litisconsorte necesario de la parte convocante, a la cual se ordenó correr traslado de la demanda de reconvención sustituida.

## 4.9. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN SUSTITUIDA

El 30 de abril de 2014, la parte convocada en reconvención contestó oportunamente la demanda de reconvención sustituida, se opuso expresamente a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, formuló excepciones de mérito, pidió pruebas y objetó el juramento estimatorio hecho por la parte convocante en reconvención.[10] Por su parte, el 20 de mayo de 2014, el litisconsorte necesario **UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** manifestó que coadyuvaba, en lo que a la Unión atañe, todas las actuaciones consumadas hasta ese momento y las que se realizaran por los integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL**, como consecuencia de lo cual hizo propias la totalidad de las manifestaciones efectuadas por éstos con ocasión de la presentación de la demanda, mismo que del escrito de contestación de la demanda de reconvención sustituida o de cualquier otra actuación, anterior o posterior, que se haya sucedido o suceda en el decurso del trámite arbitral y dirigida a defender los intereses de todos y cada uno de los partícipes de la Unión Temporal en cuanto a sus efectos directos sobre ellos mismos o indirectos que de alguna manera puedan afectar a la Unión Temporal, como ente asociativo. Al mismo tiempo, al dar respuesta a la demanda de reconvención sustituida, presentó alegaciones específicas respecto de las pretensiones que tienen que ver con la actualización del Modelo Financiero, el supuesto incumplimiento de algunas obligaciones y la nulidad absoluta impetrada respecto de las adiciones al Contrato de Concesión 0664 de 1994 y, por la otra, a incorporar como parte de su escrito algunas probanzas y, además, a complementar las pruebas presentadas o solicitadas por los partícipes de la Unión Temporal al momento de dar respuesta a la demanda de reconvención sustituida.[11]

## 4.10. REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL SUSTITUIDA

El 21 de mayo de 2014, la parte convocante presentó oportunamente reforma integrada de la demanda arbitral sustituida.[12]

## 4.11. ADMISIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL

[10] Cuaderno Principal No. 2, Folios 247 a 324.
[11] Cuaderno Principal No. 2, Folios 325 a 356.
[12] Cuaderno Principal N° 2, Folios 360 a 416.

## SUSTITUIDA

Mediante Auto del 26 de mayo de 2014 (Acta No.5), el Tribunal resolvió admitir la reforma de la demanda arbitral sustituida y correr su traslado a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo que se hizo el 30 de mayo de 2014.

## 4.12. CONTESTACIÓN DE LA REFORMA ARBITRAL SUSTITUIDA

Una vez saneada y renovada la actuación procesal, conforme a los antecedentes y a lo ordenado por el Tribunal en Auto de 3 de julio de 2014 (Acta 7), la parte convocada contestó el 8 de septiembre de 2014, la demanda arbitral sustituida mediante la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena -principales y subsidiarias-, se refirió a cada uno de los hechos, formuló excepciones de mérito, se opuso al decreto de algunas de las pruebas pedidas por las convocantes, pidió pruebas, objetó la estimación de la cuantía realizada por los convocantes y aceptó solo los valores que llegaren a probarse y, finalmente, pidió declarar probadas las excepciones formuladas, negar todas las pretensiones de la demanda sustitutiva modificada, condenar en costas a las sociedades convocantes y declarar las demás decisiones que resulten procedentes en el asunto.

## 4.13. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El 8 de septiembre de 2014, la parte Convocada presentó **demanda de reconvención** contra las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S –ANTES C&E CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS- EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4A- Y MINCIVL S.A.** y contra la **UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE-,** originada en el Contrato de Conformación de la Unión Temporal del día 21 de noviembre de 1994.

## 4.14. ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Mediante Auto del 15 de septiembre de 2014 (Acta No. 8), el Tribunal resolvió admitir la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI** contra las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S –ANTES C&E CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS- EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4A-** y **MINCIVL S.A.**, ordenó la notificación del auto admisorio y correr traslado de la demanda de reconvención con sus respectivos anexos**.** Así mismo, el Tribunal rechazó la demanda de reconvención en lo que respecta a la **UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE-**, pero por estar ya vinculada como litisconsorte necesario, dispuso correrle traslado de la demanda de reconvención, según lo dispuesto el artículo 61 del C.G. del P., en concordancia con el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.

## 4.15. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El 15 de octubre de 2014, el apoderado de la parte Convocante y Convocada en Reconvención, contestó en tiempo la demanda de reconvención formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, mediante la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena de la demanda de reconvención, se refirió a cada uno de los hechos, formuló excepciones de mérito y contradicciones y presentó alegaciones de defensa, pidió pruebas, objetó

la estimación de la cuantía realizada por la convocante en reconvención y se opuso a tener como prueba el peritaje de parte allegado por la convocante en reconvención.[13] El mismo 15 de octubre de 2014, la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – DEVINORTE coadyuvó en lo que a ella atañe, todas las actuaciones consumadas y las que se realicen por los partícipes de dicha Unión Temporal y, como consecuencia de ello, hizo propias la totalidad de las manifestaciones efectuadas por éstos con ocasión de la presentación de la demanda inicial y sustituta, mismo que del escrito de contestación de la demanda de reconvención o de cualquier otra actuación anterior o posterior; presentó alegaciones específicas respecto de las pretensiones que tienen que ver con la actualización del Modelo Financiero, el supuesto incumplimiento de algunas obligaciones y la nulidad absoluta impetrada respecto de las adiciones al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994; solicitó que se tengan como incorporadas las probanzas y alegaciones de los partícipes de la Unión Temporal que dicen relación a este instrumento del Contrato (Modelo Financiero) y otros medios de prueba que relacionó.[14]

## 4.16. REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL SUSTITUIDA

El 21 de octubre de 2014, el apoderado de la parte Convocante presentó escrito de reforma de la demanda sustitutiva de la demanda arbitral.[15]

## 4.17. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES Y OPOSICIONES

El 22 de octubre de 2014, por Secretaría, se corrió traslado de las excepciones de mérito y demás oposiciones contenidas en: a) la contestación de la demanda arbitral presentada el 8 de septiembre de 2014 por la Convocada; b) la contestación de la demanda de reconvención presentada el 15 de octubre de 2014 por la Convocante; y, c) el escrito presentado por la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – DEVINORTE el 15 de octubre de 2014.[16]

## 4.18. ADMISIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL SUSTITUIDA

Mediante auto del 4 de noviembre de 2014 (Acta No. 10), el Tribunal dispuso admitir la reforma integrada de la demanda arbitral sustituida presentada el 21 de octubre de 2014 por las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S –ANTES C&E CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS- C&E CORREDORES DE SEGUROS S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S-** y **MINCIVIL S.A.,** contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, notificar el auto admisorio y correr traslado de la misma por el término, en las condiciones y para los fines previstos en el artículo 93 del Código General del Proceso a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, al **Ministerio Público** y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**.

## 4.19. CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL SUSTITUIDA

El 24 de noviembre de 2014 la apoderada de la parte convocada contestó en tiempo la reforma de

[13] Cuaderno Principal No. 2, Folios 589 a 688
[14] Cuaderno Principal No. 2, Folios 689 a 706
[15] Cuaderno Principal N° 2, Folios 707 a 764
[16] Cuaderno Principal No. 2, Folio 765

la demanda principal sustitutiva, mediante la cual se opuso a todas las pretensiones declarativas y de condena -principales y subsidiarias- de la demanda, se refirió a cada uno de los hechos, formuló excepciones de mérito y contradicciones y presentó alegaciones de defensa, pidió pruebas y objetó la estimación de la cuantía realizada por la Convocante.[17]

## 4.20. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES Y OPOSICIONES.

Por Secretaría, se corrió traslado de las excepciones de mérito, oposiciones y objeción al juramento estimatorio formulados por la parte convocada **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** en la contestación de la reforma de la demanda.

## 4.21. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

El 15 de marzo de 2015 se celebró la audiencia de conciliación de este proceso arbitral que se declaró fallida, por lo cual se dispuso continuar con el presente trámite arbitral (Acta N° 15).

## 4.22. FIJACIÓN DE GASTOS DEL PROCESO

En la misma audiencia del 15 de marzo de 2015, el Tribunal fijó las sumas de gastos y honorarios a cargo de las partes.

## 4.23. CONSIGNACIÓN DE LOS HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

Dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 y más precisamente, el 6 de abril de 2015, la parte convocante conformada por las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.**, todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, pagó las sumas a su cargo y, haciendo uso de la facultad prevista en el inciso segundo del mismo artículo, también pagó por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** las sumas a su cargo que ésta no pagó, de conformidad con lo ordenado en el Auto que consta en el Acta No. 15 de la audiencia celebrada el 15 de marzo de 2015, descontadas las retenciones hechas conforme los literales b, c, d, e y f.

## 4.24. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

La primera audiencia de trámite se cumplió, a los dieciséis (16) días del mes de abril de dos mil quince (2015), conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella se leyeron la cláusula compromisoria, las pretensiones de la reforma de la demanda y de la demanda de reconvención y también se fijó la cuantía del proceso; se asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes, relativas al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula Cuadragésima Segunda del mencionado Contrato, esto es, las cuestiones derivadas de las acciones de controversias contractuales contenidas en la Demanda Arbitral Sustituida y su Reforma, en la Demanda de Reconvención, en las contestaciones de las anteriores, en los escritos con los cuales se descorrieron

[17] Cuaderno Principal No.2, Folios 801 a 875

los traslados de las excepciones de mérito y/o de las oposiciones formuladas y las demás que surgieran durante el trámite procesal y que deban ser decididas en el Laudo. El Tribunal resolvió no tramitar ni decidir pretensiones de *actio de in rem verso,* porque ellas escapan a su competencia definida en la Cláusula Compromisoria y decidió que carecía de competencia para tramitar y decidir la totalidad de las pretensiones declarativas y las consecuenciales de condena que buscaban o perseguían la aplicación de la Cláusula Trigésima Segunda del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, relacionada con la imposición de Multas. Se fijó el término de duración del proceso arbitral en 24 meses, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite[18].

## 4.25. INDICACIÓN DE LA CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO

En la demanda arbitral sustituida la parte convocante estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de $66'605.089.892.[19] Esta estimación de la cuantía no fue modificada con la reforma a la demanda arbitral sustituida presentada el 21 de octubre de 2014. En la contestación de la demanda sustituida presentada el 8 de septiembre de 2014, la entonces apoderada de la parte convocada formuló objeción contra el juramento estimatorio.

Por su parte, en la demanda de reconvención presentada el 8 de septiembre de 2014, la parte convocante en reconvención estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de $317.961'930.254.[20] En la contestación de la demanda de reconvención presentada el 15 de octubre de 2014, las sociedades reconvenidas formularon objeción contra el juramento estimatorio.[21]

## 4.26. APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL

Las partes, por conducto de sus apoderados y una vez cumplida casi por completo la etapa probatoria, presentaron para aprobación del Tribunal, un Acuerdo Conciliatorio Parcial[22] relacionado con algunas de las pretensiones contenidas tanto en la demanda arbitral sustituida y luego reformada, como en la demanda de reconvención, así como en sus respectivas contestaciones, oposiciones y excepciones propuestas.

El objeto del Acuerdo Conciliatorio convenido entre las partes comprendió, en los términos del inciso 3 del artículo 314 del Código General del Proceso, la resolución de manera definitiva de las diferencias de las que dan cuenta las siguientes pretensiones contenidas en la demanda arbitral sustituida y reformada y en la demanda de reconvención, -todas ellas de contenido patrimonial y, por consiguiente, de carácter transigible,- de conformidad con lo cual desistieron de ellas, sin que por tal razón se generara condena en costas, así:

Los Partícipes de la Unión Temporal DEVINORTE desistieron de las siguientes pretensiones vertidas en la demanda arbitral, en su versión sustitutiva reformada:

> **"IV.1.- PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES.**
>
> **IV.1.1.** *Se declare que a las Convocantes les ha sido imposible cumplir con algunas de las obligaciones a su cargo emanadas de las estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión 0664, sus adiciones, modificaciones y otrosíes que, en número de 58, le han sobrevenido, y específicamente con las siguientes obras: (i) puente vehicular Santana; (ii) puente vehicular Zhué; (iii) ampliación viaducto La Caro; (iv) puentes peatonales (3) de El Misterio, Rincón Santo y*

[18] Acta N° 16, Cuaderno Principal N° 2, Folios 436 a 471.
[19] Cuaderno Principal N° 1, Folio 330.
[20] Cuaderno Principal N° 2, Folio 341.
[21] Cuaderno Principal N° 3, Folios 98 a 107.
[22] El texto del Acuerdo Conciliatorio aparece a Folios del Cuaderno Principal Nos 2 a 42 del Cuaderno Principal N° 4 y sus anexos obran a folios 43 a 631 del mismo cuaderno.

*Refisal; (v) puente o paso peatonal Zhué; (vi) ampliación en un tercer carril del tramo La Caro – Centro Chía; (vii) construcción ciclorruta La Caro – Centro Chía; (viii) box Universidad de La Sabana; y, (ix) ampliación del puente sobre el Río Bogotá. La declaración se orienta a que la no ejecución de las identificadas obras obedece a causas exclusivamente imputables a la Convocada, como resultado de indefiniciones de orden técnico y/o económico y/o jurídico que han impedido su ejecución por parte de los convocantes.*

***IV.1.2.-*** *Se declare que, por contrario, las Convocantes han dado cabal cumplimiento a la totalidad de las obligaciones a su cargo, diferentes de las aludidas en la pretensión anterior, y emanadas de las estipulaciones contenidas en el Contrato 0664, sus adiciones, modificaciones y otrosíes.*

**IV.3. PRETENSIONES PRINCIPALES DE CONDENA**

**IV.3.2. –** *Se condene a la Convocada a definir los aspectos técnicos, económicos y jurídicos cuya indeterminación impide actualmente la ejecución de los ítems u obras a que se refiere la pretensión* ***IV.1.1*** *en el plazo que el Panel estime razonable y suficiente.*

**IV.4.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA IV.3.2 PRINCIPAL DE CONDENA.**

*Se declare que si en el plazo que defina el Panel Arbitral, las definiciones que se pretenden en la pretensión* ***IV.3.2*** *no se producen, las obras a que ellas se refieren y respecto de las cuales las definiciones condicionantes de su ejecución no se produjeran quedarán excluidas del alcance del contrato, con las consecuencias financieras que por su eliminación resulten en cuanto a la ecuación contractual y a la duración de la Etapa de Operación del Contrato".*

Por su parte, la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI**, desistió de las siguientes pretensiones de la demanda de reconvención:

**"4.1. PRETENSIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

**4.1.1. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO EN LA OPERACIÓN POR FALTA DE SUMINISTRO DEL EQUIPO PROPUESTO PARA LIMPIEZA**

**4.1.1.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.-** *Que se declare que de conformidad con la cláusula segunda del Contrato de Concesión No. 664-94, la propuesta de la Unión Temporal Concesionaria Devinorte es un documento del contrato.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que según lo establecido en el numeral 9.1.7 de la propuesta presentada por la Unión Temporal Concesionaria Devinorte, es su obligación, para atender la operación de limpieza, adquirir dos (2) vehículos de las siguientes características:*

*"Camiones recolectores compactadores, de 6.5YD3,* efe *cargue lateral, Chevrolet NPR-NA, los cuales estarán dotados de: Herramientas, botiquín, señales de emergencia, conos reflectaos, palas, cepillos, bolsas plásticas y radio-teléfonos, para desviar de la ruta preestablecida, en caso de ser necesario remover escombros vidrios de accidentes presentados en la vía.*

(Espacio ocupado por cuadro descriptivo del equipo)

*"El recolector está compuesto por una caja metálica con perfiles de refuerzo. Tanto en su parte lateral como en su parte superior se ha construido en lámina de la más alta calidad.*

*"La caja tiene en su parte trasera una compuerta de forma cóncava para mayor resistencia a la compactación, que permite el cierre y la apertura de ésta.*

*"En la parte derecha tiene un levantacanecas de fácil manejo, para levantar y vaciar dentro de la caja recolectara la basura de las canecas, que por su tamaño y peso requieran ser manipuladas por más de una persona.*

*"La placa compactadora está fabricada en lámina calibre 10 con refuerzos que le dan una gran resistencia. La caja en lámina calibre 11. Si (sic) desplazamiento se realiza sobre dos (2) guías con superficie en durapack (material antifricción).*

*"Dos (2) cilindros de doble efecto y gran capacidad de compactación, accionan la placa compactadora.*

*"Ventajas de compactador búfalo de 6.5Y3:*

*"a. El compactador búfalo tiene una capacidad de 6.5Y3, es decir media yarda cúbica más que los compactadores de su tipo.*

*"b. El sistema de cargue delantero permite al conductor apreciar si el equipo y los operarios están cargando o descargando, por medio de los espejos retrovisores y también debido a la cercanía de la cabina del sitio de recepción de basura."*

**TERCERA.-** *Que se declare que no existe ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, que haya aprobado la modificación de la obligación de adquirir dos camiones recolectores compactadores, de 6.5YD3, de cargue lateral, Chevrolet NPR-NA.*

**CUARTA.-** *Que se declare que la obligación de adquirir dos camiones recolectores compactadores, de 6.5YD3, de cargue lateral, Chevrolet NPR-NA por la Unión Temporal Concesionaria, según lo señalado en el numeral 9.1.7 de la propuesta presentada, es contractualmente exigible al Concesionario.*

**QUINTA.-** *Que se declare que la obligación la obligación de adquirir dos camiones recolectores compactadores, de 6.5YD3, de cargue lateral, Chevrolet NPR-NA por la Unión Temporal Concesionaria, según lo señalado en el numeral 9.1.7 de la propuesta presentada, fue incumplida por el Concesionario.*

**4.1.1.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a los demandados que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, den cumplimiento a su obligación de entrega de los dos camiones recolectores compactadores de 6.5YD3 de cargue lateral, Chevrolet NPR-NA.*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS* (Sic) *PESOS M/C ($91.644.359.300) en razón de su incumplimiento, o en su defecto la cifra que liquidada a la fecha de pago resulte aplicable según el incumplimiento probado en el proceso, por el incumplimiento de La Parte Demandante en su obligación de entrega de los dos camiones recolectores compactadores, de 6.5YD3, de cargue lateral, Chevrolet NPR-NA como consta en el oficio de Interventoría de fecha 18 de noviembre de 2013 radicado ANI número 2013-409-047100-2, valor que deberá pagarse debidamente indexado, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

**4.1.2 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE EN LA CONSTRUCCIÓN DE ÁREAS DE SERVICIO PARA EL PROYECTO VIAL**

**4.1.2.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.-** *Que se declare que conforme a la cláusula segunda (2ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, las condiciones expresadas en el contrato prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que conforme a la cláusula segunda (2ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, los demás documentos que hagan o hacen parte de la ejecución precontractual y contractual deben entenderse como explicativos del contrato, pero en caso de ambigüedades o discrepancias deben ser interpretados por la Entidad concedente.*

**TERCERA.-** *Que se declare que el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, incorpora como uno de sus documentos integrantes, el Reglamento de Operación.*

**CUARTA.-** *Que se declare que conforme al párrafo primero (1º) de la cláusula primera (1ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el alcance básico de la construcción incluye la Construcción y mantenimiento de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el Reglamento de Operación anexo al contrato.*

**QUINTA.-** *Que se declare que en el Reglamento de Operación que hace parte integrante del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en el numeral diecinueve (19), se fijó como obligación contractual del Concesionario la construcción de un área de servicio por cada sentido de la vía del proyecto, con las siguientes características:*

*"19. ÁREAS DE SERVICIO AL PÚBLICO.-*

*"Se establecerá un área de servicio por cada sentido, que deben incluir:*

| | |
|---|---|
| *"Teléfonos públicos* | *2 unidades* |
| *"Cafetería* | *20 mts2* |
| *"Sanitarios* | *8 unidades* |
| *"Puestos de parqueo* | *8 vehículos* |

*"Estas áreas* ***deben ubicarse****, en lo posible, a más de un kilómetro de cualquier caseta de cobro de peaje o estación de pesaje y para su construcción se utilizarán predios de la zona adquirida para la carretera,".*

- resaltados fuera de texto -

**SEXTA.-** *Que se declare que según lo establecido en la cláusula vigésima sexta (26) del Contrato de Concesión No. 564-94, al vencimiento de la etapa de operación el Concesionario deberá revertir al Estado entre otros bienes, las áreas de servicio de la Concesión vial sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio que alcance la calificación mínima del 4.0 ponderado de acuerdo con las normas de mantenimiento para carreteras concesionadas.*

**SÉPTIMA.-** *Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, la referida obligación de proveer las áreas de servicio, antes mencionada ha sido modificada o eliminada.*

**OCTAVA.-** *Que se declare que la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto, según lo señalado en el numeral diecinueve (19) del Reglamento de Operación del Contrato de Concesión No, 664 de 1994, en armonía con lo señalado en el párrafo primero (1°) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula segunda (2ª) del Contrato, es contractualmente exigible al Concesionario.*

**NOVENA.-** *Que se declare que La Parte Demandante han* (Sic) *incumplido la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado en el numeral diecinueve (19) del Reglamento de Operación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en armonía con lo señalado en el párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula segunda (2ª) del Contrato.*

**DÉCIMA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado en el numeral diecinueve (19) del Reglamento de Operación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en armonía con lo señalado en el párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula segunda (2ª) del Contrato.*

**DÉCIMA PRIMERA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante referente al establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado en el numeral diecinueve (19) del Reglamento de Operación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en armonía con lo señalado en el párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula segunda (2ª) del Contrato, ha generado perjuicios a la Entidad concedente.*

**4.1.2.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, den cumplimiento a su obligación de establecimiento de áreas de servicio del proyecto según lo señalado en el numeral diecinueve (19) del Reglamento de Operación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en armonía con lo señalado en el párrafo primero (1°) de la Cláusula primera (1*[1]) y la cláusula segunda (2ª) del Contrato.*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PRESOS M/cte. ($207'044.534,00) a septiembre de 2013, según liquidación que obra en el Oficio de Interventoría de fecha 18 de noviembre de 2013 radicado ANI número 2013-409-047100-2, o en su defecto la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada, obligación que deberá cancelarse mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

### 4.1.3 PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE PUBLICIDAD EN LOS PEAJES

#### 4.1.3.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que según lo establecido en la cláusula quinta del Contrato de Concesión 664 de 1994***,** *en el Reglamento de Operación, y por ministerio de la ley***,** *el Concesionario Devinorte tiene la obligación de:*

a) *Tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a* lo *largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte;*

b) *Reportar los ingresos percibidos por dicho concepto; y*

*c) Transferir a la Agencia Nacional de Infraestructura los valores devengados por dichas explotaciones colaterales conforme lo previsto en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 de la ANI el 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las referidas obligaciones de Tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido modificada o eliminada.*

**TERCERA.-** *Que se declare que las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la* ANI *para la explotación de publicidad* en los puestos *de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá –Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido* (Sic) *desde la suscripción del contrato y actualmente es contractualmente exigible al Concesionario.*

**CUARTA.-** *Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto, según lo señalado en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 de la ANI de fecha 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3, así como también en los oficios de Interventoría radicado número: ANI 2013-409-005375-2 de fecha 13 de febrero de 2013, a través del cual la interventoría le solicita al consorcio se sirva remitir copia de las autorizaciones para la instalación de vallas de publicidad en los peajes; y oficio número ICITY-0067-13 de fecha 19 de marzo de 2013.*

**QUINTA,-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto.*

**SEXTA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante referente a las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto, ha generado perjuicios a la Entidad concedente.*

### 4.1.3.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el Tribunal, de cumplimiento a sus obligaciones de a) tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y b) reportar los ingresos percibidos por dicho concepto desde el inicio de la concesión hasta la fecha del laudo arbitral, y de allí en adelante en forma permanente, en forma detallada y sustentada.*

**SEGUNDA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el Tribunal, transfiera el valor devengado por dicha explotación económica a la ANI, por el valor que se llegue a probar luego de que se entreguen los respectivos reportes de ingresos percibidos, solicitados en el literal b) de la anterior pretensión, actualizados hasta la fecha de pago, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

## 4.1.4 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE LOS DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL VIADUCTO LA CARO

### 4.1.4.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que según lo establecido en la cláusula décima tercera (13) del Contrato de Concesión No. 664-94, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, ahora* (Sic) *Agencia Nacional de Infraestructura, tiene la obligación de adquirir los predios que sean necesarios para la zona de carretera, pero subordinadamente y de acuerdo con los programas de trabajo establecidos para la etapa de construcción y el diseño elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, la obligación de entrega de los predios necesarios para la carretera, como obligación condicional subordinada a los programas de trabajo establecidos para la etapa de construcción y el diseño elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, ha sido modificada o eliminada.*

**TERCERA.-** *Que se declare que la obligación de entrega de los programas de trabajo establecidos para la etapa de construcción y del diseño que le correspondía elaborar a la Unión Temporal Concesionaria, según lo señalado en el numeral cinco (5) del párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula décima tercera (13) del Contrato, es contractualmente exigible al Concesionario como condición y requisito al cual se encuentra subordinada y/o condicionada la exigibilidad de la obligación contractual de la ANI de adquirir predios necesarios para la carretera.*

**CUARTA.-** *Que se declare que La Parte Demandante incumplió con la obligación de entrega de los diseños para la construcción del Viaducto La Caro, que condicionaba y a la que estaba subordinada la obligación de la ANI de adquirir los predios que se requirieran para la construcción del citado diseño, según lo señalado en el numeral cinco (5) del párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula décima tercera (13) del Contrato.*

**QUINTA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de entrega de los diseños para la construcción del Viaducto La Caro, según lo señalado en el numeral cinco (5) del párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula décima tercera (13) del Contrato.*

**SEXTA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante en la entrega de los diseños para la construcción del Viaducto La Caro, según lo señalado en el numeral cinco (5) del párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª) y la cláusula décima tercera (13) del Contrato originó retrasos en la obra, con los consiguientes perjuicios y costos de oportunidad al proyecto que serán probados mediante el dictamen pericial a la Banca de Inversión solicitado en la presente demanda de reconvención.*

### 4.1.4.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, den cumplimiento a su obligación de entregar los diseños para la construcción del Viaducto La Caro, según lo señalado en el acta de inicio de obra de 11 de febrero de 2013, numeral cinco (5) del párrafo primero (1º) de la Cláusula primera (1ª), y la cláusula décima tercera (13) del Contrato*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura, la suma de OCHOCIENTOS DIEZ MILLONES CIEN MIL PESOS M/C ($810.100.000), o lo que resulte probado en el proceso, por el costo de oportunidad que representa para el proyecto el desplazamiento de la inversión por cuenta de la no entrega de los diseños para la construcción del Viaducto La Caro, dado que dicha obligación debía cumplirse el 3 de julio de 2013, obligación que a la fecha no se ha cumplido según consta en los oficios número ICITY-0039-14 que contiene el informe técnico para Gerencia de Defensa Judicial de febrero de 2014, y oficio número ICITY-232-13, o la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral; en todo caso se solicita que condene a efectuar los pagos sobre sumas debidamente indexadas, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

### 4.1.5 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ENTREGAR INFORMACIÓN A LA INTERVENTORÍA

#### 4.1.5.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que, según lo establecido en la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, es obligación de la Unión Temporal Concesionaria suministrar dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la fecha de la solicitud hecha por la interventoría del proyecto, la información que ésta le haya exigido a efectos de ejercer control técnico, legal, ambiental, de seguridad y buen servicio de la vía.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No, 664 de 1994 de 12 de diciembre de 2004, la obligación de suministrar la información requerida por la interventoría del proyecto ha sido modificada o eliminada.*

**TERCERA.-** *Que se declare que la obligación de la Unión Temporal Concesionaria de suministrar la información requerida por la Interventoría del proyecto, de acuerdo con la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, es contractualmente exigible al Concesionario.*

**CUARTA.-** *Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de suministrar la información requerida por la interventoría del proyecto, según lo señalado en la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004.*

**QUINTA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de suministrar la información requerida por la Interventoría del proyecto, según lo señalado en la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004.*

#### 4.1.5.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura, la suma de CUARENTA MIL TRECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS ($40.361.789.730*.00), *conforme la estimación realizada mediante oficio de la interventoría dirigido al Dr. Camilo Mendoza como Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI el 18 de noviembre de 2013 con radicado ANI número 2013-409-047100-2, y el oficio ICITY 0176 de 26 de junio de 2013 o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de perjuicios sufridos por la Entidad por el incumplimiento de La Parte Demandante en su obligación de suministrar la información requerida por la Interventoría del proyecto, según lo señalado en la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, en todos los casos mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

### 4.1.6 PRETENSIONES RELATIVAS A EXCEDENTES EN TARIFA DE PEAJE

#### 4.1.6.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que el concesionario realizó el cálculo de indexación de tarifas desconociendo el contenido del Contrato de Concesión 664 de 1994, en especial el parágrafo segundo de la Cláusula Quinta del mismo negocio jurídico.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que el concesionario ha recaudado tarifas en montos superiores a las establecidas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, tal como se evidencia en el Otrosí de 7 de diciembre de 2006, adicional de 19 de febrero de 2007, e informe de Interventoría de noviembre de 2011.*

**TERCERA.-** *Que se declare que el concesionario usurpó la facultad de establecer una tarifa de peaje, por el hecho de haber actuado sin contar con la respectiva autorización de la entidad concedente.*

**CUARTA.-** *Que se declare que con posterioridad a la suscripción del Modificatorio suscrito el 19 de febrero de 2007, La Parte Demandante ha incumplido sistemáticamente su obligación contractual de reportar y trasladar en tiempo a la subcuenta denominada "Excedentes INCO", los recursos generados por la reconocida "sobre-tarifa" que se cobra en los peajes para las diferentes categorías, cuya destinación está encaminada específicamente a cubrir los ingresos faltantes por los vehículos exentos según la Ley 787 de 2002[23], situación que está generando réditos injustificados en favor del Concesionario y en detrimento del proyecto y de la Agencia como entidad concedente, y por ende, al erario público.*

**QUINTA.-** *Que se declare que con posterioridad a la suscripción del Modificatorio del 19 de febrero de 2007, La Parte Demandante ha incumplido sistemáticamente su obligación de indexar anualmente la tarifa establecida contractualmente, lo cual lleva al desmedro de la generación de excedentes.*

#### 4.1.6.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Devinorte pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de $61.085.2 millones de diciembre de 2011, o la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

**SEGUNDA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante depositar los recursos devengados hasta la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral, debidamente indexados conforme lo estipulado en la Cláusula 18 del contrato, el cual establece: "si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de enero y el 31 de diciembre del respectivo año, es mayor que el ingreso de peaje máximo esperado para ese año, la UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA debe transferir a una cuenta especial el 50% de esta diferencia en un término máximo de 30 días calendario..."*

**TERCERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante a reportar y a trasladar en tiempo, a partir de la fecha de ejecutoria del laudo Arbitral, los recursos provenientes de la denominada sobre-tarifa que cobra en los peajes para las diferentes categorías.*

**CUARTA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante, que en el plazo que disponga el H. Tribunal, indexe anualmente la tarifa establecida contractualmente respecto del cobro de peajes conforme lo establecido en el Parágrafo 2 de la cláusula 5 del contrato.*

**QUINTA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante, que en el plazo que disponga el H. Tribunal, ajuste las tarifas cobradas a los usuarios por el uso de los peajes a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá.*

[23] La Ley 787 exoneró del pago de peaje a las maquinas extintoras de incendios de los cuerpos de bomberos voluntarios, cuerpos de bomberos oficiales, ambulancias pertenecientes a la Cruz Roja, Defensa Civil. Hospitales Oficiales, Vehículos de las Fueras Militares y de la Policía Nacional, Vehículos Oficiales del INPEC, Vehículos Oficiales riel DAS, y de las demás instituciones que prestan funciones de policía judicial.

**SEXTA.-** *Que como consecuencia de las condenas descritas en las pretensiones anteriores se ORDENE a La Parte Demandante, en el plazo que disponga el H. Tribunal, pagar a la ANI la diferencia que resultare, según arroje el peritaje que se aporta.*

### 4.1.7 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE EN EL REPORTE DE INGRESOS

#### 4.1.7.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 de la Licitación Pública No. 005 de 1994 para el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá, el Concesionario debía constituir un Fideicomiso en cuya virtud se conformaba un patrimonio autónomo que serviría de eje para la recepción y administración de todos los recursos necesarios para la financiación, construcción y operación del proyecto.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 de la Licitación Pública No. 005 de 1994, para el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá, el Concesionario debía transferir al patrimonio autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato.*

**TERCERA.-** *Que se declare que de conformidad con el literal f) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, y los documentos contractuales concordantes, es obligación y responsabilidad plena de la Unión Temporal Concesionaria el recaudo del peaje.*

**CUARTA.-** *Que se declare que de conformidad con el literal i) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, son obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria todas las actividades de la administración fiduciaria, actividades que el concesionario ha encomendado a su cuenta y riesgo a la Fiduciaria del Estado S.A.*

**QUINTA.-** *Que se declare que según la cláusula séptima (7ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el Interventor del contrato está autorizado para exigirle la información que considere necesaria a la Unión Temporal Concesionaria, y ésta está obligada a suministrarla dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la fecha de solicitud.*

**SEXTA.-** *Que se declare que conforme a la cláusula décima quinta (15ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el patrimonio autónomo constituido para la administración de los flujos y del esquema financiero del contrato es el único mecanismo legítimo y contractualmente previsto y autorizado para la recepción y administración de todos los recursos necesarios para el desarrollo del contrato.*

**SÉPTIMA.-** *Que se declare que según la cláusula décima quinta (15ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, la Unión Concesionaria deberá transferir al patrimonio autónomo todos los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato.*

**OCTAVA.-** *Que se declare que desde la suscripción del Contrato de Concesión No, 664 de 1994 el Concesionario ha incumplido su obligación de reportar todos los ingresos que percibe en el proyecto, no obstante estar obligado según la cláusula 15 del Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**NOVENA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido su obligación de reporte de ingresos que se perciben en el proyecto en los casos en los que ello ha sucedido, según el Contrato de Concesión No, 664 de 1994.*

**DÉCIMA.-** *Que se declare que existe una divergencia entre los ingresos acumulados del proyecto y lo que reporta el Concesionario a la Fiduciaria, así como respecto de lo que hasta el momento había reportado a la Entidad concedente.*

**DÉCIMA PRIMERA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante, según la cláusula 32, letra c) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, ha generado en favor de la Entidad concedente y a cargo del concesionario, la obligación de pago allí contemplada.*

### 4.1.7.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante, que en el plazo que disponga el H. Tribunal, de cumplimiento a su obligación de reporte de todos los ingresos que se perciben en el proyecto, según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura, la suma que resulte probada en el proceso, por concepto de multas y/o perjuicios sufridos por la Entidad dando aplicación a la previsión contenida en la cláusula 32 letra c) del Contrato de Concesión No, 664 de 1994, causados por el incumplimiento de La Parte Demandada en su obligación de reporte de todos los ingresos que se perciben en el proyecto, según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

### 4.1.8 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE EN EL REPORTE DE INGRESOS DE VEHÍCULOS OPERATIVOS

### 4.1.8.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 de la Licitación Pública No. 005 de 1994, para el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá, el Concesionario debía constituir un Fideicomiso en cuya virtud se conformaba un patrimonio autónomo que serviría de eje para la recepción y administración de todos los recursos necesarios para la financiación, construcción y operación del proyecto.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 de la Licitación Pública No. 005 de 1994, para el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá, el Concesionario debía transferir al patrimonio autónomo los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato.*

**TERCERA.**- *Que se declare que de conformidad con el literal f) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, es obligación de la Unión Temporal Concesionaria asumir la responsabilidad por la gestión, operación, consignación, y conciliación del recaudo de las tasas de peaje.*

**CUARTA.**- *Que se declare que de conformidad con el literal i) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, son obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria todas las actividades de administración de los recursos del contrato a través de fiducia mercantil, para lo cual ha contratado a la Fiduciaria del Estado S.A.*

**QUINTA.-** *Que se declare que según la cláusula séptima (7ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el Interventor del contrato está autorizado para exigirle la información que considere necesaria a la Unión Temporal Concesionaria, y ésta está obligada a suministrarla dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la fecha de solicitud.*

**SEXTA.**- *Que se declare que según lo convenido en la cláusula décimo novena (19) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, a más tardar el día quince (15) de enero de cada año, debe suscribirse Acta de Aforo en la que se establezca en forma precisa el volumen de tránsito que circuló por las estaciones de peaje durante el año inmediatamente anterior, discriminado por cada categoría de vehículos.*

**SEPTIMA.-** *Que se declare que según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, es obligación del Concesionario reportar los ingresos que se perciben en el proyecto referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión".*

**OCTAVA.-** *Que se declare que desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, el Concesionario ha incumplido su obligación de reportar los ingresos que se perciben en el proyecto referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión", según las obligaciones asumidas en el contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**NOVENA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido su obligación de reportar los ingresos que se perciben en el proyecto referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión", según el Contrato de Concesión No 664 de 1994.*

**DÉCIMA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante en su obligación de reportar los ingresos que se perciben en el proyecto referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión", según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, ha generado la exigibilidad del pago de las multas contempladas por estos incumplimientos en la letra c) de la cláusula 32 del contrato de concesión No. 664 de 1994.*

**4.1.8.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA**.- *Que se ORDENE a La Parte Demandante que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, dé cumplimiento a su obligación de reportar los ingresos que se han percibido en el proyecto, referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión".*

**SEGUNDA**.- *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIEZ Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS ($2.797.918.500), según liquidación de la Interventora del contrato, por el incumplimiento de la obligación de reportar los ingresos que se perciben en el proyecto, referido a los vehículos que ha denominado "vehículos operativos de la concesión" según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**4.1.9 PRETENSIONES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO EN RELACION CON LA ENTREGA DE OBRAS DEL ALCANCE BÁSICO Y FÍSICO ADICIONAL.**

**4.1.9.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.**- *Que se declare que según lo establecido en la cláusula primera del Contrato de Concesión No. 664-94, la Unión Temporal Concesionaria Devinorte tenía como fechas máximas de entrega de las obras del alcance básico y físico adicional el 1 de enero de 2008, para la ampliación del viaducto existente en La Caro, y el 1 de enero de 2009 para la ampliación del puente sobre el Río Bogotá, así como para el paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana y Tercer Carril - La Caro - Centro Chía*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que las obras consistentes en la ampliación del viaducto existente en La Caro; la ampliación del puente sobre el Rio Bogotá; la construcción del paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana, así como la construcción del Tercer Carril - La Caro - Centro Chía, son contractualmente exigibles al Concesionario.*

**TERCERA.-** *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento en la entrega de las obras consistentes en ampliación del viaducto existente en La Caro, la ampliación del puente sobre el Rio Bogotá; la construcción del paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana, así como la construcción del Tercer Carril - La Caro - Centro Chía, La Parte Demandada ha pospuesto las inversiones que requería el cumplimiento de éstas obligaciones.*

**4.1.9.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que con ocasión de la decisión de posponer las inversiones correspondientes para dar cumplimiento a la entrega de las obras consistentes en la ampliación del viaducto existente en La Caro; la ampliación del puente sobre el Río Bogotá; la construcción del paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana, así como la construcción del Tercer Carril - La Caro - Centro Chía, se han generado sobrecostos para la Nación en la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/C ($3.893'400.000) de 2011, o en la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada.*

**SEGUNDA.-** *Que como consecuencia de lo anterior, se condene la Unión Temporal Concesionaria Devinorte al pago a favor de la Agencia de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/C ($3.893'400.000) de 2011, o lo que resulte probado en el proceso, con la indexación o actualización que ordenan el Contrato y la Ley a la fecha del pago, el cual deberá realizarse mediante*

*su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

### 4.1.10 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE EN EL REPORTE DE SOBRANTES POR ERRORES EN EL COBRO A LOS USUARIOS DE PEAJE

#### 4.1.10.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 005 de 1994, para el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá el Concesionario debía constituir un Fideicomiso en cuya virtud se conformaba un patrimonio autónomo que serviría de eje para la recepción y administración de todos los recursos necesarios para la financiación, construcción y operación del proyecto.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que de conformidad con el numeral 1.4.3 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No, 005 de 1994, para ejecutar el proyecto Desarrollo Vial Norte de Bogotá el Concesionario debía transferir al patrimonio autónomo los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato.*

***TERCERA.-*** *Que se declare que de conformidad con el literal f) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, es obligación de la Unión Temporal Concesionaria el recaudo del peaje.*

**CUARTA.-** *Que se declare que de conformidad con el literal i) de la cláusula sexta (6ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, son obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria todas las actividades de la administración fiduciaria actualmente a cargo de la Fiduciaria del Estado S.A.*

**QUINTA.-** *Que se declare que según la cláusula séptima (7ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el Interventor del contrato está autorizado para exigirle la información que considere necesaria a la Unión Temporal Concesionaria, y ésta está obligada a suministrarla dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la fecha de solicitud.*

**SEXTA.-** *Que se declare que conforme a la cláusula décima quinta (15ª) del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, el patrimonio autónomo constituido para el esquema financiero del contrato sirve de eje para la captación y administración de todos los recursos necesarios para el desarrollo del contrato.*

**SÉPTIMA.-** *Que se declare que según la cláusula décima quinta [15ª] del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Devinorte, la Unión Concesionaria deberá transferir al patrimonio autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato.*

**OCTAVA.-** *Que se declare que según lo convenido en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, el Concesionario debe reportar todo sobrante percibido por error en el cobro a los usuarios de los peajes del proyecto vial.*

**NOVENA.-** *Que se declare que el Concesionario ha incumplido su obligación de reportar los sobrantes que perciben en el proyecto por error en el cobro a los usuarios de peajes, según las obligaciones asumidas en el Concesión No. 664 de 1994.*

**DÉCIMA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido su obligación de reportar los sobrantes que percibe en el proyecto por error en el cobro a los usuarios de peajes, según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**DÉCIMA PRIMERA.**- *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante en su obligación reportar los sobrantes que percibe en el proyecto por error en el cobro a los usuarios de peajes, según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, ha generado perjuicios a la Entidad concedente y dado lugar a la exigibilidad de los pagos que establece la cláusula 32 letra c).*

#### 4.1.10.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, de cumplimiento a su obligación de reportar los sobrantes que percibe en el proyecto por error en el cobro a los usuarios de peajes, según el Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura a suma de TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA UN MIL DOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($37.131.250), según el informe de la interventoría del Contrato, o lo que resulte probado en el proceso, por el concepto previsto en la letra c) de la cláusula trigésimo segunda del Contrato de concesión, por el incumplimiento de las sociedades demandadas en reconvención en su obligación de reportar los sobrantes que perciben en el proyecto por error en el cobro a los usuarios de peajes, según el Contrato de Concesión No.664 de 1994, suma que habrá de pagarse debidamente indexada o actualizada hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.*

### 4.1.11. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA UNIÓN TEMPORAL DE REPORTAR Y TRANSFERIR AL CONCEDENTE LOS INGRESOS DEL PEAJE DE TELETÓN A LOS QUE TIENE DERECHO.

#### 4.1.11.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.-** *Que se declare que el Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004 se encuentra sometido a la ley Colombiana, y por ende, a los recursos de peaje afectos a dicha concesión les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 105 de 1993, en cuanto dispone que "En la asignación de los recursos del Instituto Nacional de Vías, recaudados por peajes, como mínimo será invertido el 50%, para construcción, rehabilitación y conservación de vías en el respectivo departamento donde se recaude y el excedente en la respectiva zona de influencia."*

**SEGUNDA.-** *Que según lo establecido en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 16 de diciembre de 2004, y de acuerdo con lo autorizado por el Ministerio de Transporte, los ingresos del Peaje Teletón deben destinarse 50% para la Unión Temporal Concesionaria y 50% para el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, bajo el entendido de que la utilización de los recursos respete el mandato de destinación específica del artículo 22 de la ley 105 de 1993 por tratarse de recursos recaudados por peajes.*

**TERCERA.-** *Que se declare que de conformidad con la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 16 de diciembre de 2004, es obligación de la Unión Temporal Concesionaria destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el 50% de los ingresos del peaje Teletón, y los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.*

**CUARTA.-** *Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción de la modificación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 de 16 de diciembre de 200,4 ha sido modificada o eliminada la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, ni se ha modificado el artículo 22 de la ley 105 de 1993 ni su imperio y aplicación al Contrato de Concesión No. 664-94.*

**QUINTO.-** *Que se declare que la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - AN! el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, de acuerdo con la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, es contractualmente exigible al Concesionario.*

**OCTAVA.-** *Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para interpretar que la obligación contenida en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, consiste en destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de las utilidades obtenidas en el Peaje Teletón, en pleno desconocimiento de lo previsto en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 del 16 de diciembre de 2004.*

**NOVENA.-** *Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004 ha generado perjuicios a la Entidad concedente, además de que hace exigible al concesionario el reembolso de las sumas dejadas de pagar ilegítimamente, debidamente indexadas y actualizadas hasta la fecha de pago.*

**4.1.11.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a La Parte Demandante que, en el plazo que disponga el H. Tribunal, de cumplimiento a su obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, así como el reembolso de los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado en la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.*

**SEGUNDA.-** *Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de infraestructura la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($6.652,136.547), según liquidación efectuada por la Intervendría del Contrato, o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de: a) multa o sanción por incumplimiento del contrato, en lo que concierne con su obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 16 de diciembre de 2004. (…)*

**4.1.12 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO Y CALIDAD DE LOS MATERIALES DE LA CICLORUTA (sic) CONSTRUIDA EN EL SECTOR K11 A K14**

**4.1.12.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.-** *Que se declare que desde noviembre de 2011 se han evidenciado daños en la cicloruta* (sic) *construida en el sector de K11 a K14, originados en el proceso constructivo y calidad en los materiales, sin que se hayan solucionado en su oportunidad.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que la situación de la citada infraestructura es imputable La Parte Demandada, y/o, que en todo caso La Parte Demandada debe asumir la responsabilidad por los daños y su reparación a su costo, al amparo del contrato de concesión y sus adicionales y modificatorios.*

**TERCERA.-** *Que se declare que la demora en la intervención de la infraestructura para solucionar los daños que presenta ha generado un costo de oportunidad que debe ser reconocido por La Parte Demandada en favor de la ANI.*

**4.1.12.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que se CONDENE a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Devinorte a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura, la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS M/C ($2.415'000 000) de 2011 o lo que resulte probado en el plenario, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.*

**4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO**

**4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.-** *Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.*

**SEGUNDA.-** *Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

**TERCERA.-** *Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

**4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**PRIMERA.-** *Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C ($15.485.500,000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.*

**4.1.14 PRETENSIONES RELATIVAS A LA VARIANTE DE TELETÓN**

**4.1.14.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA.**- *Que se declare que la construcción de la Variante de Teletón se realizó al nivel de la cota mínima de diseño con lo que se aumentó el riesgo de inundación que se hizo efectivo en el mes de abril de 2010, afectando la transitabilidad de la vía y en consecuencia, disminuyendo el nivel de servicio.*

**SEGUNDA.**- *Que se declare que el concesionario omitió la activación de un plan de contingencia para la mitigación de riesgos y protección de la calzada de la vía.*

**TERCERA.**- *Que se declare que la entidad concedente tuvo que contratar a un tercero para ejecutar la instalación de Bolsacretos en la margen oriental de la variante por la omisión del concesionario referida en las pretensiones anteriores.*

**4.1.14.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**PRIMERA.-** *Que se ORDENE a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Devinorte pagar a la Agencia la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C ($871.200.000) de diciembre de 2011 o lo que resulte probado en el proceso.*

**4.3. DECLARACIONES Y CONDENAS POR LA CONTRAVENCIÓN DE NORMAS DE ORDEN PÚBLICO EN LAS ADICIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN.[24]**

**4.3.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS.**

**PRIMERA.** *Que se declare que el Contrato de concesión 664/1994, por valor de $305.165.3 millones de 2011 fue adicionado en un 109%, mediante modificaciones al contrato por valor de $333.382.2 millones, conforme lo determinó el hallazgo 173 (pg. 234) del informe de Auditoría CGR- CDIFTCEDR No. 009 de junio de 2012 de la Contraloría General de la Nación.*

**SEGUNDA.** *Que se declare que la adición mencionada en la pretensión anterior va en contravía de lo normado en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial.*

**TERCERA.** *Que se declare como una obligación clara, expresa y exigible sujeta a tasación que Las Demandadas se encuentran obligadas a pagar a la ANI el valor que legítimamente puede ser reconocido, dada la nulidad por objeto ilícito que subyace a la situación expuesta considerando las sentencias de unificación emanadas del Consejo de Estado para estos casos.*

**4.3.2. PRETENSIÓN CONDENATORIA**

**PRIMERA.** *Que se ORDENE a La Parte Demandante a restituir a la ANI los recursos devengados por las adiciones que se declaren contrarias a la ley, según los valores por costos de construcción que se prueben en el curso del proceso arbitral, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO y/o bajo las condiciones que resultan aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

[24] Para conciliar las pretensiones agrupadas bajo este Título la Partes tuvieron en cuenta el Concepto Jurídico emitido por la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, de fecha 13 de marzo de 2015.

**4.4 DECLARACIONES Y CONDENAS POR LA SANCIÓN IMPUESTA A LA ANI MEDIANTE RESOLUCIÓN 208 DEL 7 DE MARZO DE 2014 PROFERIDA POR LA ANLA.**

**4.4.1PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**PRIMERA:** *Que DECLARE el deber de indemnidad a cargo del Concesionario y en favor de la ANI que se deriva de la cláusula décima cuarta del Contrato de Concesión 664/1994, que establece que serán por cuenta y responsabilidad de la Unión Temporal Concesionaria, los derechos de explotación de las fuentes de materiales, de las zonas de préstamo y de las zonas de descargue de desechos, así mismo la construcción y conservación de vías de acceso a las zonas de desechos, el derecho de explotación de las mismas y las obras de mitigación del impacto ambiental que fuere necesario realizar.*

**SEGUNDA:** Q*ue DECLARE que el mismo deber de indemnidad a cargo del Concesionario y en favor de la ANI se desprende también de los numerales 1.6.2 y 1.6.3 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 005/94, que forman parte integrante del contrato de Concesión 664/1994, en los cuales se estableció expresamente que es responsabilidad exclusiva del concesionario suministrar zonas de depósito para la disposición de materiales producto o sub-producto de las excavaciones*

**TERCERA***: Que DECLARE, en virtud del deber de indemnidad que se reconozca conforme a las pretensiones declarativas primera y segunda, que corresponde al concesionario asumir todos los costos y consecuencias, tanto patrimoniales como de cualquier otra índole, que se deriven del desacato de las normas de protección ambiental asociadas con explotación de las fuentes de materiales, de las zonas de préstamo y de las zonas de descargue de desechos, así mismo de la construcción y conservación de vías de acceso a las zonas de desechos, del derecho de explotación de las mismas, de las obras de mitigación del impacto ambiental que fuere necesario realizar, y del suministro de zonas de depósito para la disposición de materiales producto o sub-producto de las excavaciones, manteniendo indemne y sin involucrar a la ANI.*

**CUARTA:** *Que se DECLARE que el concesionario DEVINORTE es el único responsable del daño causado al medio ambiente que declaró la autoridad ambiental competente, y que generó como consecuencia las sanciones económicas y las medidas compensatorias y restaurativas decretadas mediante la resolución 208 del 7 de marzo de 2014 proferida por la ANLA.*

**4.4.2 PRETENSIÓN CONDENATORIA**

**PRIMERA***: Que se le ORDENE y CONDENE al concesionario DEVINORTE, a:*

*a) Asumir el pago de los valores decretados como sanción pago de sanciones establecidas en la parte resolutiva de la resolución 208 del 07 de marzo de 2014 expedida por la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, junto con todos los intereses, ajustes, indexaciones y sanciones por mora a que haya lugar hasta la fecha de su cancelación efectiva, reconociendo a la ANI el costo de oportunidad de los recursos que dicha entidad llegue a utilizar en el pago de la sanción con cargo a sus propios recursos a la tasa establecida por el artículo 4º numeral 8º inciso final, si la ANI llegare a solventar el valor de la sanción antes de la condena que se profiera por parte del Tribunal de Arbitramento, en atención a la presente pretensión; y*

*b) Asumir el costo y llevar a cabo, por su cuenta y riesgo, todas las acciones necesarias para realizar las medidas compensatorias y restauraticas establecidas por la autoridad ambiental, de la forma y condiciones bajo las cuales lo requiera la ANLA o cualquier otra autoridad competente, hasta su plena satisfacción".*

Igualmente, las partes desistieron de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva y reformada, como a la de reconvención, frente a las pretensiones que fueron materia del Acuerdo Conciliatorio. Dichas excepciones de mérito se entienden desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas, por lo cual el Tribunal no debe hacer pronunciamiento sobre ellas en este Laudo Arbitral, en el cual solamente se resolverá sobre la prosperidad o no de las pretensiones y excepciones que no fueron objeto del citado acuerdo parcial de conciliación.

En segundo lugar, con el ánimo de desactivar las controversias que desarrollan las pretensiones desistidas y atrás transcritas, el Acuerdo tuvo por objeto conciliar las opuestas pretensiones de las partes y cumplir las obligaciones descritas en las Cláusulas Segunda a Quinta del mismo.

Las materias sobre las que versó la conciliación fueron de carácter patrimonial, transigibles, o simplemente disponibles, respecto de cada una de las partes y, en lo que corresponde a la ANI, parte estatal, contó con las autorizaciones que le resultan exigibles, de lo que da cuenta tanto la certificación aportada como Anexo al Acuerdo Conciliatorio como el Acta entregada el 24 de noviembre de 2015, en las que consta que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, Autorizó conciliar estos asuntos en la sesión realizada el 27 de octubre de 2015.

El Tribunal, una vez analizado el Acuerdo conciliatorio parcial y previo traslado al señor representante del Ministerio Público, por Auto del 24 de noviembre de 2015 (Acta No. 29), resolvió:

> **"PRIMERO:** Incorporar al Expediente el Acuerdo Conciliatorio que fue suscrito el treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015) y presentado el seis (6) de noviembre siguiente, por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA –ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvención, junto con sus correspondientes anexos. Incorporar igualmente el Concepto emitido el veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015) por el Ministerio Público respecto del referido Acuerdo Conciliatorio.
>
> **"SEGUNDO.** Tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos que soportan el Acuerdo Conciliatorio presentado por las partes a que se ha hecho referencia en el numeral anterior.
>
> **"TERCERO:** Aprobar el Acuerdo Conciliatorio que han presentado las partes en forma conjunta, debidamente suscrito por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL,** y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA –ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvención.
>
> **"CUARTO**: Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.
>
> **"QUINTO**: Aprobar los desistimientos y renuncias hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvención consignadas en el Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.
>
> **"SEXTO:** Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de copia auténtica del Acta de esta Audiencia con la constancia de que se trata de la Primera Copia con mérito ejecutivo, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001."

Como corolario de lo anterior, las demás controversias, pretensiones y excepciones de mérito que aparecen consignadas en la Demanda arbitral sustituida en su versión reformada y de la Demanda de Reconvención, así como en las respectivas contestaciones y réplicas, no cobijadas por el citado Acuerdo Conciliatorio, continuaron vigentes y, por ende, las mismas deben ser resueltas por el Tribunal en este Laudo, esto es:

## PRETENSIONES DEL CONCESIONARIO

**(i)** Declarativas y de Condena, pretensiones IV.1.3 a I.V.1.10 de la reforma de la demanda arbitral sustituida.

**(ii)** Declarativas Subsidiarias, pretensiones IV.2.1 a IV.2.2 de la reforma de la demanda arbitral sustituida.

**(iii)** Principales de Condena, pretensiones IV.3.1, IV.3.3 a IV.3.4 de la reforma de la demanda arbitral sustituida.

## PRETENSIONES DE LA ANI:

(i) Restablecimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, derivadas de la actualización y corrección del modelo financiero del contrato, pretensión 4.2 de la Reforma de la Reconvención.

(ii) Utilización del modelo financiero como instrumento para mantener el equilibrio de la ecuación contractual, pretensión 4.2.1 de la Reforma de la Reconvención.

(iv) Declarativas 4.2.1.1 Primera a Octava.

(v) Correcciones en el modelo financiero por errores en el cálculo de las tarifas del peaje, pretensión 4.2.2.

(vi) Pretensiones Declarativas 4.2.2.1 Primera a Tercera.

(vii) De condena, 4.2.2.2 Primera.

(viii) Actualización del modelo financiero por actualización del tráfico proyectado con el real registrado.

(ix) Declarativas 4.2.3.1 Primera a Cuarta.

(x) De condena 4.2.3.2 Primera.

(xi) Actualización del modelo financiero por la realización de deducciones no pactadas entre las partes por concepto de costos de operación, custodia y transporte de valores del ingreso originado en los peajes Andes, Fusca y Teletón, pretensión 4.2.4, de la Reforma de la Reconvención.

(xii) Declarativas 4.2.4.1 Primera a Sexta.

(xiii) De Condena 4.2.4.2. Primera.

(xiv) Actualización del modelo financiero por la realización de los ingresos por publicidad no considerados en la modelación.

(xv) Declarativas 4.2.5.1 Primera a Quinta.

(xvi) De condena 4.2.5.2. Primera

(xvi) Incumplimiento de la Unión Temporal de reportar y transferir al concedente los ingresos del peaje de Teletón a los que tiene derecho, pretensión 4.1.11

(xvii) Declarativas 4.1.11.1 Sexta a Séptima.

(xviii) De condena 4.11.1.2 Segunda.

(xix) Actualización del modelo financiero por la diferencia entre las fechas en que se ejecutaron las obras y las previstas de inversión en el modelo económico del contrato.

(xx) Declarativas 4.2.6.1 Primera a Cuarta.

(xxi) De condena 4.2.6.2 Primera.

(xxii) Actualización del modelo financiero por las sumas reconocidas al Concesionario por tarifas diferenciales, aplazamiento en el incremento de tarifas según Ley 787 de 2002, pretensión 4.2.7.

(xxiii) Declarativas 4.2.7.1 Primera a Decima Segunda.

(xxiv) De condena 4.2.7.2 Primera.

(xxv) Actualización del modelo financiero por aportes de capital de riesgo, pretensión 4.2.8.

(xxvi) Declarativas 4.2.8.1 Primera a Cuarta.

(xxvii) De Condena 4.2.8.2 Primera.

(xxviii) Actualización del modelo financiero por la actualización de las variables macroeconómicas consideradas, pretensión 4.2.9.

(xxix) Declarativas 4.2.9.1 Primera a Decima Segunda.

(xxx) De Condena 4.2.9.2 Primera a Segunda.

## 4.27. AUDIENCIAS

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 40 audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

## 4.28. PARTES PROCESALES

### 4.28.1. Parte convocante y demandada en reconvención

En este trámite arbitral, la parte Convocante está compuesta por las siguientes sociedades todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**:

**ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S.**, Sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante documento privado de Asamblea de Accionistas del 14 de Julio de 2010, con registro mercantil 02014516 e identificada con el NIT No. 900.373.757-1

Esta Sociedad sustituyó contractual y procesalmente a **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 1707 otorgada el 3 de diciembre de 1983 en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, con registro mercantil N° 202253 e identificada con el NIT No. 860.517.144-2.

**CASTRO TCHERASSI S.A.**, sociedad comercial, con domicilio principal en Barranquilla, República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 1136 otorgada el 7 de junio de 1960 en la Notaría 4 del Círculo de Barranquilla, con registro mercantil N° 8376 e identificada con el NIT No. 890.100.248-8.

**CIVILIA S.A.**, sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 21870 otorgada el 29 de abril de 1975 en la Notaría 4 del Círculo de Bogotá, con registro mercantil N° 060837 e identificada con el NIT No. 860.044.466-8.

**OFINSA INVERSIONES S.A.S**. (antes denominada C. & E. CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A. CORREDORES DE SEGUROS), sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 5591 otorgada el 28 de diciembre de 1978 en la Notaría 10 del Círculo de Bogotá, con registro mercantil N° 112620 e identificada con el NIT No. 860.068.564-5.

**EQUIPO UNIVERSAL S.A.**, sociedad comercial, con domicilio principal en Barranquilla, República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 2926 otorgada el 20 de diciembre de 1979 en la Notaría 5 del Círculo de Barranquilla, con registro mercantil N° 27378 e identificada con el NIT No. 890.109.279-7.

**G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A – G4S** (antes denominada WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.), sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 2616 otorgada el 1 de diciembre de 1966 en la Notaría 8 del Círculo de Bogotá, con registro mercantil N° 1989 e identificada con el NIT No. 860.013.951-6.

**MINCIVIL S.A.**, sociedad comercial, con domicilio principal en Bogotá D.C., República de Colombia, constituida mediante Escritura Pública N° 324 otorgada el 10 de mayo de 1982 en la Notaría Única del Círculo de Girardota, con registro mercantil N° 251547 e identificada con el NIT No. 890.930.545-1.

Mediante Auto del 19 de marzo de 2014 (Acta No. 4), de oficio, el Tribunal citó a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE**, originada en el Contrato de Conformación de la Unión Temporal del día 21 de noviembre de 1994, como litisconsorte necesario de la parte convocante. A su vez, luego de declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto No. 2, inclusive, proferido el 26 de septiembre de 2013 y ordenar renovar toda la actuación a partir de ese momento procesal, mediante Auto del 3 de julio de 2014 (Acta No. 7), de oficio, el Tribunal integró debidamente el contradictorio con el fin de que quienes intervinieron en la formación del Contrato No. 0664 del 24 de noviembre de 1994 y adquirieron precisas obligaciones en virtud de la suscripción del mismo, pudieran comparecer al proceso en defensa de los derechos e intereses patrimoniales que pueden eventualmente verse afectados por las decisiones que lleguen a adoptarse en el Laudo Arbitral que se habrá de proferir en su oportunidad y, en tal virtud, el Tribunal ordenó la vinculación al proceso, en calidad de litisconsorte necesario, a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE.**

### 4.28.2. Parte convocada y demandante en reconvención

Fue convocada a este proceso arbitral la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** (antes **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**), en adelante **ANI**, entidad pública del orden nacional, cuyo cambio de naturaleza jurídica y denominación fue dispuesta mediante el Decreto Ley No. 4165 del 3 de noviembre de 2011, bajo la modalidad de Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, que tiene su domicilio en Bogotá y está representada por su Presidente, cargo que a la fecha ejerce el Doctor Luis Fernando Andrade Moreno. En el trámite de la Demanda de Reconvención esta entidad actúa como Demandante en Reconvención.

## 4.29. APODERADOS

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido a este proceso arbitral, representadas judicialmente por abogados. En efecto, las sociedades Convocantes y la litisconsorte necesario han estado representadas en este proceso por su mandatario judicial, según poderes especiales otorgados por ellas,[25] a quien oportunamente el Tribunal le reconoció personería para actuar. Por su parte, la parte convocada estuvo representada por varios apoderados judiciales en el transcurso del proceso, a todos los cuales, en su oportunidad, el Tribunal les reconoció personería.

## 4.30. MINISTERIO PÚBLICO

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó el 22 de julio de 2013 a la Procuraduría General de la Nación sobre la conformación de este Tribunal de Arbitramento y el 5 de septiembre de 2013 sobre su instalación,[26] y por Auto del 26 de septiembre de 2013, el Tribunal también ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 16 de octubre de 2013.

Para el ejercicio y cumplimiento de las funciones atribuidas por el artículo 277 de la Constitución Política a la Procuraduría General de la Nación, concordante con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 262 de 2000, el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P. y los numerales 1 y 4, literal a), del artículo 46 del mismo estatuto, el Ministerio Público designó como su Agente para este proceso al Señor Procurador 56 Judicial II en Asuntos Administrativos.

## 4.31. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2013, el 5 de septiembre de 2013 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la instalación de este Tribunal de Arbitramento,[27] y por Auto del 26 de septiembre de 2013, el Tribunal ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 16 de octubre de 2013. Esta Agencia nunca intervino en el proceso.

[25] Cuaderno Principal N° 1, Folios 049 a 063 y Cuaderno Principal N° 2, Folios 357 a 359
[26] Cuaderno Principal No. 1, Folios 201 a 203 y 264 a 267.
[27] Cuaderno Principal N° 1, Folios 261 a 263.

## 4.32. TÉRMINOS DEL PROCESO

Según lo acordado por el representante legal de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y el representante judicial de las sociedades convocantes al inicio de la audiencia de instalación del Tribunal celebrada el 26 de septiembre de 2013 (Acta Nº 1), el término de este proceso arbitral es de veinticuatro (24) meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones que puedan presentarse en su desarrollo, acuerdo que fue ratificado por los representantes legales de las partes.[28]

Como la primera audiencia de trámite se cumplió el 16 de abril de 2015, el término de este proceso se extendería, en principio hasta el 15 de abril de 2017. Sin embargo, para el cómputo de términos se deben tener en cuenta 111 días comunes que por solicitud conjunta de los apoderados de las partes y por autorización de la ley, se decretó la suspensión del proceso, así:

| Inicio suspensión | Terminación suspensión | Acta | Fecha | Días suspendidos | Suspensiones acumuladas | Término proceso |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 17/04/2015 | 27/04/2015 | 16 | 16/04/2015 | 11 | 11 | 27/04/2017 |
| 07/05/2015 | 26/05/2015 | 17 | 28/04/2015 | 20 | 31 | 17/05/2017 |
| 28/05/2015 | 16/06/2015 | 18 | 27/05/2015 | 20 | 51 | 06/06/2017 |
| 01/07/2015 | 12/08/2015 | 20 | 30/06/2015 | 43 | 94 | 19/07/2017 |
| 14/08/2015 | 30/08/2015 | 21 | 13/08/2015 | 17 | 111 | 05/08/2017 |

En resumen, este proceso arbitral estuvo suspendido durante 111 días, razón por la cual su término se extiende hasta el día 5 de agosto de 2017, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

# 5. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal desde la audiencia del 24 de agosto de 2016, al momento de hacer el control de legalidad de este trámite, en los términos ordenados por el artículo 132 del C. G. del P., una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las partes y el señor representante del Ministerio Público no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

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

## 5.1. DEMANDAS EN FORMA

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que tanto la demanda y su reforma como la demanda de reconvención cumplían las exigencias procesales y, por ello, las sometió oportunamente a trámite.

[28] Mediante memoriales que aparecen en el Cuaderno Principal N° 1, Folios 350 a 361 y vuelto.

## 5.2. COMPETENCIA

Del estudio detallado que se hizo sobre el tema en el Auto proferido en la primera audiencia de trámite realizada el 16 de abril de 2015 (Acta N° 16), el Tribunal concluyó que, con las salvedades hechas en dicho auto, las controversias de que dan cuenta la reforma de la demanda sustituida y la demanda de reconvención, así como sus respectivas contestaciones eran de naturaleza económica, susceptibles de transacción, tenían origen en el Contrato de Concesión No. 0664 de 19940 y estaban amparadas por la cláusula compromisoria contenida en aquel, razón por la cual asumió competencia para conocer de tales diferencias, decisión que se ratifica ahora como más adelante se precisa.

## 5.3. CAPACIDAD

Del estudio de los documentos aportados por las partes al expediente se observa que tanto las sociedades **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.,** y la litisconsorte necesario **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** así como la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

## 6. PRETENSIONES

La parte Convocante solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la reforma de la demanda sustituida.[29] Por su parte la entidad Convocada relacionó sus pretensiones en la demanda de Reconvención.[30]

Sin embargo, como consecuencia del Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito por las partes y aprobado por el Tribunal por Auto de 23 de noviembre de 2015 (Acta 70), las pretensiones que quedaron sometidas a decisión del Tribunal son las siguientes:

## 6.1. DE LA CONVOCANTE SOCIEDADES 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.

Del texto de la reforma de la demanda arbitral sustituida y reformada quedaron vigentes las siguientes pretensiones:

> **"IV.1.3.-** Se declare que de conformidad y como consecuencia de lo dispuesto por los artículos 4, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA** del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y las pertinentes adiciones, otrosíes o modificaciones al precitado contrato, es obligación de las partes contractuales estudiar y definir permanentemente durante la ejecución del contrato el estado del equilibrio económico y financiero del mismo a fin de convenir y solemnizar, en cuando éste haya resultado roto, las medidas o

[29] Cuaderno Principal No. 3, Folios 2 a 41.
[30] Cuaderno Principal No. 3, Folios 295 a 336.

mecanismos de compensación contractualmente pactados, de manera que resulten idóneos y suficientes para restablecer dicho equilibrio.

"IV.1.4.- Se declare que en el específico caso del Contrato de Concesión 0664 de 1994 los parámetros determinantes para conocer si su equilibrio económico y financiero se conserva es el valor de la inversión que el Concesionario ha realizado y realizará para la ejecución de la totalidad del alcance final del contrato, así como el derecho que éste tiene de recibir la remuneración derivada de la explotación comercial de las casetas de peaje por un período de tiempo determinado o plazo fijo contractual. Es decir, que las Convocantes tienen, de conformidad con una estructura de riesgos implícita y/o explícita en el Contrato de Concesión, derecho a recibir como contraprestación por las obras y actividades a su cargo, no solamente el monto total de los dineros por ellas invertidos y por invertir para cumplir con el objeto y obligaciones totales del contrato, sino también un rendimiento sobre el capital invertido; bajo los términos que desarrolla el contrato y con los efectos que de sus estipulaciones se derivan, en consonancia con la matriz de riesgos asumida inicialmente y sus ulteriores modificaciones, el plazo fijo pactado, y los sistemas de compensación acordados para restablecer el equilibrio económico del contrato; para cuyo último propósito en la oferta económica del Concesionario, según los Pliegos lo exigían, era menester incluir un Modelo Financiero y una Tasa Interna de Retorno – TIR como parámetro de referencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

"IV.1.5.- Se declare que la Convocada a pesar de mediar múltiples requerimientos, radicados ante ella por las Convocantes, ha incumplido hasta la presente fecha, con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio contractual mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes.

"IV.1.6.- Se declare que como consecuencia del despacho favorable de la pretensión inmediatamente anterior, las Partes deben dar aplicación a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio contractual definidos en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA según el orden de prioridad, procedimientos y condiciones señalados en su cuerpo; vale decir, dando prevalencia a la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión hasta el día que resulte suficiente para que las Convocantes obtengan el retorno de la totalidad de su inversión y la rentabilidad resultante a su favor como corolario de la matriz de riesgos del contrato, sus ulteriores modificaciones y de la TIR como quedó definida en los diferentes documentos aplicables, esto es el Pliego de Condiciones, la Oferta de las Convocantes, el Contrato mismo y sus documentos modificatorios.

"IV.1.7.-Se declare que con posterioridad a la suscripción del otrosí del 29 de diciembre de 2005 aludido en el hecho 57, las Convocantes ejecutaron una serie de obras adicionales y suscribieron el otrosí de fecha 22 de agosto de 2006 cuyo desarrollo, al igual que el de otros acuerdos contractuales, determinó que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos del acabado de identificar otrosí (el del 29 de diciembre); suma esta de dinero que incluye los mayores valores o el valor de obras no contempladas respecto de los convenidos y/o incorporados en la actualización del Modelo Financiero adoptada por el acabado de referir otrosí, por los ítems que seguidamente se desglosan con indicación de su individual valor: Obras Ambientales Variante Cajicá COP33.282.000; Box Peatonal el Redil COP31.723.000; Ciclorruta Capellanía – Zipaquirá COP3.665.866.000; Redes de Servicios COP1.761.361.000; Salmueroducto COP77.714.000; Puente Peatonal Familia COP86.563.000; Puente Peatonal Teletón COP59.156.000; Puente Peatonal Barrio Colombia COP29.493.000; Retorno Peaje Andes COP46.218.000; mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador – Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) COP3.870.947.000; Viaducto Portachuelo, Sector Iardenia y Realce Rasante Variante de Portachuelo COP4.492.628.000. Todos los anteriores valores a precios de mayo de 1994. Dicho valor total y los parciales en que se desagrega serán los que finalmente resulten del dictamen pericial que al efecto de su determinación se solicitó en el pertinente acápite de la demanda sustituta original y aquí se reitera.

"IV.1.8.- Se declare que como consecuencia de haber incurrido las Convocantes en un mayor valor de la inversión inicialmente reconocida como partida total de egreso en el otrosí de fecha 29 de diciembre de 2005; es deber legal y contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI suscribir el acuerdo que adopte el mecanismo de ampliación de la

duración de la Etapa de Operación del contrato, hasta la fecha que resulte necesaria para que los Convocantes recuperen totalmente el monto de la inversión que les demandó y demandará la ejecución de las obras y actividades que colocaron a su cargo el contrato original, sus adiciones, modificaciones y otrosíes, y la rentabilidad correspondiente, todo en consonancia con las estipulaciones del Contrato de Concesión, la matriz de riesgos adoptada por las Partes y sus ulteriores modificaciones, y según resulte del dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera.

"IV.1.9.- Se declare que dicha actualización debe realizarse observando en un todo las estipulaciones, parámetros y metodología adoptados contractualmente, y que definen puntualmente el contenido del Modelo Financiero que vincula a las Partes y la naturaleza de la remuneración o contraprestación pactada en favor de las Convocantes.

"IV.1.10.-Se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI debe suscribir con las Convocantes el documento contractual que solemnice la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión en el lapso de tiempo que resulte suficiente para restablecer el equilibrio económico contractual, de acuerdo con la estructura de riesgos asumidos por cada una de las partes según lo estipula el Contrato de Concesión y sus ulteriores modificaciones. Como se puntualizó en las pretensiones declarativas IV.1.4, IV.1.6 y IV.1.9 dentro del término que el Panel Arbitral señale para que ello suceda.

"IV.2.-. PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

"IV.2.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA IV.1.7 PRINCIPAL

"Se declare que en el evento que no tenga, en un todo, vocación de prosperidad la pretensión principal IV.1.7, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI debe reconocer a las Convocantes el valor de las obras y/o actividades que habiendo sido ejecutadas y/o realizadas por ellas no fueron objeto de la suscripción por las Partes de los documentos que formalmente adoptasen los cambios de diseños y ordenasen su ejecución bajo los nuevos.

"IV.2.2. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA IV.1.10 PRINCIPAL

"En el evento de que la pretensión IV.1.10 impetrada no pudiera ser despachada en los exactos términos que ella incorpora, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI debe suscribir con las Convocantes el documento contractual que solemnice la adopción de los mecanismos idóneos, suficientes y diferentes a la ampliación de la duración de la Etapa de Operación para que éstas recuperen su inversión y obtengan la TIR convenida, observando las estipulaciones del contrato y la matriz de riesgos inicialmente pactada y ulteriormente modificada, dentro del término que el Panel Arbitral señale para que ello suceda.

"IV.3.- PRETENSIONES PRINCIPALES DE CONDENA.

"IV.3.1.- Se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a reconocer y pagar mediante los mecanismos idóneos y suficientes contractualmente acordados, el mayor valor de las inversiones efectuadas por los Convocantes en ejecución de las obras y actividades a que se refiere la pretensión declarativa explicitada en el numeral IV.1.7 anterior, mismo que los rendimientos o utilidad con miras al restablecimiento del equilibrio económico contractual. Dicho mayor valor de las inversiones realizadas se concreta en la suma de COP14.154.852.000, a precios de mayo de 1994, o en aquella que resulte establecida de conformidad con el dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera. Esto como resultado de la aplicación del Modelo Financiero contractualmente adoptado y las estipulaciones contractuales aplicables.

"IV.3.3.- Se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a suscribir, conjuntamente con la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE, el documento contractual por virtud del cual se adopten formalmente los mecanismos idóneos y suficientes para actualizar el Modelo Financiero y de contera restablecer el

equilibrio financiero del contrato de forma que éste involucre, como partidas de egreso, los mayores valores de la inversión efectuada por las Convocantes a que aluden la pretensión declarativa identificada bajo el numeral IV.1.7, y/o la pretensión subsidiaria de la acabada de citar, mismo que la de condena identificada como IV.3.1, dando, para el efecto, aplicación a lo estipulado a voces de la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión 0664 de 1994; esto es, ampliando el término de duración de la Etapa de Operación del contrato hasta el día 30 de julio de 2018 o hasta el día que resulte establecido de conformidad con el dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera, mediando la aplicación de los parámetros y metodología de cálculo contractualmente adoptados y las estipulaciones contractuales aplicables. Dicha ampliación debe partir del día siguiente a aquel contractualmente ya acordado a términos del otrosí de fecha 29 de diciembre de 2005; esto es, del 30 de noviembre del año 2016.

"IV.3.4.- Se condene a la Convocada al pago en favor de las Convocantes de las costas del proceso y de las correspondientes agencias en derecho.

"IV.4.2. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA IV.3.3.

"En el evento de que la pretensión IV.3.3 impetrada no pudiera ser despachada en los exactos términos que ella incorpora, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a suscribir, conjuntamente con la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE, el documento contractual por virtud del cual se adopten formalmente los mecanismos idóneos y suficientes para restablecer el equilibrio financiero del contrato, en los términos antes concretados y de forma que se involucre en el análisis, como partidas de egreso, los mayores valores de la inversión efectuada por las Convocantes a que aluden la pretensión declarativa identificada bajo el numeral IV.1.7, y/o la pretensión subsidiaria de la acabada de citar, mismo que la de condena identificada como IV.3.1, dando, para el efecto, aplicación a lo estipulado a voces de la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión 0664 de 1994; de conformidad con el dictamen pericial y las estipulaciones contractuales aplicables, mediando la aplicación de los parámetros y metodología de cálculo contractualmente adoptados y las estipulaciones contractuales aplicables. Los mecanismos que se adopten han de resultar idóneos y suficientes para que las Convocantes recuperen sus expectativas de inversión (TIR) convenida, respetando la estructura (matriz) de riesgos inicial del Contrato de Concesión y sus ulteriores modificaciones, deben ser adoptados dentro del término que el Panel Arbitral señale para que ello suceda."

## 6.2. DE LA CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Del texto de la demanda de reconvención quedaron vigentes las siguientes pretensiones:

**"4.2. PRETENSIONES PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, DERIVADAS DE LA ACTUALIZACIÓN Y CORRECCIÓN DEL MODELO FINANCIERO DEL CONTRATO.**

**"4.2.1. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA UTILIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO COMO INSTRUMENTO PARA MANTENER LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.**

**"4.2.1.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA**.- Que se declare que la TIR ofertada en la propuesta de Unión Temporal para el proyecto vial Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, es una TIR real del 10.93%

**"SEGUNDA**.- Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera (3ª) del Contrato Principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas del proyecto vial.

**"TERCERA**.- Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron que el plazo total de ejecución del contrato será establecido al finalizar la etapa de construcción y una vez redefinida la ingeniería financiera del proyecto.

**"CUARTA.-** Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 11 de agosto de 2003, las partes tienen claro que el Modelo Financiero es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores y que no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores

**"QUINTA.**- Que se declare que conforme al **"ACTA DE REINICIO DE LOS TRAMOS CAPELLANÍA ~ ZIPAQUIRÁ Y LA VARIANTE PORTACHUELO Y ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO; RELATIVA AL CONTRATO DE CONCESIÓN NÚMERO** 664 **DE 1994, PARA LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, LAS OBRAS DE REHABILITACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN, LA OPERACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DEL PROYECTO VIAL DENOMINADO "DESARROLLO VIAL PARA EL NORTE DE BOGOTÁ", EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA"** del 29 de diciembre de 2005, el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten.

**"SEXTA**.- Que se declare que la variable que determina el equilibrio económico del contrato de Concesión es la tasa interna real de retorno pactada considerando la distribución de riesgos del contrato, por lo que el plazo del Contrato se debe modificar en la medida en que esta tasa se modifica.

**"SÉPTIMA**.- Que se declare que según el contenido general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, y la naturaleza de los contratos de concesión estatales, el Modelo Financiero incorporado a éste contrato mediante el modificatorio de fecha 31 de mayo de 2005 constituye un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto vial.

**"OCTAVA.**- Que se declare que atendiendo la situación fáctica y jurídica que presenta actualmente el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, resulta necesario actualizar el Modelo Financiero, en las condiciones y por las causas que se plantean en las pretensiones solicitadas en los numerales 4.2.2 a 4.2.10 de la presente demanda.

**"4.2.2 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA CORRECCION DEL MODELO FINANCIERO POR ERRORES EN EL CALCULO DE TARIFAS DE PEAJE**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.2.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que el modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, correspondiente a la actualización de diciembre de 2005, tiene un error de formulación en lo pertinente al cálculo de tarifas de peaje, consistente en que los ingresos estimados por concepto de los peajes Andes y Fusca utiliza erróneamente las tarifas de peaje, y aplica para todas las categorías de vehículos la tarifa correspondiente a automóviles.

**"SEGUNDA.-** Que se declare que el error de formulación subestima de manera importante los ingresos generados por los peajes Andes y Fusca, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**"TERCERA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

**"4.2.2.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de DIEZ Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO DIEZ Y OCHO PESOS ($16,440.867,118) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrate y de la Ley.

**"4.2.3 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR ACTUALIZACIÓN DEL TRÁFICO PROYECTADO CON EL REAL REGISTRADO**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.3.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.**- Que se declare que el modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, correspondiente a la actualización de diciembre de 2005, ya se encuentra en oportunidad de ser actualizado, sustituyendo el tráfico proyectado considerado en el modelo financiero con el tráfico real registrado hasta la fecha, tal como se ha hecho históricamente, teniendo en cuenta el tráfico real para garantizarle al Concesionario un Tráfico Promedio Diario (TPD) garantizado, primando el tráfico real sobre el proyectado en el modelo financiero.

**"SEGUNDA**.- Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conlleva a corregir las siguientes deficiencias del modelo actual: a) el hecho de que no tuvo en cuenta los ingresos reales generados por el peaje de Teletón; b) el hecho de que el modelo solo proyectó ingresos generados por el peaje de Teletón desde 2005 mientras que el peaje de Teletón recaudó ingresos desde Noviembre del año 2000; c)el hecho de que los tráficos de los peajes Andes y Fusca tenidos en cuenta en el modelo son inferiores a los tráficos reales, y en general la subestimación del ingreso generado por el tráfico de la concesión.

**"TERCERA**.- Que se declare que las situaciones referidas en la pretensión declarativa precedente, subestima de manera importante los ingresos del concesionario, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**"CUARTA.**- Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser- ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el

valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

**"4.2.3.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de VEINTIDOS MIL TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS PESOS ($22,035.4pagando03.800) (Sic) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según Las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.4 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACION DE DEDUCCIONES NO PACTADAS ENTRE LAS PARTES POR CONCEPTO DE COSTOS DE OPERACIÓN, CUSTODIA Y TRANSPORTE DE VALORES DEL INGRESO ORIGINADO EN LOS PEAJES ANDES, FUSCA Y TELETON**.

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.4.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que contractualmente se aprobó entre las partes la definición de una sobretarifa a cobrar en los peajes Andes, Fusca y Teletón con el ánimo de cubrir el déficit ocasionado al concesionario por demoras en la aprobación de tarifas de Enero 2007 y vehículos con exenciones por la Ley 787.

**"SEGUNDA.-** Que se declare que una vez cancelados estos valores, los saldos restantes debían alimentar la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO.

**"TERCERA.-** Que se declare que el concesionario realizó deducciones no pactadas entre las partes a los saldos referidos en la pretensión declarativa precedente, por concepto de costos de operación, custodia y transporte de valores.

**"CUARTA.-** Que se declare que de acuerdo con las Actas de Aforo entregadas por la ANI y los informes de Fiducia, el concesionario está contractualmente obligado a reintegrar a la ANI la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario a partir de junio 21 de 2009.

**"QUINTA.-** Que se declare que las situaciones referidas en la pretensión declarativa precedente, esto es, el no reintegro de la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario, subestima de manera importante los ingresos del concesionario, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**"SEXTA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TÍR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando et valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

**"4.2.4.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS UN MIL TRECIENTOS (Sic) TRES PESOS (S995.501.303) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.5 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACION DE INGRESOS POR PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1. se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**4.2.5.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.

**"SEGUNDO.**- Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.

**"TERCERA.-** Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.

**"CUARTA.-** Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**"QUINTA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

**4.2.5.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA**.- En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de DOS MIL SEICIENTOS (Sic) VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS ($2.628.913.074) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO. y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.1.11 PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA UNIÓN TEMPORAL DE REPORTAR Y TRANSFERIR AL CONCEDENTE LOS INGRESOS DEL PEAJE DE TELETÓN A LOS QUE TIENE DERECHO.**

**"4.1.11.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"SEXTA.-** Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los Ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, al haber hecho deducciones que no cuentan con justificación alguna, como tampoco ha cumplido con la obligación de trasladar a la ANI los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.

**"SEPTIMA**.- Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, ni para destinar el restante 50% a usos o destinaciones diferentes a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.

**"4.1.11.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**"SEGUNDA.-** Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($6.652.136.547), según liquidación efectuada por la Interventoría del Contrato, o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de: (…) b) el costo de oportunidad de los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993, los que han debido quedar en su oportunidad a disposición de la ANI, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas o actualizadas hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.

**"4.2.6 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA DIFERENCIA ENTRE LAS FECHAS EN QUE SE EJECUTARON LAS OBRAS Y LAS PREVISTAS DE INVERSIÓN EN EL MODELO ECONÓMICO DEL CONTRATO**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.6.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que existen diferencias entre las fechas en que se ejecutaron las obras y las fechas previstas de inversión en el modelo económico del contrato de acuerdo con la actualización del modelo financiero aprobado en Diciembre de 2005 con comunicación DVNB-203-13 de Enero 28 de 2013, presentándose con ello los desplazamientos de inversión que se evidencian en el siguiente cuadro, o los que se prueben en el proceso:

(Espacio ocupado por cuadro descriptivo)

**"SEGUNDA**.- Que se declare que el desplazamiento de las inversiones impone la necesidad de actualizar el modelo de Diciembre de 2005 con las obras y fechas relacionadas en los cuadros anteriores.

**"TERCERA.-** Si el tribunal dictamina que hay que hacer los ajustes de obra, solicito declare que estas reprogramaciones tienen impacto sobre la rentabilidad del concesionario, derivado del aplazamiento de inversiones.

**"CUARTA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico originado en los desplazamientos mediante la actualización del modelo financiero.

**"4.2.6.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato si a ello hubiere lugar, y que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.7 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LAS SUMAS RECONOCIDAS AL CONCESIONARIO POR TARIFAS DIFERENCIALES, APLAZAMIENTO EN INCREMENTO DE TARIFAS SEGUN LEY 787 DE 2002**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.7.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que de conformidad con los documentos contractuales del 7 de diciembre de 2006 y del 19 de febrero de 2007, las tasas cobradas por encima de la tarifa contractual, debían destinarse al pago de déficit en tarifas y los excedentes generados.

**"SEGUNDO.-** Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%

**"TERCERO**.- Que se declare que con base en los antecedentes y de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, los vehículos regidos por la ley 787 del 2012 y categorías especiales deben ser reconocidos al Concesionario.

**"CUARTO.**- Que se declare que a la fecha la ANI no tiene cuentas por pagar por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas y Ley 787 de 2002, conceptos por los cuales la ANI canceló todas sus obligaciones contractuales el 20 de Junio de 2009.

**"QUINTO**.- Que se declare que como mecanismo de pago por parte del Estado para cubrir los déficit de tarifas (Ley 787, categorías especiales y demoras en la actualización tarifaria) se definió un incremento de tarifas de acuerdo con la metodología descrita en el Acta de Acuerdo y Modificación al Contrato de Concesión del 7 de Diciembre de 2006, a ser aplicado a partir del 7 de Enero de cada año.

**"SEXTO.-** Que se declare que las sumas que debieron ser reconocidas al Concesionario por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas, Ley 787 de 2002, son las siguientes: a) el Valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de las tarifas diferenciales en los peajes de Andes y Fusca, durante el periodo comprendido entre el 1 de Enero de 2000 y el 31 de Diciembre de

2009; b) Adicionado por el valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de los dispuesto en la Ley 787 de 2002 y la resolución 17717 del 5 de Noviembre de 2002; c) Adicionado el valor dejado de recaudar por el aplazamiento de! cobro de las tarifas hasta el 17 de Enero de 2006 y 17 de Enero de 2007, y d) Deducido el valor recaudado por el mayor valor cobrado en las tarifas de peaje en los años 2000 a 2009.

**"SÉPTIMO.-** Que se declare que a partir del 20 de junio de 2009 se han generado saldos a favor de la ANI, que de acuerdo con las Actas de Aforo del proyecto de concesión Devinorte, estaciones de peaje Andes, Fusca y Teletón a 31 de Diciembre de 2013 la ANI ascienden a $10.743.500.300 en pesos de diciembre de 2013.

**"OCTAVO.-** Que se declare que el Concesionario se ha beneficiado por la demora en el pago de los recursos que debe consigna' a favor de la AN!, en la medida que esos recursos los ha utilizado como si fuesen aportes del Estado, haciendo más eficiente su estructura de capital/deuda, y a su vez, porque la demora en los pagos le ha permitido percibir ingresos adicionales por rendimientos de esos recursos no girados.

**"NOVENO.-** Que se declare que el Concesionario ha cobrado costos por la consignación de los excedentes a favor de la ANI, descontando de los excedentes a girar a favor de la ANI un 7% por costos de operación, custodia y transporte de valores a lo cual seguidamente le aplica un IVA de 1,6%.

**"DÉCIMO.-** Que se declare que el Concesionario sólo tenía autorización contractual para descontar el 50% de los costos de construcción de las instalaciones del peaje, por lo que con los descuentos adicionales ha obrado contra lo establecido en el Contrato.

**"DÉCIMO PRIMERO.-** Que se declare que los saldos a favor la ANI generados por la diferencia entre los montos que han debido trasladarse a la subcuenta excedentes versus los que efectivamente se ha trasladado, incluyendo sus rendimientos, son los siguientes:

a) Por los Peajes Andes y Fusca, según las Actas de Aforo a Diciembre de 2013 la ANI cuenta con un saldo a favor por valor de $10.743.500.300, pero según los informes de Fiducia, el Concesionario ha consignado a la fiduciaria a Diciembre de 2013 un total de $8.623786.369, generándose una diferencia de $213.197.069 constantes de mayo de 1994, para el periodo comprendido entre 2009 y 2013.

b) Por el Peaje Teletón, de acuerdo con las Actas de Aforo en donde se certifican los ingresos reales por recaudo de peaje de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2013, y por otro lado, los informes de Fiducia en donde se evidencian los excedentes consignados por el Concesionario, se genera una diferencia a favor de la ANI por valor de S782.304.234 constantes de mayo de 1994.

**"DÉCIMO SEGUNDO.-** Que se declare que de acuerdo con las actas de aforo, los recaudos del peaje Teletón no han sido incluidos en los cálculos de Ingreso Garantizado y Máxime Aportante.

**"4.2.7.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**PRIMERA.-** Que por causa de las pretensiones declaratorias precedentes, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS UN MIL TRECIENTOS TRES PESOS ($995.501.303) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a l**a** subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.8 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR APORTES DE CAPITAL DE RIESGO.**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.8.1 PRETENSIONES DECLARATORIAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que de conformidad con el Otrosí de fecha 11 de agosto de 2003 y sus anexos, el monto total de los aportes de capital de riesgo que debía realizar el Concesionario al proyecto ascendía a $18.260 millones de mayo de 1994 más S29.075 millones de mayo de 1994 producto de la venta de derechos de participación en el patrimonio autónomo.

**"SEGUNDA.-** Que se declare que no se cuenta con evidencia documental que pruebe los aportes de capital derivados de la venta de derechos fiduciarios ($29.075 millones mayo/94) y que están incluidos en el modelo financiero.

**"TERCERA.-** Que se declare que la ausencia del aporte incorporado en el modelo financiero afecta el equilibrio económico del contrato de Concesión incrementando la rentabilidad del concesionario, haciéndose necesario modificar o reducir el plazo del contrato para alcanzar la TIR de 10,93%.

**"CUARTA.-** Que se declare en consecuencia, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el ajuste o reducción del plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10,93% o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico originado en los desplazamientos mediante la actualización del modelo financiero.

**"4.2.8.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir el Modelo Financiero y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato si a ello hubiere lugar y que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono Directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.9 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR ACTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES MACROECONOMICAS CONSIDERADAS**

"A partir de las pretensiones declarativas del numeral **4.2.1.1,** se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**"4.2.9.1 PRETENSIONES DECLARATORIAS**

**"PRIMERA.-** Que se declare que el efecto económico generado en el modelo financiero de diciembre de 2005 respecto de las variables macroeconómicas, es un imperativo contractual conforme a la consideración 9 contenida en el Modificatorio del 31 de mayo de 2005, según la cual "(...) las partes tienen claro que el llamado "MODELO FINANCIERO" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no solo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores (...)"

**"SEGUNDA.-** Que se declare que las tasas de inflación de acuerdo con lo publicado por el DANE y la tasa objetivo de inflación de mediano plazo emitida por el Banco de la República, permiten evidenciar bajo el punto de vista estrictamente financiero que en el contrato de concesión se pactó que el modelo financiero se utilizarla para estimar el desempeño futuro del proyecto con base en dos

tipos de variables en la proyección, de las cuales unas son de aquellas cuyo control depende de las partes y otras son de aquellas que dependen de factores exógenas al Proyecto.

**"TERCERA.**- Que se declare que las variables cuyo control depende de las partes, generan responsabilidades a las mismas de acuerdo con la asignación de riesgos pactada contractualmente.

**"CUARTA.**- Que se declare que el equilibrio contractual no puede ser afectado por la utilización de variables estimadas cuando éstas son determinables en el tiempo.

**"QUINTA.-** Que se declare que las variables exógenas al proyecto, como la inflación, deben ser actualizadas utilizando los datos reales.

**"SEXTA.-** Que se declare que la utilización de una inflación que difiere de manera notoria de la inflación real genera un desequilibrio económico sobre el contrato.

**"SÉPTIMA.-** Que se declare que el modelo fue construido con una inflación anual de referencia del 21%, muy superior a la que en realidad se dio.

**"OCTAVA.-** Que se declare que la inflación utilizada en el modelo financiero para las proyecciones se mantuvo estática a lo largo de todo el periodo proyectado.

**"NOVENA.-** Que se declare que la inflación estática utilizada en el modelo generó una subestimación de los ingresos reales (aquellos que se obtienen una vez se excluye el impacto de la inflación sobre las proyecciones) del Proyecto.

**"DÉCIMA.-** Que se declare que la inflación estática utilizada en el modelo, generó una sobrestimación de los costos totales del proyecto

**"DÉCIMA PRIMERA.-** Que se declare que debe ser tenida en cuenta la inflación real hasta la fecha del laudo para la actualización del modelo financiero, y de allí en adelante aplicar periódicamente el mismo criterio para la actualización periódica del modelo hasta la liquidación del contrato.

**"DÉCIMA SEGUNDA.**- Que se declare en consecuencia, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el ajuste o reducción del plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

**"4.2.9.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**"PRIMERA.-** Que se ORDENE a Las Demandadas actualizar el Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 conforme, para corregir todos los errores y cambios en las variables macroeconómicas reales que se mencionan en las pretensiones precedentes, la actualización del Modelo Financiero del Contrato hasta mantener la TIR pactada del 10,93%.

**"SEGUNDA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir el Modelo Financiero y compensar a la ANI, se CONDENE a la Parte Demandada al pago de CUARENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($47.051.568.578) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o la suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley."

# 7. LOS HECHOS PLANTEADOS POR CADA UNA DE LAS PARTES

## 7.1. LOS HECHOS PLANTEADOS POR LA CONVOCANTE

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral sustituida y reformada, excluidos los que sirvieron de soporte a las pretensiones desistidas según el Acuerdo Conciliatorio Parcial del 30 de octubre de 2015 y que fue aprobado por el Tribunal por Auto de 24 de noviembre de 2015 (Acta 29).

## 7.2. LOS HECHOS PLANTEADOS POR LA ANI

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte demandante en reconvención están relacionados en el texto de la demanda de reconvención, excluidos los que sirvieron de soporte a las pretensiones desistidas según el Acuerdo Conciliatorio Parcial del 30 de octubre de 2015 y que fue aprobado por el Tribunal por Auto de 24 de noviembre de 2015 (Acta 29).

# 8. EXCEPCIONES, OPOSICIONES O MEDIOS DE DEFENSA

## 8.1. EXCEPCIONES, OPOSICIONES Y MEDIOS DE DEFENSA PROPUESTAS POR LA ANI

En virtud del Acuerdo Conciliatorio Parcial aprobado por el Tribunal por Auto de 24 de noviembre de 2015 (Acta 29), las excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestas por la **Agencia Nacional de Infraestructura** que el Tribunal debe resolver en este Laudo, según la contestación a la reforma de la demanda sustituida, son las siguientes:

A. Frente a las pretensiones IV.I.1 y IV.I.2. de la demanda arbitral se excepcionó el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales:

1. Convocatoria y realización de los Comités de Fiducia.
2. Entrega de los diseños y construcción para la ampliación del antiguo Viaducto a La Caro.
3. Instalación de publicidad en peajes del proyecto.
4. Excedentes en las tarifas de los peajes.
5. Reporte de ingreso y de vehículos operativos.
6. Reporte de ingresos del peaje teletón.
7. Aportes de capital de riesgo.

B. Frente a las pretensiones IV.I.3, IV.I.4., IV.I.5., IV.I.6., IV.I.7., IV.I.8, IV.I.9 y IV.I.10 inexistencia de desequilibrio económico, se excepcionó que, si llegase a probar desequilibrio económico del contrato, éste resultaría en contra de los intereses de la ANI y ampliamente favorable a los de la convocante.

El Tribunal se referirá a estas excepciones, oposiciones o medios de defensa más adelante en este Laudo.

## 8.2. EXCEPCIONES, OPOSICIONES Y MEDIOS DE DEFENSA PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCANTE

En virtud del Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito por las partes y aprobado por el Tribunal, las excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestas por la parte convocante que el Tribunal debe resolver en este Laudo, según la contestación a la demanda de reconvención, son las siguientes:

1.- Inexistencia del incumplimiento de las obligaciones que se predican no atendidas
5.- Del principio de la confianza legítima
6.- La institución del acto o hecho propio
7.- Acerca de la interpretación de las estipulaciones contractuales.
8.- Consideraciones sobre el modelo financiero en los contratos de concesión conocidos como de "primera generación".
9.- Inaplicabilidad de la cláusula trigésima sexta del contrato para los propósitos perseguidos por la convocada.
10.- Del debido proceso como rector de los procesos sancionatorios.
11. Prevalencia del pliego de condiciones sobre cualquier otro documento relacionado con el contrato.
12. No transgresión de lo dispuesto por los artículos 40 de la ley 80 de 1993 y 33 de la ley 105 de la misma anualidad.
13. Excepción genérica y aplicación transversal de las excepciones, contradicciones y defensas.

El Tribunal se referirá más adelante en este Laudo a estas excepciones, oposiciones o medios de defensa.

# 9. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto de 16 de abril de 2015, Acta No. 16.

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

## 9.1. PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS SOCIEDADES CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.

### 9.1.1 Documentales

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por esta parte que relacionó en la demanda arbitral presentada el 28 de junio de 2013, con la comunicación de 15 de julio de 2013, con la sustitución de la demanda, con la contestación a la demanda de reconvención, que incorporó aquéllas aportadas con la contestación de la demanda de reconvención y las aportadas por el litisconsorte necesario en su memorial de 20 de mayo de 2014, con la reforma de la demanda sustitutiva de 21 de octubre de 2014 que incorporó aquéllas aportadas con la reforma de la demanda sustitutiva y con el memorial de 19 de enero de 2015 con el cual se pronunció respecto de la objeción del juramento estimatorio.

### 9.1.2 Oficios

A petición de la convocante se libraron oficios a las siguientes entidades:

**9.1.2.1 Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** para que certificara sobre la identidad de los partícipes actuales de la UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE, que funge como Concesionaria en el Contrato de Concesión 0664 de 1994.

Su respuesta se recibió el 4 de junio de 2015.[31]

**9.1.2.2 Tribunal Administrativo de Cundinamarca** para que remitiera la totalidad de los cuadernos que conforman el Expediente 250002315000200302181 01 (A.P.), conformado con ocasión de la Acción Popular interpuesta por Betsy Judith Orjuela Peña contra el Instituto Nacional de Vías INVÍAS y otros. Con comunicación de 11 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca informó sobre el valor de las copias del expediente de la Acción Popular, y el 22 de junio siguiente remitió las copias solicitadas que se agregaron a los Cuadernos de Pruebas.[32]

**9.1.2.3 Contraloría General de la República** para que remitiera copia de la totalidad de los informes preliminares y definitivos producidos por dicha entidad con ocasión de las labores de auditoría que ejerció sobre la gestión de la Agencia Nacional de Infraestructura en relación con la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994, celebrado, originalmente, entre el INVÍAS y la Unión Temporal del Norte de Bogotá DEVINORTE y relativo al Proyecto Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá. Dentro de ellos el documento denominado INFORME DE AUDITORÍA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – CONCESIONES DEL MODO CARRETERO. (Remitido mediante Oficio CGR – CDIFTCEDR No. 009 de junio de 2009). Su respuesta se recibió el 26 de mayo de 2015.[33]

**9.1.2.4 Contraloría General de la República** para que remitiera la totalidad de las respuestas entregadas por la Agencia Nacional de Infraestructura en su labor de presentar descargos respecto de los hallazgos con incidencia de tipo administrativo, disciplinario, fiscal y penal, relacionados en los informes preliminares y definitivos producidos por dicha entidad en desarrollo de la labor de auditoria indicada en el punto anterior. Las respuestas debían acompañarse de los respectivos anexos entregados por parte de la ANI. Su respuesta se recibió el 26 de mayo de 2015 y el 4 de junio de 2015.[34]

### 9.1.3 Declaración de terceros

A solicitud de la convocante se decretaron y practicaron las declaraciones de las siguientes personas:

- John Peter Grossich Vanegas, Ingeniero Civil, quien como representante de la firma Nexus Banca de Inversión, participó en la elaboración del experticio aportado por la parte convocante: 9 de septiembre de 2015, Acta 23.
- Jaime Durán Meléndez, Ingeniero Civil, trabajó durante 29 años con la firma Cano Jiménez Estudios, miembro líder de la Unión Temporal Devinorte y se desempeñaba como Director de Proyecto: 14 de septiembre de 2015, Acta 24
- Juan Felipe Castro, Economista, quien se desempeñaba como responsable a nombre de la firma Nexus Banca de Inversión del experticio aportado por la parte convocante: 14 de septiembre de 2015, Acta 24.

[31] Cuaderno de Pruebas 19, Folios 5 y 6.
[32] Cuadernos de Pruebas Nos. 20 a 22.
[33] Cuaderno de Pruebas No. 19, Folios 1 y 2.
[34] Cuaderno de Pruebas No. 19, Folios 3 y 4.

- Claudia Liliana Ramírez, Ingeniera Civil, quien como contratista de apoyo de la ANI ejerció la supervisión del contrato de Devinorte entre agosto/10 y febrero/13: 15 de septiembre de 2015, Acta 25.
- Marcelo Enrique Cano del Castillo, Ingeniero Civil, se desempeñó como supervisor del contrato de Devinorte desde marzo/04 hasta julio/10: 15 de septiembre de 2015, Acta 25.
- Miller Díaz Bojacá, Ingeniero Civil, laboró en distintas épocas para Cano Jiménez Estudios, algunas como residente de obra y otras como Jefe de Proyecto: 21 de septiembre de 2015, Acta 26.

El apoderado de la parte convocante desistió del testimonio de Edgar Alba, lo cual fue aceptado sin reparo por la convocada y decretado por el Tribunal por Auto de 15 de septiembre de 2015 (Acta 25). Igualmente la parte convocante desistió de la práctica de los testimonios decretados de Luis Antonio Palacios, Fernando Ortiz, José del Carmen Junca, Camilo Andrés Jiménez, Hernando Mereb Rodríguez, Camilo Mendoza Rozo, Khendry Rueda y Emerson Durán; por Auto de 3 de agosto de 2016 el Tribunal, ante ausencia de oposición de la contraparte, aceptó tales desistimientos (Acta 38).

### 9.1.4 Prueba Pericial de Parte

Se ordenó tener como prueba el dictamen pericial elaborado por los profesionales de Nexus Banca de Inversión, que fue aportado por la parte convocante con la demanda.

### 9.1.5 Dictámenes Periciales.

A solicitud de la parte convocante se practicaron dictámenes periciales, así:

#### 9.1.5.1 Dictamen por Ingeniero Civil

Se decretó y practico un dictamen por perito Ingeniero Civil con experiencia en proyectos de infraestructura vial, que fue rendido por el Ingeniero Julio Bernardo Durán Bustamante, en los términos solicitados por la parte convocante en la reforma de la demanda sustituida[35], junto con las respuestas a las preguntas que se le formularon hasta la oportunidad procesal correspondiente. El informe fue rendido el 22 de septiembre de 2015.[36] Dentro de su traslado la parte convocada presentó solicitud de aclaración y complementación que decretada por el Tribunal fue rendida el 9 de febrero de 2016.[37]

Además, mediante Auto de fecha 4 de marzo de 2016, se ordenó al perito en temas de Ingeniería dar respuesta a la pregunta 5.2 en los términos formulados por el Tribunal, requiriéndolo para que aclarara y/o precisara si se realizaron o no los mantenimientos periódicos pactados y si los costos estimados relativos a los mismos deben estar o se deben retirar del modelo financiero, así como que acompañara e indicará los documentos en los cuales constara que la información para atender el

[35] *Se designe un perito experto en ingeniería de vías y asuntos financieros con el fin de que establezca el valor de las obras adicionales ejecutadas por las convocantes en el interregno que fue entre diciembre de 2005 u otras diferentes épocas y la presente fecha, cuyo costo no fue contabilizado como partida de egreso en la actualización del modelo financiero solemnizado a términos del otrosí de la mencionada fecha; igualmente el perito debe señalar los mayores valores que alcanzó la ejecución del tramo de vía Capellanía – Zipaquirá y de la Variante Portachuelo por razón de haberse excedido el costo inicial estimado de las obras o por haberse generado en razón de cambios en los diseños respecto de algunos de los ítems que conformaban el alcance inicial del contrato. El perito designado debe además correr el modelo financiero contractualmente adoptado a efectos de que, una vez, impute como partida de egreso las partidas antes establecidas determine hasta qué fecha debe extenderse la Etapa de Operación, a efectos de que las aquí Convocantes no sólo recuperen el valor de su inversión, sino, además, obtengan la tasa interna de retorno (TIR) contractualmente pactada"*; Folios 193 Cuaderno Principal N° 3 y xxx Cuaderno Principal.

[36] Cuaderno de Pruebas N° 23, Folios 1 a 349. Sus anexos se agregaron a los Cuadernos de Pruebas Números 24 a 28 del Expediente.

[37] Cuaderno de Pruebas N° 23, Folios 351 a 594

resto de las solicitudes fue suministrada por cada una de las partes; este informe fue rendido el 11 de marzo de 2016.[38]

Por Auto de 7 de junio de 2016, en consideración a las manifestaciones realizadas por el perito económico-financiero, el Tribunal consideró necesario que el perito técnico extendiera el alcance de su dictamen i) respecto de si en el cronograma de inversión del Modelo de 2005, las partes incluyeron la construcción de áreas de servicio, relacionando la fecha y el valor incorporado; ii) identificar la fecha y valor de ejecución efectiva o esperada para la construcción de las baterías de baños, así como también si se incluyó en este mismo modelo la compra de los equipos de limpieza, relacionando la fecha y el valor incorporado; iii) indicar la fecha y el valor de ejecución efectiva o esperada de la compra de los equipos; iv) sobre obras ejecutadas (numeral 10 del Otrosí 60) precisar la fecha de iniciación y los valores mensuales de ejecución de esas obras y, (v) en cuanto al Puente sobre el Río Bogotá, precisar el valor estimado en el Modelo del año 2005 y las fechas de su construcción igualmente estimadas; dicha extensión al dictamen fue rendida el día 5 de julio de 2016. Dentro del término de traslado la parte convocada solicitó aclaraciones respecto de la extensión a este dictamen que, ordenadas por el Tribunal, fueron rendidas el 25 de julio siguiente.

### 9.1.5.2 Dictamen Económico y Financiero

Se decretó y practicó un dictamen por perito experto en temas económicos y financieros, con experiencia en estructuración financiera de proyectos de infraestructura vial, que fue rendido por la firma **Valfinanzas Banca de Inversión**, en los términos solicitados por la parte convocante en la contestación a la demanda de reconvención[39], junto con las respuestas a las preguntas que se le formularon hasta la oportunidad procesal correspondiente. El 22 de febrero de 2016, VALFINANZAS rindió el respectivo dictamen.

Es pertinente hacer referencia a los siguientes hechos que constan en el expediente, así: i) Algunas respuestas del dictamen pericial económico financiero dependían de información que debía extraerse de los dictámenes Contable y Técnico; y, ii) Para cuando VALFINANZAS rindió su dictamen, aún estaba pendiente que tales peritos rindieran las aclaraciones y complementaciones a los respectivos dictámenes.

En virtud de lo anterior, por Auto del 4 de marzo de 2016, se le ordenó a VALFINANZAS revisar las conclusiones de su experticia frente a las aclaraciones y complementaciones que debían rendir más adelante los otros dos peritos, para que, si era del caso, ajustara sus conclusiones. En cumplimiento de lo anterior, el 4 de abril de 2016, VALFINANZAS presentó un documento mediante el cual dio alcance al Dictamen Pericial Financiero rendido el 22 de febrero de 2016. Durante los días 6 al 19 de abril de 2016, se corrió traslado conjunto tanto del Dictamen Financiero presentado el 22 de febrero como de su Alcance radicado el 4 de abril de 2016. Dentro del término del traslado, los señores apoderados de las partes radicaron solicitudes de aclaración y complementación al dictamen financiero, que fueron ordenadas por el Tribunal y rendidas por el perito el 10 de mayo de 2016.

---

[38] Cuaderno de Pruebas No. 23, Folios

[39] *(…) se decrete la práctica de un dictamen pericial por parte de un economista experto en cuestiones financieras con el fin de que absuelva el cuestionario que se desarrolla a continuación o aquél que le complemente con antelación al acto de su posesión. La pericia se debe orientar de manera que examine las actualizaciones de los Modelos Financieros efectuadas en: (i) octubre del año 2001 y solemnizada el 11 de agosto de 2003; (ii) en diciembre 29 de 2005; y, (iii) en diciembre de 2012 con el fin de que constate y exponga en su experticio las directrices, parámetros, indicadores macroeconómicos y demás elementos financieros utilizados por las Partes para correr el Modelo Financiero.*
*Además de identificar dichos factores y la metodología aplicada deberá dictaminar sobre si las tres (3) aludidas actualizaciones se hicieron bajo la misma metodología.*
*Igualmente el experto deberá proceder a hacer la actualización del Modelo a la fecha de rendición de su dictamen observando para el efecto la misma metodología y demás factores de cálculo que constate se tomaron en cuenta para la elaboración de las tres (3) precedentes actualizaciones, para cuyo efecto deberá tomar en cuenta los valores de inversión en obras y actividades por parte de la Concesionaria que no se encuentren contemplados en la actualización efectuada en el año 2005, mismo que deberá tener en cuenta los ajustes que debe realizar a las inversiones en cuanto se refiere a las fechas o épocas de su real suceder".* Folio 114 Cuaderno Principal N° 3.

Dentro del traslado de estas aclaraciones la parte convocante manifestó objetar parcialmente por error grave el dictamen Económico y Financiero, en particular respecto de las respuestas dadas por Valfinanzas Banca de Inversión a las preguntas 6 y 7 del cuestionario formulado por la parte Convocada, relacionadas con las inversiones realizadas para el mantenimiento periódico de la obra concesionada. Tal y como lo reconoció el señor apoderado de la parte convocante, las respuestas del perito que objetó están contenidas en el documento de 4 de abril de 2016, mediante el cual VALFINANZAS dio Alcance al Dictamen Pericial Financiero.

La parte convocante en su oportunidad, no solicitó al perito económico aclarar o complementar su dictamen en lo que se refiere a las respuestas relacionadas con las preguntas 6 y 7 del cuestionario formulado por la parte Convocada, relativas a las inversiones realizadas para el mantenimiento periódico de la obra concesionada.

Frente a la anterior situación el Tribunal de oficio ordenó al perito económico y financiero ajustar o complementar su experticia *"específicamente las respuestas a las preguntas 6 y 7 del cuestionario formulado por la parte convocada-, con base en la totalidad de las pruebas que obran dentro del proceso, debidamente decretadas y practicadas, entre ellas, el dictamen técnico -que la convocante señala no tuvo en cuenta-, y el dictamen contable con sus correspondientes soportes que obran como anexos"*. Así mismo se le ordenó al perito revisar y tener en cuenta *"el Otrosí No. 60 celebrado entre las partes el 15 de abril de 2016 como consecuencia del Acuerdo Conciliatorio suscrito por ellas el 30 de octubre de 2015 y que fue aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de siguiente, según consta en el Acta No. 29 de esa fecha, con el objeto de que verifique si de acuerdo con dicho Otrosí se alteran sus respuestas contenidas en su dictamen pericial rendido el 22 de febrero y ajustado el 4 de abril, con sus respectivas aclaraciones y complementaciones rendidas el 10 de mayo de 2016 y, si ello es así, proceda a realizar los ajustes respectivos de manera tal que teniendo en cuenta el citado Otrosí y el Acuerdo Conciliatorio que lo antecedió, responda definitivamente los cuestionarios que le fueron formulados, incluidas las solicitudes de aclaración y/o complementación"*. Posteriormente, por Auto de 7 de junio de 2016, en consideración a que algunos de los temas anteriores dependían de información a cargo del perito técnico, el Tribunal ordenó a éste rendir una extensión al mismo sobre los temas particulares planteados por VALFINANZAS, luego de lo cual se le suministró la información a ésta y el 19 de julio de 2016 rindió el correspondiente informe pericial. Por Auto de 22 de julio el Tribunal ordenó correr traslado de la extensión al dictamen económico financiero durante los días 26 a 29 de julio y 1° de agosto de 2016.

### 9.1.6. Inspección Judicial

Por solicitud de la parte convocante contenida en la contestación de la demanda de reconvención, el Tribunal decretó la práctica de inspección judicial en las obras que forman parte del Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá. Sin embargo, por Auto de 3 de agosto de 2016, el Tribunal aceptó el desistimiento de esta prueba, que se formuló en forma conjunta por los apoderados de las partes.

## 9.2. PRUEBAS SOLICITADAS POR EL LITISCONSORTE NECESARIO UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-

El Tribunal tuvo en cuenta que la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE solicitó se decretaran todas las pruebas requeridas por las sociedades convocantes en su escrito de contestación de la demanda de reconvención fechado 15 de octubre de 2014. Además de lo anterior, se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por el listisconsorte necesario con el memorial de 15 de octubre de 2014 donde se pronunció respecto de su vinculación al proceso (que incorporó aquellas aportadas con el memorial de 20 de mayo de 2014).

## 9.3. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

### 9.3.1. Documentales:

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos aportados por la convocada con la demanda de reconvención de 8 de septiembre de 2014 y con la contestación de la reforma de la demanda sustitutiva de 24 de noviembre de 2014.

### 9.3.2 Declaración de terceros:

A solicitud de la convocada se decretaron y practicaron las declaraciones de las siguientes personas:

- Emerson Leonardo Duran Vargas, Contador Público, quien se desempeñaba como gerente financiero de la Agencia Nacional de Infraestructura hasta el 2 de junio de 2015: 14 de septiembre de 2015, Acta 24
- Alonso Fernando Castellanos Rueda responsable en nombre de la firma Ernest & Young Auditores del experticio aportado por la parte convocada: 15 de septiembre de 2015, Acta 25.

Por Auto de 15 de septiembre de 2015 el Tribunal aceptó el desistimiento formulado por el apoderado de la parte convocada al testimonio de Camilo Náged (Acta 25), e igualmente por Auto de 3 de agosto de 2016 aceptó el desistimiento a la práctica de los testimonios de Margarita Montilla Herrera, Hildebrando Muñoz y Khendry Rueda Romero, frente a lo cual la contraparte no formuló reparos (Acta 38).

### 9.3.3 Prueba Pericial de Parte:

Se ordenó tener como prueba el dictamen pericial elaborado por los profesionales de Banca de Inversión ERNEST & YOUNG Auditores que fue aportado con la demanda de reconvención de 8 de septiembre de 2014.

### 9.3.4 Dictámenes Periciales:

A solicitud de la parte convocada se practicaron dictámenes periciales, así:

#### 9.3.4.1 Dictamen Financiero

Se decretó y practicó un dictamen por un perito experto en temas económicos y financieros, con experiencia en estructuración financiera de proyectos de infraestructura vial, que fue rendido por la firma **Valfinanzas Banca de Inversión**, en los términos solicitados por la parte convocada en contestación de la reforma de la demanda sustitutiva[40] junto con las respuestas a las preguntas que se le formularon hasta la oportunidad procesal correspondiente. Este dictamen fue rendido en

[40] *(…) solicito se decrete y practique un dictamen pericial financiero, con el objeto de que un experto, Banca de Inversión con experiencia comprobada en proyectos de infraestructura vial, dictamine y cuantifique el estado financiero real del proyecto vial DEVINORTE, verificando todos los ingresos, egresos, cambios del contrato, adiciones, a efectos de comprobar la inexistencia de un desequilibrio financiero causado en contra de la Unión Temporal Concesionaria".* Folio 302 Cuaderno Principal N° 3.

conjunto con el decretado a solicitud de la parte convocante razón por la cual son predicables todas las anotaciones que respecto de dicho dictamen se hicieron en acápite anterior de este Laudo.

#### 9.3.4.2 Dictamen Contable

Se decretó y practicó un dictamen por perito experto en temas contables, con conocimiento de temas tributarios que fue rendido por la firma **Jega Accounting House Ltda**., en los términos solicitados por la parte convocada en la demanda de reconvención[41], junto con las respuestas a las preguntas que se le formularon hasta la oportunidad procesal correspondiente. El informe fue rendido el 18 de enero de 2016. Las partes presentaron solicitudes de aclaración y complementación a este dictamen que decretadas por el Tribunal fueron rendidas el 14 de marzo de 2016. Este dictamen no fue objetado por las partes.

#### 9.3.4.3 Dictamen por Ingeniero Civil

Se decretó y practicó un dictamen por perito Ingeniero Civil con experiencia en proyectos de infraestructura vial, que fue rendido por el Ingeniero Julio Bernardo Durán Bustamante, en los términos solicitados por la parte convocada en la demanda de reconvención[42], junto con las respuestas a las preguntas que le se formularon hasta la oportunidad procesal correspondiente. Este dictamen fue rendido en conjunto con el decretado a solicitud de la parte convocante razón por la cual el Tribunal remite a las anotaciones que respecto de dicho dictamen se hicieron en acápite anterior de este Laudo.

### 9.3.5 Inspecciones Judiciales con exhibición de documentos

Se decretó la práctica de inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las instalaciones de la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE-, así como en las oficinas de Fiduciaria Bancolombia. En audiencia de 3 de agosto de 2016, se aceptó el desistimiento a la práctica de la primera de las diligencias y, en consideración a que los documentos materia de esa diligencia fueron allegados al proceso por parte de Fiduciaria Bancolombia y puestos a disposición de los peritos, el Tribunal prescindió de la práctica de la segunda.

## 9.4. PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO

Además de las pruebas de oficio a las que ya se ha hecho referencia, el Tribunal ordenó recibir la declaración de Carlos Arturo Reina Camacho, Ingeniero Civil, quien está vinculado con la Agencia Nacional de Infraestructura como Director de la firma interventora del Contrato, el Consorcio ICITY. Esta declaración fue recibida en audiencia de 21 de septiembre de 2015, Acta 26.

---

[41] *(…), solicito se decrete y practique un dictamen pericial contable, con el objeto de que un perito experto, persona natural o jurídica que valore no sólo lo que aparece en los libros contables que resulte relevante para confirmar los hechos y probar los fundamentos de las pretensiones solicitadas, sino que como perito además valore la fuente de la información de manera que verifique el cumplimiento de los documentos contables con las normas sobre confiabilidad, fidelidad y autenticidad de la información, y además confirme, valores y pondere los valores por conceptos de multas, indemnizaciones, perjuicios o compensaciones para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de la ANI. (…)".* Folio 339 Cuaderno Principal N° 2.

[42] *"(…), solicito se decrete y practique un dictamen pericial técnico de un ingeniero civil experto en infraestructura vial, con el objeto de que se pronuncie sobre los aspectos técnicos involucrados en las pretensiones y hechos de la demanda de reconvención, que permitan evidenciar las afectaciones y desplazamientos en el cronograma de obras a realizar de acuerdo con lo establecido en el contrato y determine los valores reales en los que incurrió el Concesionario por la realización de las obras por concepto de la adición al contrato".* Folio 339 Cuaderno Principal N° 2

# 10. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la audiencia celebrada el 24 agosto de 2016 los apoderados de las partes presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión y un resumen escrito de los mismos (Acta N° 39).

Con el fin de reconocer y contextualizar la posición final de los extremos litigiosos frente a las controversias que deben desatarse en este Laudo, el Tribunal hace a continuación un breve resumen de las alegaciones de los señores apoderados de las partes y del señor representante del Ministerio Público sin pretender minimizar, trivializar o banalizar los amplios, juiciosos y respetables argumentos que expusieron en la audiencia que para ese preciso efecto programó y realizó el Tribunal.

## 10.1 Alegatos de la parte Convocante y Demandada en reconvención

El señor apoderado de la parte convocante inicialmente hizo un análisis de los hechos relevantes y pertinentes que mantuvieron vigencia después del Acuerdo Conciliatorio y que sustentan las pretensiones tanto de la reforma de la demanda como de la reconvención; se ocupó enseguida del análisis de las excepciones, contradicciones y defensas propuestas por las partes. Luego hizo una exposición conclusiva sobre las pretensiones remanentes, sobre el juramento estimatorio y la pretensión principal y subsidiaria de la demanda.

Parte de su argumentación jurídica se centró en el principio de la confianza legítima, del que señala que: *"cuando el actuar de la Administración se ha manifestado de manera sistemática, consuetudinaria y coherente, el sentido o contenido de esa manifestación ha de tenerse como vigente y comprensivo de la filosofía o posición del Estado administrador y, en tanto eso, el administrado puede tener por descontado que sus actuaciones acordes a esos postulados manifestados o actuados por el Estado son legítimas y por consiguiente gozan del beneplácito del ente público".* Por lo expuesto considera que *"El asiento ineluctable de la Confianza Legítima creada se concreta en el siguiente incontrovertible hecho: la suscripción por los combatientes de los Otrosíes de 11 de agosto de 2003 y de 29 de diciembre de 2005 que, como ha quedado pericialmente establecido, sin asomo de duda resultan idénticos en su naturaleza y contenido esencial en cuanto al tratamiento que ha de ser dado a la construcción del Flujo Libre de Caja y a la aplicación de la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión".*

Así mismo, sobre la base de la institución *"del acto o hecho propio"* el apoderado de la convocante precisa que *"En el específico caso del desarrollo de este añejo Contrato, el 0664 de 1994, durante estos veintidós (22) pacíficos años, al principio el **INVÍAS**, luego el **INCO** y ahora la **ANI** han incurrido en actuaciones que analizadas en grupo conducen a la certeza de que los procederes de mis poderdantes fueron consentidos por la Entidad Concedente, o en otras ocasiones expresamente ratificados mediante bilaterales actuaciones contractuales; muy particularmente en torno al Modelo Financiero y a los diferentes tópicos atinentes a su naturaleza y a su actualización".* En razón de lo anterior considera que *"hasta para el más abandonado observador deberá resultarle claro que cuando la Convocada, en su rol de Demandante en Reconvención, pretende botar por la borda lo que a ciencia y paciencia actuó al firmar las actualizaciones del Modelo Financiero (que en lo que respecta al solemnizado en el 2003 fue hechura a cuatro manos) y hacerse la de la vista gorda en frente de sus propias alegaciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo(Expediente: AP03 – 02181) y ante la Contraloría General de la República, está traicionando aviesamente su propia actuación".*

Como tercera base de argumentación se refiere al tema de la *"la interpretación de las estipulaciones contractuales"*, para destacar, entre otros, que *"la univocidad de la interpretación del contrato se paseó oronda durante dieciocho (18) longos años; hasta que, sorpresivamente, lo que era cristalino se tornó confuso, equivoco y contradictorio muy a pesar a que dicha interpretación no representó una simple entelequia sino que se plasmó en dos sucesivos instrumentos contractuales".*

Advierte más adelante esta parte en sus alegaciones, refiriéndose al tema de la distribución de riesgos que *"El Contrato de Concesión 0664 de 1994, es un Contrato de Primera Generación, en donde se fija un plazo Contractual, es decir que la Concesión tiene un plazo fijo determinado. Se evidencia en la oferta del Concesionario y en el Contrato de Concesión que el Plazo de la Etapa de Operación fue ofertado por la Unión Temporal Concesionaria. Durante dicho plazo, ofertado y definido contractualmente, el Concesionario esperaba obtener una expectativa de retorno sobre el capital invertido, acorde con la estructura de riesgos asumida a través de su oferta y plasmada en el Contrato de Concesión; para cuya expectación tomo en cuenta como unos de los elementos esenciales, sino los más, la proyección del Trafico esperado o TPD y las tarifas asignadas al Proyecto".*

Señala además sobre este punto que *"El riesgo de ingresos definido en el Contrato de Concesión, así como en todos los contratos de primera generación, es un riesgo que comparten Concedente y Concesionario, en donde se define un rango entre un Ingreso Mínimo Garantizado - IMG (expresión dineraria del Tráfico Mínimo Garantizado) y un Ingreso Máximo Aportante - IMA) (expresión dineraria del Tráfico Máximo Aportante) dentro del plazo establecido en el Contrato y a unas tarifas determinadas contractualmente. Si los ingresos recaudados están por debajo del IMG, el Concedente le reconoce al Concesionario la diferencia hasta alcanzar el IMG. Si los ingresos están en el rango entre el IMG y el IMA, el recaudo le pertenece en un 100% al Concesionario. Si los ingresos superan el IMA, el ingreso recibido por encima del IMA se reparte 50% para el Concedente, 50% para el Concesionario, con las limitaciones de destino que el pacto contractual impone.*

*Si no se cumplen los ajustes tarifarios estipulados en el Contrato de Concesión, se restablecerá el equilibrio económico contractual, mediante los procedimientos establecidos en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA de dicho Contrato".*

Agrega que *"Como corolario de la materialización de eventos que modificaron la Ecuación Contractual, las Partes acordaron, a través de la aplicación de los procedimientos descritos en la* ***CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA*** *de este contrato, modificaciones que derivaron en el restablecimiento de esta Ecuación. En efecto, dichas modificaciones, no representaron un cambio en la estructura de riesgos concebida en la oferta de la Unión Temporal Concesionaria y plasmada en el Contrato Concesión, con lo cual se mantuvo el esquema de obligaciones y la Matriz de Riesgos del proyecto; excepto en cuanto al fenómeno de los* ***sobrecostos por mayores cantidades de obra*** *que experimentaron interpretaciones y mutaciones que quedaron materializadas en los conducentes instrumentos contractuales. // Para el restablecimiento del equilibrio contractual, se utilizó la herramienta –Modelo Financiero-, para determinar los nuevos plazos de conformidad con lo estipulado en la* ***CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA*** *del Contrato 0664/94, lo cual, como ya se mencionó antes, no cambió la estructura de riesgo del proyecto, y permitió al Concesionario restablecer sus expectativas de rentabilidad, medidas como la Tasa Interna de Retorno (TIR) de referencia del proyecto. // Se concluye de lo anterior, que la metodología planteada y los modificatorios pactados por las Partes, respetaron las obligaciones y derechos de las mismas, y estuvieron enmarcados en la Matriz de Riesgos establecida en el Contrato de Concesión y en los Pliegos de Condiciones, como en la sucesión del iter contractual fue objeto de interpretaciones y/o mutaciones".*

En razón de lo expuesto, la convocante alega sobre este punto que *"Todo lo dicho* ***NO*** *obedece a una creación arbitraria de las Partes en contravía de las estipulaciones contractuales. Por contrario es la más fiel, inquebrantable y auténtica interpretación de las cláusulas contractuales aplicables (Contrato 0664 y sus Otrosíes), misma que de los documentos que hacen parte del Contrato; particularmente del Pliego de Condiciones y de la Oferta presentada por mis representadas con ocasión del Proceso Licitatorio 005 de 1994".*

Más adelante, refiriéndose a las excepciones demérito, hace, entre otros, un análisis sobre el modelo financiero en los contratos de concesión de primera generación, dentro de los cuales identifica como algunas de sus características más importantes *"el* ***PLAZO FIJO****, el valor del contrato, las contingencias que pueden dar lugar a cambios en su monto, la contraprestación o remuneración reconocida como compensación a las obras y actividades en que se desagrega el alcance del contrato y la identificación de los diferentes tipos de ingreso acompañados de su reglamentación contractual en el sentido de establecer cuáles de ellos pertenecen al Concesionario y cuales otros a la Entidad Concedente, mismo que el destino o finalidad de su recaudo. Como en oportunidad se verá los conceptos de Ingreso Mínimo Garantizado (expresión monetaria del Tráfico Mínimo Garantizado) e Ingreso*

*Máximo Aportante (expresión monetaria del Tráfico Máximo Aportante) se enseñorean a lo largo y ancho de este tipo de contratos".*

Advierte que *"El Contrato, de otro lado, incorporaba regulatoriamente una Matriz de Riesgos alrededor de: los precios unitarios; las cantidades de obra; el valor de los predios; el tráfico mínimo garantizado; el tráfico máximo aportante; las eventuales obras complementarias y adicionales (en ítems previstos o no); la adopción del monto y reajuste de unas tarifas que regirían en las etapas de construcción u operación; y, lo que es más relevante, unos ingresos de proyección resultantes de aplicar las tarifas asignadas al TPD proyectado, amén de otras previsiones menores. Además, y esto es definitorio, un Modelo Financiero a utilizar como instrumento de gestión del equilibrio de la Ecuación Contractual. En adición de lo anterior se convino para los tópicos que más adelante veremos una TIR del 10,94% anual en términos reales y un índice de inflación del 21% anual.*

*"El Modelo Financiero contractualmente acogido y actuado en dos ocasiones por las Partes enfrentadas connotaba que el Concesionario cumpliría con el débito contractual a su cargo recibiendo como contraprestación el derecho a recaudar para sí las tarifas de peaje todo el tiempo de duración del contrato con el único recorte de que si el tráfico transeúnte sobrepasase la curva definitoria del tránsito máximo aportante, el mayor ingreso que tal rebasamiento comportase sería distribuido por mitades entre Concedente y Concesionario; todo lo anterior sin importar el índice representativo de la Tasa Interna de Retorno que obtuviese a la hora de la verdad el Concesionario; toda vez que ésta podía ser inferior a la propuesta para restablecer el equilibrio financiero del contrato (inclusive negativa) o muy superior a la misma. // En síntesis, de no mediar la presentación de riesgo alguno de los sitos en cabeza de la Entidad Concedente todos los ingresos obtenidos por debajo de la línea del IMA correspondían al Concesionario. // Lo concretado en antes, en la medida que en el marco de la Matriz de Riesgos adoptada no se patentizasen eventos que implicasen rompimiento del equilibrio del contrato, desde luego que si tal hipótesis ocurriese, como efectivamente sucedió, la compensación surgida en favor del Concesionario había de ser calculada mediante la aplicación de la TIR de referencia acordada por las Partes a guisa de acudir a la aplicación de alguno de los mecanismos pactados a propósito de restablecer la Ecuación Contractual".*

Considera la parte convocante que *"(...) el mecanismo de la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación ha sido adoptado con el único y exclusivo propósito de cubrir el mayor valor de la inversión que debió realizar el Concesionario por razón de lo acordado en las* ***CLÁUSULASQUINTA****,* ***parágrafo tercero****,* ***DÉCIMOTERCERA****,* ***DÉCIMOQUINTA****,* ***DÉCIMOSÉPTIMA****,* ***VIGÉSIMA*** *y* ***VIGÉSIMA PRIMERA*** *del Contrato. Esto también en desarrollo del sistema de interpretación (interpretación sistemática), de conformidad con el cual al Concesionario se le debe reconocer las mayores inversiones que haya tenido que ejecutar en cumplimiento del contrato y que no estaban contempladas al inicio del mismo, luego de establecido su valor al finalizar la Etapa de Estudios y Diseños y/o de Construcción"*

Finaliza este aparte el apoderado de la parte convocante manifestando que: "*(...) lo más definitorio para los corrimientos intermedios y final del Modelo Financieroes que los egresos por concepto de Opex y de Capex han de ser contabilizados por su valor estimado por el Concesionario al concretar su oferta, con absoluto divorcio del valor de inversión en que realmente incurrió pues el riesgo de inflación de costos y gastos era enteramente suyo. De otro lado, los ingresos representativos del cobro de las tarifas de peaje han de ser valorados tomando los volúmenes de tráfico estimados por la Concedente al formular su policitación, más no los reales ocurridos. Por ser de entendimiento diáfano lo acabado de expresar es que las Partes acordaron las cifras representativas de los ingresos y egresos que incorporaron a los Modelos Financieros de 2001 y 2005, a las que, a su turno, hicieron objeto de la metodología y parámetros de tratamiento resultantes del Pliego de Condiciones y de la Oferta del Proponente triunfador".*

A manera de conclusión, respecto de todas y cada una de las pretensiones remanentes de la parte convocante, su apoderado expone que éstas *"se dirigen fundamentalmente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del Contrato quebrantado por el hecho de que en la última actualización del Modelo Financiero no se encuentra contenido como partida de egreso el incremento del valor en que la inversión del Concesionario ha incurrido por razón de la ejecución* ***obras adicionales,*** *o por la presentación de* ***sobre costos por mayores cantidades de obra*** *en aquellas que conforman el alcance básico del Contrato de Concesión; aumento éste que no está incluido o tomado en cuenta en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a fecha 29 de diciembre de 2005.*

*De igual manera ocurridos ya más de dos (2) lustros a partir de ésta, ya se conoce a ciencia cierta la temporalidad de la ejecución de las obras que a ese entonces estaban por ser llevadas a la realidad, cuestión que de manera ineludible y automática registrara la consecuencia financiera del anticipo o retardo de la inversión estimada con respecto a las fechas que se estimaban en la actualización de 2005. Pero, además, y como es la característica del Panel que Sus Señorías conforman, acuciosamente se ordenó al Perito Financiero actualizar la economía del Contrato según los últimos sucesos derivados de la puesta en práctica del Otrosí 60.*

*Persiguiendo lo anterior se solicita se actúen los mecanismos de compensación de que habla la* ***CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA*** *del Contrato, observando para este propósito el orden de prioridad que para la utilización de los mecanismos de compensación señala tal estipulación. Demanda igualmente que para producirla se declare que las Partes deben acatar todos los parámetros, índices, metodologías, y demás fijaciones que lo definen y que históricamente aquellas han observado hasta ahora.*

*Como derivación de lo antepuesto, se persigue que se condene a la Convocada a reconocer y pagar las inversiones a las que alude la pretensión IV.3.1. y que para darle vigor a ello se ordene a las Partes que suscriban el documento contractual que adopte formalmente la ampliación del término de duración del Contrato hasta el día que resulte suficiente para compensar a las Convocantes el mayor valor de su inversión. Subsidiariamente, se implora que de no ser obligada la aplicación prioritaria del primer mecanismo, se condene a la Convocada a actuar los otros que consagra la* ***CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA****, de manera separada o combinada, en la medida que resulten idóneos y suficientes para compensar integralmente al Concesionario.*

Para la parte convocante sus pretensiones deben ser acogidas, por cuanto, en su criterio, en este proceso arbitral quedaron probados los siguientes hechos:

- *"El 11 de agosto de 2003 y el 29 de diciembre de 2005 las Partes celebraron sendos Otrosíes que sustancialmente significaron la adopción vinculante de las actualizaciones del Modelo Financiero producidas con cierre a octubre de 2001, la primera; y a noviembre de 2005, la segunda.*
- *También está establecido que en el año 2013 las Convocantes presentaron un proyecto de actualización del Modelo con cierre a diciembre del mismo año.*
- *Acorde con el primer instrumento contractual, el plazo de terminación de la Concesión se situaba en marzo de 2016. A voces del segundo, dicho plazo se extiende hasta el 30 de noviembre del mismo año. Según el tercer proyecto no adoptado, la terminación del contrato; vale decir, la reversión de la infraestructura se ubicaba en septiembre de 2019.*
- *En frente de estos dos documentos contractuales y del proyectado, el Perito Financiero dictaminó que: analizados los tres ejercicios financieros (2001-2005, y 2013), éstos eran idénticos en el sentido que todos ellos observaban fielmente idénticos parámetros, índices, metodologías, y demás fijaciones de cálculo.*
- *La Procuraduría General de la Nación en la oportunidad de emitir los Conceptos Técnicos provocados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, manifestó que el Modelo Financiero actualizado en octubre de 2001 y solemnizado en agosto de 2003 guardaba fidelidad con los parámetros y metodología convenidos entre las Partes. Dichos conceptos técnicos fueron acogidos, obiter dicta, en los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por el Honorable Consejo de Estado; que obran en el plenario.*
- *Sin querer decirlo explícitamente, la Convocada se ha allanado a lo largo de todo el proceso a la súplica de las Convocantes dirigida a que se actualice el Modelo Financiero mediante el involucramiento en él de los mayores valores de las inversiones realizadas por ellas. Aunque, en puridad de verdad, sin resistirse a la actualización interpreta que a la luz del Contrato la actualización debe ser fruto de una serie de modificaciones o alteraciones a los parámetros y metodología que consuetudinariamente han tenido las Partes como ciertos, al portarse como lo hicieron en los años 2001 y 2005. (...).*
- *Entonces, con independencia de lo que finalmente decidan Sus Señorías acerca de la naturaleza de la concesión y del Modelo Financiero aplicable que congrega y adopta el Contrato 0664 de 1994, lo incuestionable es que los hechos sucedidos en el sentido de las inversiones efectuadas con posterioridad al 29 de diciembre de 2005 o con anterioridad a dicha fecha, pero que no se encuentran incluidas como partida*

*de egreso en el Modelo Financiero actualizado a dicha fecha, deben ser contabilizadas como tales con todos los efectos que resulten por razón de la interpretación que el Panel Arbitral otorgue al Modelo Financiero".*

Finalmente, el apoderado de la parte convocante y demandada en reconvención, refiriéndose al juramento estimatorio, manifiesta que en consideración a la objeción que formuló respecto del valor de cada una de las pretensiones de la parte reconviniente, hecho que, afirma, fue *"ratificado con creces por los Dictámenes Técnico, Contable y Financiero aducidos al plenario"* solicita se de aplicación a las sanciones contempladas en el artículo 206 del C.G.P.

A manera de *"Solicitud Principal"* pide se acojan integralmente las pretensiones de la Reforma de la Demanda Arbitral Sustitutiva como quedó conformada luego del Acuerdo Conciliatorio Parcial celebrado y negar la totalidad de las suplicas de la Reconvención.

Como *"Solicitud Subsidiaria"* plantea se ordene se compense al Concesionario mediante la aplicación de los otros mecanismos de compensación que contempla la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA** del Contrato, que *"resulten idóneos y suficientes para restablecer la Ecuación Contractual".*

### 10.2. Alegaciones de la parte Convocada y demandada en reconvención

El apoderado de la entidad convocada solicita, a su vez, se acceda a todas y cada una de las pretensiones declarativas y las consecuenciales de condena, incluidas en la demanda de reconvención; que, además se declaren probadas las excepciones formuladas en contra de la reforma de la demanda arbitral sustituida y que, como consecuencia de ello, se nieguen las pretensiones de la parte convocante.

En lo que se refiere a las pretensiones asociadas a la utilización del modelo financiero como instrumento para mantener la ecuación contractual, el apoderado de la parte reconviniente pide, entre otros, se declare que "*la TIR ofertada en la propuesta (…), es una TIR real del 10.93%",* por cuanto, en su criterio, quedó probado que: "*a) La TIR ofertada por el Concesionario en el capítulo 6.2.6 Resultados Financieros Proyectados del Volumen 2 de la Propuesta Devinorte es de 34,23% efectiva anual, y teniendo en cuenta que la inflación proyectada al momento de la oferta correspondía a 21% se observa que al descontarle el efecto inflacionario, la TIR de 34,23% efectiva anual es equivalente a una TIR de 10.93% real anual. // b) Así mismo, se observa que en el documento "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá –Actualización Modelo Financiero –diciembre 28 de 2005 Bases de cálculo"; anexa al Acta de Reinicio de Obras de los Tramos Capellanía Zipaquirá y la Variante Portachuelo y Actualización del Modelo Financiero firmada por las Partes el 29 de diciembre de 2005, también se establece una TIR de 10.93% real anual. // c) Igualmente, coincide lo anterior con la TIR indicada en el documento Acta denominada "Cierre del Modelo Financiero de la U.T. DEVINORTE" con fecha del 1 de octubre de 2001, en su página 15, la cual fue protocolizada mediante la Adición al Contrato de Concesión firmado el 11 de agosto de 2003. // d) Finalmente, es la TIR a la cual se han cerrado todas las actualizaciones y adiciones del modelo financiero del Contrato de Concesión".*

En lo que se refiere a la supresión del plazo máximo de 180 meses establecido en la cláusula tercera del Contrato, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas del proyecto vial, de que trata la pretensión segunda de la demanda de reconvención, pide se declare que en virtud del documento contractual del 6 de agosto de 1998, la entidad contratante y Devinorte acordaron suprimir dicho límite, *"toda vez que con base en la cláusula TRIGESIMA SEXTA del Contrato de Concesión 664 de 1994, en donde establece que la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: // a) Aumento en el plazo de la etapa de operación; b) Aumento en el valor de las tarifas de peaje durante la etapa de operación, por encima del Índice de Precios al Consumidor del DANE y que este incremento no fuera superior al 30% del IPC.// y c) Para déficits superiores al 30% de la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del presupuesto general de la Nación, en un término de 12 meses a partir del establecimiento del faltante".*

Agrega el apoderado de la entidad convocada que en razón de lo pactado por las partes el Tribunal deberá *"declarar que el plazo total de ejecución del contrato será establecido al finalizar la etapa de construcción y una vez redefinida la ingeniería financiera del proyecto".*

Señala además esta parte que el Tribunal igualmente debe declarar, como se pide en la pretensión Cuarta, que "*de conformidad con el documento contractual del 11 de agosto de 2003, las partes tienen claro que el Modelo Financiero es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores y que no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores".*

En lo que se refiere a la pretensión Quinta, considera que está probado en el expediente que de acuerdo con el Acta de reinicio del 29 de diciembre de 2005: "*El término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten".* Para el efecto se remite a la respuesta del perito financiero, Valfinanzas, quien manifestó en su dictamen que "*Como resultado de actualizar el Modelo de 2005 únicamente con lo relativo al CAPEX contenido en el "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios" (…) se genera un cambio en el flujo de caja del Proyecto antes de impuestos frente a la versión del 2005. Así, para mantener una TIR del 10,93% real anual antes de impuestos, la fecha de finalización de la Etapa de Operación del Proyecto cambia de Noviembre de 2016 a una fecha entre junio 30 y julio 31 de 2018*".

No obstante lo anterior, explica el apoderado, *"esta previsión del dictamen solamente tiene en cuenta lo relativo al Capex en la actualización del modelo financiero de 2005, sin tener en cuenta aun las demás variables de ingresos y egresos, y variables macroeconómicas que conducen al perito financiero a concluir que el alcance de la TIR se habría dado entre el 30 de junio y el 31 de julio de 2012".*

Solicita además se declare que "*la variable que determina el equilibrio económico del contrato de Concesión es la tasa interna real de retorno pactada considerando la distribución de riesgos del contrato, por lo que el plazo del Contrato se debe modificar en la medida en que esta tasa se modifica"*, soportado para ello en el hecho de que *"la tasa interna de retorno acordada fue aceptada por las partes con base en que cada una hizo su ejercicio de costo de oportunidad y estuvieron conformes con la TIR acordada toda vez que cubría sus expectativas teniendo en cuenta los riesgos asumidos por cada una de ellas y para verificar la distribución de los riesgos, se hizo la comparación con base en las garantías de las partes".*

Afirma que estando plenamente pactado y soportado el modificatorio del 31 de mayo de 2005, *"se deberá declarar que el modelo financiero del contrato actualizado debidamente a instancias de las partes y por disposición del Tribunal Arbitral constituye un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto vial".*

Reitera que *"resulta necesario actualizar el Modelo Financiero, en las condiciones y por las causas que se plantean en las pretensiones solicitadas en los numerales 4.2.2 a 4.2.10",* toda vez que tal y como lo estableció el perito financiero, *"el concesionario habría alcanzado esta TIR real entre el 30 de junio de 2012 y el 31 de julio de 2012"*

En cuanto a las "*pretensiones asociadas a la corrección del modelo financiero por errores en el cálculo de tarifas de peaje"* solicita se declare que el modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, correspondiente a la actualización de diciembre de 2005, "*tiene un error de formulación en lo pertinente al cálculo de tarifas de peaje, consistente en que los ingresos estimados por concepto de los peajes Andes y Fusca utiliza erróneamente las tarifas de peaje, y aplica para todas las categorías de vehículos la tarifa correspondiente a automóviles*; para el efecto se remite al dictamen del perito financiero quien indica que *"Al revisar el modelo de 2005 se encontró que la formulación de los ingresos del peaje de Andes durante la Etapa de Construcción es diferente. Durante los 43 meses de duración de esta etapa, se aplica para las siete categorías de vehículos la tarifa*

*correspondiente a la categoría Autos",* lo cual, se afirma, genera una subestimación de los ingresos incidiendo ello directamente en un desequilibrio de la ecuación contractual en contra de la ANI

Afirma el apoderado de la Convocada que el dictamen de Valfinanzas demuestra que existe un error de formulación que subestima los ingresos generados por los peajes Andes y Fusca, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante. Así las cosas, *"es preciso retrotraer el plazo de la concesión en los términos del dictamen pericial emitido por VALFINANZAS S.A.S. y disponer el reintegro a la subcuenta establecida de los recursos que exceden la TIR pactada. Que deberá ser equivalente al tiempo que se observa en el documento de respuesta al auto del 13 de junio de 2016".*

Se agrega que de acuerdo con las conclusiones del perito financiero, *"el modelo de 2005 subestimó el cálculo de la rentabilidad del proyecto aplicando a todos los vehículos la misma tarifa"*, por lo que se impone ajustar el modelo financiero sustituyendo el tráfico proyectado por el tráfico real registrado, con lo cual *"una vez ajustado el error de formulación en los ingresos, el modelo financiero de 2005, estaría listo para ser actualizado e incorporar el tráfico real registrado, con las consecuencias y factores evidenciados por los tres dictámenes periciales obrantes en el expediente, que no fueron objetados en sus resultados por parte de la Convocante".*

En lo que tiene que ver con los ingresos generados por el peaje Teletón, pide, entre otros, sean tenidos en cuenta y actualizados en el modelo financiero, toda vez que el valor registrado en el modelo financiero por el recaudo de peaje Teletón en enero de 2005, es menor a la sumatoria de los registros de recaudo de peaje mensuales observados desde noviembre de 2000 hasta diciembre de 2004.

En lo que se refiere a los ingresos percibidos por la venta de publicidad manifiesta la parte convocada, entre otros, que éstos *"incrementan el flujo de caja del proyecto, haciendo que la TIR real se obtenga más rápido que si no se hubieran generado estos ingresos".* Se afirma que habida cuenta que el Concesionario no tiene derecho a estos ingresos, *"pero ya que los ha percibido desde el año 2004 sin que esto le represente un costo asociado a la venta de publicidad, se solicita al tribunal que estos recursos sean tenidos en cuenta en el modelo financiero de 2005 como forma de remuneración del concesionario o en su defecto sean devueltos a la ANI bajo las mismas condiciones financieras establecidas en el contrato de concesión, es decir con una tasa de rendimiento equivalente al 10,93% real anual".*

Se agrega que *"un ingreso no previsto como lo es la publicidad, mejora las condiciones financieras del Concesionario. Así las cosas, el Tribunal encontrará demostrada la subestimación de los ingresos del Concesionario por concepto de publicidad que le reportó una variación positiva en su TIR, que a su vez desequilibra la ecuación financiera del contrato en contra de la Agencia que represento".*

En lo que tiene que ver con las *"pretensiones relativas al incumplimiento de la unión temporal de reportar y transferir al concedente los ingresos del peaje de teletón a los que tiene derecho"*, el apoderado de la parte convocante señala con base en el Peritaje Financiero de EY del 7 marzo de 2014 que: "*El concesionario descuenta de los excedentes a girar a favor de la ANI un 7% por costos de operación, custodia y transporte de valores a lo cual seguidamente le aplica un IVA de 1,6%. Contractualmente, lo único que el concesionario debía descontar era el 50% de los costos de construcción de las instalaciones del peaje*". Se afirma que en el proceso se probó que los ingresos percibidos por el no reintegro de la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo reamente consignado por el concesionario, incrementan su flujo de caja, haciendo que obtenga una mayor remuneración representada en un reconocimiento de mayor tasa de interés TIR real. Frente a lo cual se agrega que "*Toda vez que el Concesionario no tiene derecho a estos ingresos, pero ya que los ha percibido sin que esto le represente un costo asociado a su recaudo, se solicita al Tribunal que estos recursos sean tenidos en cuenta en el modelo financiero de 2005 como forma de remuneración del concesionario o en su defecto sean devueltos a la ANI bajo las mismas condiciones financieras establecidas en el contrato de concesión, es decir con una tasa de rendimiento equivalente al 10,93% real anual*".

Para esta parte, *"los indicadores macroeconómicos como el Índice de Precios al Consumidor (IPC), los valores y los cronogramas de obras ejecutadas por el concesionario en el modelo financiero debieron registrarse en el punto del tiempo en que fueron realizados para poder compararlos con los demás ingresos y egresos en el modelo financiero por medio del flujo de efectivo".* Lo anterior implica, que al modificar el IPC en el modelo financiero, ocurrirá un impacto en el tiempo para alcanzar la TIR de 10.93% real anual. Esto es observado en el dictamen financiero del 22 de febrero de 2016: "*Vale la pena indicar que todas las variables del modelo de 2005 fueron proyectadas utilizando una inflación anual fija de 21%, a excepción de los costos por adquisición predial que no se afectan por este indicador. En este orden de ideas, al involucrar la inflación histórica real al modelo financiero de 2005 todos los egresos presentan cambios".*

Se explica que *"al comparar el índice de inflación observado en el modelo financiero 2005, con la información estadística de Índices de precios al consumidor (IPC) – serie de empalme 2001-2016, se encuentra que el IPC que refleja el modelo financiero es muy superior al IPC oficial publicado por el DANE"*

Con base en el dictamen pericial financiero solicita igualmente se declare que "*la variable macroeconómica de inflación es de 21% anual",* que *"las tarifas de peaje contractualmente pactadas se ajustan anualmente por la inflación"*; que *"Los egresos operacionales (…) que se incrementan de manera mensual en el modelo financiero con base en la inflación proyectada de 21% difieren significativamente de la inflación oficial publicada por el DANE, haciendo que se refleje un mayor valor de egresos operacionales, es decir una sobreestimación de los costos totales del proyecto"*, razón por la cual se hace necesario actualizar el modelo financiero 2005 con la inflación oficial reportada por el DANE.

Al encontrarse entonces demostrada *"la subestimación de los ingresos del Concesionario por concepto de inflación que le reportó una variación positiva en su TIR, que a su vez desequilibra la ecuación financiera del contrato en contra de la Agencia"*, se impone *"retrotraer el plazo de la concesión en los términos del dictamen pericial emitido por VALFINANZAS S.A.S. y disponer el reintegro a la subcuenta establecida de los recursos que exceden la TIR pactada".*

Concluye este aparte la ANI diciendo que "*De acuerdo con el documento de respuesta al auto del 13 de junio de 2016, en su tabla 2 - Cuadro comparativo de efectos incrementales generados por variables utilizadas en las preguntas No, 11 y No 12 de ANI se observa como al ser tenidos en cuenta en la actualización del modelo financiero 2005 variables como la inflación, el Capex, ingresos por publicidad, corrección de formulación en los ingresos, ingresos por incremento de tarifas ingresos por tráfico real, y que muchas de estas variables alteraban de manera indirecta a variables tales como el costo de interventoría y costos de operación entre otros; se observa como el Concesionario obtiene una TIR de 10,93% real a anual entre el 30 de junio y el 31 de julio de 2012".*

Respecto de las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustituida, el apoderado de la entidad convocada expresamente se expuso en el alegato que:

**a)** *"La ANI reitera su oposición a la pretensión contenida en el numeral* ***IV.1.3.*** *en tanto está demostrado en el proceso que el equilibrio económico y financiero se mantuvo garantizado para DEVINORTE en la vigencia del Contrato de Concesión 0664 de 1994.*

**b)** *La ANI reitera su oposición a la pretensión contenida en el numeral* ***IV.1.4.*** *por cuanto se demostró con la prueba arrimada al expediente, antes y después de celebrado el acuerdo conciliatorio, que la TIR de sus inversiones en la totalidad de las obras que ejecutó y se encuentra ejecutando, se alcanzó satisfactoriamente conforme lo demuestra la pericia practicada por VALFINANZAS S.A.S. alimentada por las pericias contable y de ingeniería. De manera que se remuneró no solo sus inversiones, sino que además los rendimientos sobre el capital invertido conforme el modelo financiero resultante de los ejercicios realizados en la referida pericia.*

**c)** *La ANI además reitera su oposición a la pretensión declarativa contenida en el numeral* ***IV.1.5.*** *por ser evidente que como consecuencia del ACUERDO CONCILIATORIO las partes consintieron en la realización de la respectiva actualización del modelo financiero por parte de VALFINANZAS S.A.S. en el que se incluyeron todos los factores de ingreso y egreso del proyecto durante su vigencia.*

**d)** *La Agencia que represento también reitera su oposición a la pretensión declarativa contenida en el numeral* ***IV.1.6.*** *considerando que no hay lugar a la aplicación de la cláusula TRIGESIMO SEXTA ampliando el término de duración de la etapa de operación en tanto la actualización del modelo reporta que la TIR del proyecto fue alcanzada en una fecha muy anterior a la terminación prevista para el mes de noviembre de 2016.*

**e)** *La ANI –por otra parte- reitera su oposición a la pretensión contenida en el numeral* ***IV.1.7.*** *en tanto está demostrado en el curso del proceso el error de formulación del modelo de 2005 y por cuanto las obras adicionales pactadas en el otrosí del 22 de agosto de 2006 fueron valoradas y remuneradas en cuanto las que se efectuaron, ello conforme el dictamen técnico de ingeniería que se emitió en el proceso y que alimentó las partidas de ingreso del modelo actualizado por VALFINANZAS S.A.S. Así fue solicitado por el Concesionario, cuando en la parte final de la pretensión IV 1.7. solicitó puntualmente que "Dicho valor total y los parciales en que se desagrega serán los que finalmente resulten del dictamen pericial que al efecto de su determinación se solicitó en el pertinente acápite de la demanda sustituta original y aquí se reitera".*

**f)** *La Agencia que represento también manifiesta oposición a la pretensión declarativa contenida en el numeral* ***IV.1.8.*** *considerando que las resultas del dictamen financiero encomendado a VALFINANZAS S.A.S. concluyen en que la TIR del proyecto se alcanzó evidentemente en una fecha anterior a la prevista por las partes, de manera que en modo alguno sería factible suscribir documento o acuerdo alguno que implique la "ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato" como se solicita en la pretensión.*

**g)** *La ANI no se opone a la pretensión declarativa contenida en el numeral* ***IV.1.9.*** *en tanto la actualización del modelo financiero realizada por VALFINANZAS S.A.S. cumplió a cabalidad con las exigencias del Concesionario tanto en su petición de pruebas, como en el Acuerdo Conciliatorio y el otrosí Nº 60 de abril de 2016.*

**h)** *La Agencia que represento también manifiesta oposición a la pretensión declarativa contenida en el numeral* ***IV.1.10.*** *considerando que las resultas del dictamen financiero encomendado a VALFINANZAS S.A.S. concluyen en que la TIR del proyecto se alcanzó indudablemente en una fecha anterior a la prevista por las partes, de manera que en modo alguno sería factible suscribir documento o acuerdo alguno que implique la "ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato" como se solicita en la pretensión.*

**i)** *La ANI –por otra parte- reitera su oposición a la pretensión contenida en el* ***IV 2.1****. subsidiaria de la contemplada en el numeral* ***IV.1.7.*** *en tanto en el modelo financiero actualizado se incluyeron todas las obras ejecutadas y/o realizadas por el Concesionario. Adicionalmente, ya que el Tribunal conforme el esquema de riesgos pactado es quien definirá si es procedente o no su remuneración.*

**j)** *La Agencia que represento también manifiesta oposición a la pretensión declarativa subsidiaria* ***IV 2.2.*** *de la contenida en el numeral* ***IV.1.10,*** *considerando, igualmente, que las resultas del dictamen financiero encomendado a VALFINANZAS S.A.S. concluyen en que la TIR del proyecto se alcanzó indudablemente en una fecha anterior a la prevista por las partes, de manera que en modo alguno sería factible suscribir documento o acuerdo alguno que implique la "ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato" como se solicita en la pretensión principal y en la subsidiaria.*

**k)** *Como consecuencia de la no prosperidad de las pretensiones declarativas principales y subsidiarias enlistadas en los literales* ***a)*** *a la* ***j)*** *del presente aparte, ruego al Tribunal no acceder a las de condena de la totalidad de las listadas en el aparte* ***IV.3*** *(pretensiones principales de condena) y* ***IV.4.2.*** *y la PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA IV.3.3. en tanto resultan consecuencia de aquellas.*

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos por cada uno de los apoderados y su resultado se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales llegó en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este Laudo más adelante deja consignadas.

# 11. CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En ejercicio de las funciones asignadas en el Decreto 262 de 2000 y, en particular, por el numeral 6 del artículo 2. de la Resolución 270 de 2001 de la Procuraduría General de la Nación, en la misma audiencia convocada para alegar de conclusión, el señor Procurador 56 Judicial II en asuntos administrativo de Bogotá, Agente del Ministerio Público para este proceso, emitió concepto de fondo respecto de las cuestiones que se debaten en este trámite arbitral.

Para tal efecto, dando cumplimiento a lo ordenado mediante auto de 3 de agosto de 2016 y sin perjuicio de su exposición oral, el señor Agente de Ministerio Publico, radico memorial de 24 de agosto de 2016, con el cual expuso los argumentos que, en su criterio, este Tribunal deberá tener en cuenta al momento de proferir el Laudo para el caso de autos.

El señor Procurador realiza una transcripción sobre las pretensiones tanto de la parte convocante como de la convocada que no fueron cobijadas por el Acuerdo Conciliatorio de 24 de noviembre de 2015 y que, por tanto, requieren de pronunciamiento por parte del Tribunal, así como también hace un recuento del trámite procesal surtido hasta la culminación de la etapa probatoria, fecha en la cual se dispuso la recepción de los alegatos de conclusión.

Luego de realizar una exposición sobre los principios de la contratación estatal, en particular del principio del equilibrio económico y financiero del contrato, el señor Procurador delimita su estudio en dos problemas jurídicos a saber: "i) *determinación de la tasa interna de retorno del contrato 664 del 21 de noviembre de 1994; y (ii) determinación de la fecha en la cual se alcanzó o se alcanzará dicha tasa interna de retorno en orden a que no haya un rompimiento del equilibrio económico del contrato."*

El señor Procurador realiza especial énfasis sobre el dictamen de 22 de febrero de 2016 rendido por el perito financiero Valor en Finanzas VALFINANZAS, señalando que de acuerdo al "*contingente documental que obra dentro del expediente y los otros dictámenes periciales rendidos, se puede establecer que la TIR pactada por las partes es de 10.93% y no de 10.94% como lo señala la parte convocante"*

Indicó además que según la aclaración al dictamen rendido el 19 de julio de 2016, en la cual el perito dio respuesta a la pregunta Nº 12 formulada por la ANI ("*Establezca la fecha en la cual el concesionario alcanza la TIR del 10.93%*") el referido perito señaló que (…) "*la TIR de 10.93% real anual calculada sobre el Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuesto de la renta proyectado en el modelo financiero actualizado se habría alcanzado entre el 30 de junio de 2012 y el 31 de julio de 2012*"

A su vez indicó que de acuerdo a lo manifestado por el perito financiero sobre el cálculo solicitado en la pregunta anterior que (…)"*debe realizarse sobre la actualización del modelo financiero solicitado por la convocada, una vez incluidos los elementos enunciados en las preguntas segunda y tercera respecto del recudo de peajes, en la pregunta primera respecto de la publicidad, y las preguntas Nos 11, No 13 y No 15 formuladas por la convocada al perito contable y trasladadas al perito financiero mediante el Auto No 20. En este sentido, se entiende que la TIR a la que se refiere el enunciado es la tasa interna de retorno real del proyecto calculada sobre el FCLP antes de impuestos que ha sido utilizada a lo largo de la concesión como referencia para la actualización del modelo financiero del proyecto. En consecuencia, el momento en el que se alcance la TIR objetivo del 10.93% real anual corresponde a "la fecha de terminación" del contrato y el proyecto revertirá a la convocada"*

En consonancia con lo anterior, el señor Procurador agregó (...) "*Precisa el auxiliar de la justicia que la actualización del modelo de 2005 se realizó incorporando los elementos solicitados explícitamente en esa pregunta que fueron aclarados en la audiencia del 9 de septiembre de 2015, entre ellos: los ingresos que ha percibido el concesionario en desarrollo de la explotación económica de los peajes y el proyecto; los egresos por concepto de Capex contemplados en el alcance básico y todos sus modificatorios; los ingresos por concepto de Opex contemplados en el alcance básico y todos sus modificatorios; y la inclusión de la inflación real desde 1994 hasta la fecha de incorporar el marco de condiciones macroeconómicas."*

De acuerdo a lo anterior, señala el señor Procurador señaló que " *En estas condiciones y sobre la base que el dictamen pericial aclara en su integridad el porcentaje de la tasa interna de retorno y la fecha en que esta se alcanza, debe estarse a lo allí señalado.*"; señala además la importancia del dictamen pericial para el presente caso como medio de prueba para la verificación de hechos que requieren de conocimientos técnicos y financieros especializados, así como sus causas y efectos por lo que en criterio de esta Agencia del Ministerio Público*( …) "el H. Tribunal Arbitral debe estarse a lo señalado en los dictámenes periciales referenciados, pues constituyen el medio de prueba por excelencia para acreditar cuál era la Tasa Interna de Retorno y cuándo se alcanzó. (…)"*

En consecuencia, el señor Agente del Ministerio Público indicó que "(…) *en el presente asunto ha quedado plenamente establecido que la Tasa Interna de Retorno pactada por las partes en el contrato 664 de 1994 fue de 10.93% - y no de 10.94% - y que esa TIR real anual calculada sobre el Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuesto de la renta proyectado en el modelo financiero actualizado se habría alcanzado entre el 30 de junio de 2012 y el 31 de julio de 2012. Por ello, el precio del contrato, es decir la contraprestación que se da a cambio de bienes y servicios y que es determinante del interés que mueve a las partes a contratar, está claramente determinado con todas las variables y contingencias que se pudieron presentar y, en consecuencia, las pretensiones de la demanda arbitral y de la demanda de reconvención deben resolverse teniendo en cuenta lo dicho por el perito financiero", y* agrega que "*De suerte que teniendo en cuenta los principios de buena fe, confianza legítima, autonomía de la voluntad, planeación y equilibrio económico del contrato de concesión, se puede decir - utilizando términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado– que las partes desde la propia génesis del negocio jurídico aceptaron conocer cuál era el beneficio que derivarían del mismo y, por ello, la controversia debe dilucidarse sobre la base que la TIR pactada fue del 10.93% y que esta se alcanzó entre el 30 de junio de 2012 y el 31 de julio de 2012."*

Al finalizar su intervención, el Ministerio Público manifestó (…) "*si bien es cierto el modelo financiero fue construido con una inflación anual de referencia del 21%, según los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, la inflación real durante la etapa de ejecución del contrato, desde 1994, ha sido inferior y, por ello, se estima que el H. Tribunal Arbitral debe tomar este punto en consideración al momento de resolver sobre las respectivas condenas, pues, de no hacerlo, se generaría un enriquecimiento sin causa para el contratista y un empobrecimiento sin causa para el contratante".*

# I. ASUNTOS PREVIOS

## 1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En Auto proferido en la primera audiencia de trámite, se señaló que la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surge, conjuntamente, del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho en los términos en que determine la ley, y de la voluntad de las partes de someter a arbitramento esta controversia, así como de su clara e inequívoca voluntad de atenerse a la jurisdicción arbitral conforme a lo consignado en la Cláusula Cuadragésima Segunda del Contrato de Concesión N° 0664 del 24 de noviembre de 1994, y de las facultades previstas en la ley.

En efecto, la Constitución Política en su artículo 116, inciso 4º, precisa que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que

determine la ley, regla que se reiteró con el Acto Legislativo No. 3 de 2002.[43] Esa participación de los particulares en la función pública de administrar justicia, requiere de manifestación voluntaria y expresa de las partes trabadas en conflicto, revelada en cualquiera de las formas previstas en la ley, aunque se debe precisar que la habilitación de competencia no surge de las partes sino de la propia Constitución Política.

Para el momento de celebración del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS** que posteriormente le fue cedido al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público que a su vez se transformó en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y la sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, el 24 de noviembre de 1994, regían los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, que expresamente permitían en la contratación estatal acordar el arbitramento como mecanismo de solución de conflictos[44], razón por la cual la entidad de derecho público y el Concesionario, podían pactarlo -como lo hicieron- para la solución de las controversias derivadas del referido contrato estatal.

A su vez, la Ley 270 de 1996, revisada previamente por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-037 de 1996, Estatutaria de la Administración Justicia, determinó que, con arreglo a lo establecido en la Constitución Política, ejercen función jurisdiccional los particulares actuando como árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley.

Por su parte, la Ley 446 de 1998, hizo una nueva regulación del arbitraje colombiano y en su artículo 111 determinó que el arbitramento es *"un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral"*. Por el *"Pacto Arbitral"*, *"las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces",* sustraen el juzgamiento de ciertas controversias, presentes *(compromiso)* o hipotéticas (*Cláusula Compromisoria)* de la jurisdicción común y las someten a la decisión de un Tribunal de Arbitramento conformado por uno o varios árbitros, quienes, investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, las definen profiriendo un laudo en derecho o en equidad.

Posteriormente, la Ley 1285 de 2009, revisada previamente mediante la Sentencia C-713 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, que modificó la Ley 270 de 1996, señaló que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, los particulares actuando como árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley.

La Ley 1563 de 2012, que derogó todas las disposiciones legales ordinarias anteriores sobre la materia que estaban recogidas en distintas compilaciones normativas, hizo una nueva y hasta ahora última regulación del arbitraje en el que de nuevo se determinó que éste es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. La naturaleza de la jurisdicción arbitral ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.[45]

---

[43] Dispone el citado inciso que: *"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."*

[44] La Ley 80 de 1993, en su artículo 68, dispone: *"**De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales.** Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción".* Análogamente, su artículo 69, preceptúa: ***"De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa**. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal".*

[45] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luís Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss.; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss.; C-042 de 1991; Corte Constitucional,

En la nueva codificación arbitral no existe una norma expresa que autorice o prohíba a las entidades públicas acudir al arbitraje, como sí lo incluía la Ley 80 de 1993; sin embargo, la opción positiva se deduce de lo consignado en la citada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en la propia Ley 1563 de 2012 (Artículo 1, inciso tercero;[46] Artículo 2, inciso primero;[47] Artículo 8, inciso segundo;[48] Artículo 12 inciso tercero;[49] Artículo 32, inciso primero;[50] y, Artículo 42, inciso tercero[51], entre otros).

Se dijo entonces que la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surge, conjuntamente, del artículo 116 de la Constitución Política, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012 y de la clara e inequívoca voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral de acuerdo con la ley vigente, conforme con lo consignado en la Cláusula Cuadragésima Segunda del Contrato de Concesión Nº 0664 del 24 de noviembre de 1994 que contiene la Cláusula Compromisoria atrás transcrita.

La eficacia del pacto arbitral, en sus expresiones del compromiso y de la cláusula compromisoria, presupone además de la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto, un *"conflicto de carácter transigible", "presente y determinado"* o de una o varias *"diferencias",* actuales, en el compromiso o *"eventuales"* en la compromisoria, o sea, una diferencia a propósito de una relación o situación jurídica. Específicamente, la controversia debe ser susceptible de transacción y las de contenido particular, económico o patrimonial, por lo general, lo son.

En suma, tanto por lo dispuesto en la Constitución Política, como por su desarrollo normativo, el arbitramento es un mecanismo adicional de solución de conflictos y las partes tienen el derecho constitucional y legal de acceder a esta forma de administración de justicia para definir las controversias suscitadas en razón de un contrato estatal y en virtud de un pacto arbitral definitorio de la competencia del Tribunal.

Tal voluntad se desarrolló con la convocatoria del Tribunal y la presentación de la demanda arbitral -que fue sustituida y reformada- y de la demanda de reconvención, con la contestación a las mismas, y con la formulación de excepciones de mérito, para que fueran resueltas de manera definitiva en el laudo arbitral que se profiera. Para el Tribunal, las distintas controversias que fueron sometidas a su decisión se encuentran comprendidas en la cláusula compromisoria antes citada, porque conciernen directamente al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, son todas de naturaleza patrimonial o económica y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica y, por ende, son susceptibles de disposición y transacción.

Es tema pacífico en la legislación colombiana que cuando los particulares son investidos por las partes, temporal y excepcionalmente, de la función de administrar justicia para un caso determinado,

---

Sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997 (anotando: "2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad"); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-060, 24 de enero de 2001, entre otras.

[46] Ley 1563 de 2012. Art. 1°: *Definición, modalidades y principios. (…) // En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.*

[47] *(…) Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional".*

[48] *(…) Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a éstas."*

[49] "*(…) Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda."*

[50] "*(…) Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública…".*

[51] "*(…) La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión".*

actúan en condición de jueces, con los mismos deberes, obligaciones y prerrogativas de éstos, y que sus decisiones son vinculantes y hacen tránsito a cosa juzgada. Esta naturaleza de la jurisdicción arbitral ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.[52]

En el caso sub judice, existió la decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento del Tribunal de Arbitramento "*Las diferencias que se susciten en relación con el contrato"* de Concesión No. 0664 de 1994, manifestada mediante la suscripción de cláusula compromisoria, la cual tiene su soporte jurídico en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 que, pese a ser derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, regía para el momento en que se suscribió el Contrato referido, pacto que contiene la habilitación de competencia para que los árbitros y no la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa conozcan y resuelvan las controversias originadas en aquel negocio jurídico.

En el presente asunto las partes no discutieron la validez del pacto arbitral, aunque sí cuestionaron en su momento la competencia de este Tribunal para conocer y resolver sobre algunas de las controversias de que dieron cuenta la reforma de la demanda arbitral sustituida y su contestación, así como la demanda de reconvención y su contestación.

En tal virtud, mediante el citado Auto proferido en la primera audiencia de trámite de este proceso arbitral (Acta No. 16 del 16 de abril de 2015), el Tribunal resolvió asumir competencia para conocer de las controversias entonces existentes entre las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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.,** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** derivadas del Contrato de Concesión N° 0664 del 24 de noviembre de 1994, junto con sus Adicionales y Otrosíes (en número de 60), con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en la Cláusula Cuadragésima Segunda del citado Contrato, todas ellas contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustituida y su contestación, así como en la demanda de reconvención y su respectiva contestación, con las salvedades y las motivaciones en dicho Auto expuestas.

En relación con las salvedades, en esta oportunidad procesal el Tribunal las reitera en los mismos términos expuestos en el Auto de asunción de competencia con la advertencia que las controversias objeto de las mismas junto con otros asuntos, fueron objeto del Acuerdo Conciliatorio Parcial celebrado entre las partes el 30 de octubre de 2015 y aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre del mismo año (Acta 29).

Concluido el debate probatorio y conocidos los alegatos de conclusión de las partes y el Concepto de fondo del Ministerio Público, el Tribunal no encuentra fundamentos fácticos ni legales que lo lleven a apartarse de la decisión adoptada en el Auto de 16 de abril de 2015 (Acta 16), donde resolvió sobre su competencia, por lo cual debe en este Laudo confirmar su decisión de asumirla para conocer y decidir sobre las cuestiones planteadas por la parte convocante en la reforma de la demanda arbitral sustituida y por la parte convocada en su demanda de reconvención, lo mismo que en sus respectivas contestaciones y excepciones, y que no fueron conciliadas, desistidas y renunciadas por ellas y que, por lo mismo, quedaron para que sean resueltas por el Tribunal en este Laudo.

---

[52] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss y Sentencia de 28 de julio de 1977, G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss; Corte Constitucional, Sentencias T-592/1992, C-059/1993, C-226/1993, T-538/1994, C-247/1994, T-057/1995, C-294/1995, SU-342/1995, C-431/1995, T-544/1995, C-451/1995, T-268/1996, C-037/1996, C-242/1997, C-160/1999, C-163/1999, C-642/1999, SU-091/2000, C-330/2000, C-1436/2000, C-060/2001, C-098/2001, T-046/2002, T-121/2002, SU-837/2002, C-294/2002, C-417/2002, C-1038/2002, T-136/2003, SU-058/2003, T-168/2004, T-192/2004, T-525/2004, T-656/2004, T-715/2004, T-800/2004, T-920/ 2004, C-662/2004, T-017/2005, T-481/2005, T-1201/2005, C-449/2005, C-543/2005, C-961/2006, T-1017/2006, T-271/2007, T-570/2007, T-972/2007, SU-174/2007, C-155/2007, T-100/2008, T-443/2008, T-1224/2008, C-035/2008, C-378/2008, C-466/2008, C-691/2008, C-713/2008, C-750/2008, C-931/2008, T-058/2009, T-117/2009, T-311/2009, C-150/2009, C-349/2009, T-782/2010, T-790/2010, C-014/2010, C-377/2010, T-466/2011, T-511/2011, C-186/2011, C-330/2012, T-288/2013, C-305/2013, C-765/2013 y C-170/2014.

## 2. SOBRE LAS "EXCEPCIONES", OPOSICIONES Y MEDIOS DE DEFENSA

En cuanto hace a las "excepciones" propuestas tanto por la parte convocante como por la parte convocada, el Tribunal estima necesario hacer las siguientes precisiones conceptuales de manera previa a considerarlas:

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

Ya el muy distinguido profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Chiovenda señaló que "la práctica emplea este nombre a cualquiera actividad de defensa del demandado, es decir, a cualquiera instancia con que el demandado pide la *desestimación de la demanda* del actor, cualquiera que sea la razón sobre la cual la instancia se funda"[53]. Empero, dijo, "nuestra ley (refiriéndose a la ley italiana), no conoce un significado técnico especial de *excepción*", mientras que la doctrina francesa le atribuye al Código francés una terminología particular: *défense* que indica la contradicción relativa al derecho del actor, es decir, al *fondo;* y*, exception* que se refiere a las oposiciones relativas a la regularidad de la forma del procedimiento, es decir, al *rito.*

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

En todo caso, el maestro Chiovenda clamó por separar exactamente las distintas cosas que a su juicio estaban confusamente comprendidas en el único nombre de excepciones, por lo que luego de analizar la actividad defensiva del demandado, es decir, las razones en que se funda, señaló que "esta defensa puede tomar tres formas, a que corresponden estos tres significados de excepción, que restringen gradualmente el concepto, y que se pueden representar gráficamente en tres círculos concéntricos:

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

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

c. En sentido todavía más estricto, excepción comprende –como veremos- sólo la contraposición al hecho *constitutivo* afirmado por el actor de hechos *impeditivos* o *extintivos* tales que por *sí mismos* no excluyen la acción (tanto, que si son afirmados por el actor, el juez no puede tenerlos en cuenta), pero dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Ejemplos: excepciones de prescripción, de

[53] Chiovenda Giuseppe (1936): *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 363 y ss.

incapacidad, de dolo, de violencia, de error. Esta última llámase excepción *en sentido propio,* y de ésta nos ocupamos en las observaciones que vienen a continuación"[54].

Al decir del citado eminente profesor de Roma, "la excepción en sentido propio es, un *contra-derecho*[55] frente a la acción, y precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido *a la anulación de la acción.* Y se dice que la excepción es un contra-derecho, en el sentido de que es un poder de anulación que se dirige *contra* otro derecho, no ya en el sentido que el demandado, oponiendo la excepción, pida algo más o cosa distinta de la desestimación de la demanda".

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

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

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

Sobre el alcance de las "excepciones" en el derecho procesal colombiano, el profesor Hernando Morales Molina, citando para ello a la Corte Suprema de Justicia, señaló que "…*la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en* ***contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero****…Por consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción…(G.J., tomo LIX, pág. 406)*"[56] (negrilla fuera de texto)

Y más adelante, señaló:

[54] Op. Cit. pp. 364 y 365
[55] También así lo concibe Coutere, Eduardo J. (1981): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Depalma, Buenos Aires, pp. 89 -119.
[56] Morales Molina, Hernando. "Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General", sexta edición, ed. ABC, Bogotá, 1973, p. 145

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

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

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

> "*Los **hechos impeditivos** llevan a que se desconozca la existencia de una obligación, impiden el nacimiento del derecho y por consiguiente del deber correlativo; los **hechos extintivos** llevan a declarar extinguido un derecho que tuvo existencia y, por tanto, a declarar extinguido el deber correlativo*"
> (…)
>
> "*En sentido estricto, pues, la excepción no consiste en la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la pretensión*"[57]

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

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

Para el Doctor Hernando Morales Molina, las excepciones son las de "fondo" o de "mérito", y las excepciones "procesales" que el Código llama "previas". Las primeras atañen al derecho sustancial, las segundas, a la forma o procedimiento; las unas conciernen a la pretensión misma, las otras al modo como ésta se hace valer. Ambas pueden ser perentorias y dilatorias.[58]

De igual manera, el profesor Hernando Devis Echandía[59], señaló que, en sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida, pero en sentido más amplio comprende también las defensas, dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo a anularlo, o sea la relación jurídica-procesal. A su vez, dijo, la defensa en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso, en tanto que la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos, razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado. A su juicio, el demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus

[57] Ibíd., p. 146
[58] Morales Molina, Hernando (1985): *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General.* Novena Edición, ABC, Bogotá, 1985, pp. 155-156
[59] Devis Echandía, Hernando (1981): *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso.* ABC Bogotá, pp. 245 - 247

efectos. Cuando aduce la primera razón se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción.

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

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

a) *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el demandante y el de la obligación correlativa, o de la relación jurídica pretendida por aquél, y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos perseguidos no se produjeron nunca, a pesar de la realización del acto que normalmente deba originarlos. Son los hechos que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar (como las causas de nulidad absoluta consagradas en la ley civil, la falsedad del título o la simulación), o que la relación jurídica haya surgido (como la falta de una solemnidad *ad substantiam actus*). Estas excepciones dejan resuelto el punto definitivamente con valor de cosa juzgada.

b) *Excepciones perentorias definitivas procesales*. Son las que, sin negar el nacimiento del derecho pretendido por el actor, persiguen extinguirlo definitivamente, o modificarlo también definitivamente, y por ello excluyen para siempre la pretensión, con fuerza de cosa juzgada. Configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la ley considera que una obligación se extingue (C.C. art. 1625): el pago, la remisión, la novación, la prescripción, la confusión, la transacción, la cosa juzgada, la condición resolutoria, la nulidad relativa del título.

c) *Excepciones dilatorias,* que son los hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible, pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante. Es decir, sus efectos son temporales. Ejemplos: el plazo no vencido, la condición no cumplida, la petición de modo indebido que impida resolver en el fondo (por indebida acumulación de pretensiones, o porque sea tan confusa que no pueda interpretarse), la *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido temporalmente.

Por su parte, a juicio del doctor Hernán Fabio López Blanco, así como el demandante tiene el derecho de acción, el demandado tiene el derecho de contradicción que se concreta en la presentación de las excepciones perentorias que le asisten, pues en estricto sentido, dice, sólo éstas tienen carácter de excepción, pues son ellas las que se dirigen a contrarrestar la pretensión presentada por el demandante.[60]

Al decir del profesor Hernán Fabio López Blanco, las excepciones perentorias "son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad

[60] López Blanco, Hernán Fabio (2005): *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano.* Tomo I, Parte General. Dupré Editores, Bogotá, p. 552

en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición"[61], las cuales agrupa en tres grandes grupos, a saber:

*a)* *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho base de la pretensión, o aceptando en alguna época su existencia se afirma su extinción, como sería el caso de la nulidad absoluta del contrato, el pago, la prescripción, en fin, cualquiera de los medios típicos y atípicos de extinción de las obligaciones.

*b)* *Excepciones perentorias temporales,* en las cuales el derecho pretendido existe, no se ha presentado ninguna causa que lo extinga, pero se pretende su efectividad antes de la oportunidad debida para hacerlo, como cuando se demanda el cumplimiento de una obligación estando aún pendiente el plazo pactado o sin cumplirse la condición estipulada.

*c)* *Excepciones perentorias de raigambre netamente procesal* cuando no existe legitimación en la causa respecto de cualquiera de las partes como sucede, por ejemplo, si quien demanda no está asistido por el derecho sustancial o cuando estándolo la dirige contra quien no es el obligado, hipótesis que es diversa de las dos anteriores pues las primeras parten de la base de que la relación jurídico material se dio entre las partes, mientras que en la última jamás ha existido.[62]

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, tenemos que las denominadas "EXCEPCIONES" formuladas por las partes al contestar la demanda arbitral reformada y la demanda de reconvención, respectivamente, pertenecen al grupo que en nuestra legislación y doctrina no corresponden a una "excepción" como tal, sino a lo que se conoce como "simples negaciones", "oposiciones" o "simples defensas".

De esta manera, resulta erróneo e impreciso, emplear el nombre de EXCEPCIONES para denominar cualquier actividad de defensa del demandado, es decir sin importar cuál es la razón sobre la cual se fundamenta para pedir la desestimación de las pretensiones de la demanda. Por su puesto que esta actividad hace parte de los actos del demandado, que expresan el poder jurídico de resistencia u oposición a las pretensiones del actor planteadas en la demanda, las cuales se explican en razón a que el proceso está estructurado con base en los derechos de audiencia, defensa, contradicción y debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado que, en cuanto a las excepciones, ellas más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa.

En consecuencia, como también reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción alguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

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

[61] Ibíd.
[62] Ibíd.

# 3. SOBRE LA OBJECIÓN PARCIAL POR ERROR GRAVE CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ECONÓMICO FINANCIERO

Adviértase que este proceso arbitral se inició en vigencia del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual su régimen probatorio se cumplió con la observancia de lo dispuesto en ese estatuto en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012, también vigente al iniciar este proceso arbitral. De conformidad con el mismo, la prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juzgador conocimiento y comprensión sobre determinadas circunstancias de orden científico, técnico o artístico (Art. 233 y 237, C.P.C.), las cuales, al ser ajenas a su formación jurídica, llevan a requerir de la intervención de un experto en la materia para que, personalmente[63], realice los análisis y procedimientos investigativos que considere necesarios a efectos de dar respuesta a los interrogantes planteados en el proceso y que servirán de fundamento para resolver la controversia[64].

La H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que la prueba pericial *"… es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o practicas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiere hacer apreciaciones u observaciones técnicas, que exigen conocimientos especiales de índole profesional. De manera tal que al perito se recurre cuando al afirmarse la existencia de un hecho o su simple posibilidad, son de rigor conocimiento y experiencias de carácter técnico, o cuando debidamente comprobada la materialidad de un hecho, es preciso estudiar y conocer a ciencia cierta su naturaleza, origen, calidad, etc."*[65].

El perito desempeña, entonces, la función de auxiliar del juez, labor compuesta por una actividad perceptiva en principio y declarativa al final, pero cimentada siempre en los especiales conocimientos del experto, como tercero ajeno a las resultas del proceso, características que, precisamente, permiten distinguir la peritación de otros medios probatorios.

De conformidad con la Constitución Política y la ley, en ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, todo dictamen pericial, como todo medio de prueba, puede ser controvertido.

Es necesario indicar igualmente, que nuestro actual sistema procesal ha introducido algunos cambios al régimen de contradicción de los dictámenes periciales; así, por ejemplo, el inciso final del artículo 228 del Código General del Proceso, determina que *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave"* y, en términos idénticos, el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, norma especial que regula el arbitraje, precisa que *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave"*; como se puede observar, las normas citadas son coincidentes en proscribir el trámite de las objeciones que se surtía bajo el anterior régimen probatorio, pero no las objeciones mismas, que sigue siendo un derecho de la parte inconforme a disentir de las conclusiones técnicas de los auxiliares de la justicia.

Tal y como lo señaló el Tribunal en Auto de 18 de mayo de 2016 (Acta 35), rendido el dictamen pericial, las partes pueden, en ejercicio de sus derechos constitucionales de contradicción y defensa y como lo ordena la segunda parte del inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, controvertirlo, como lo

---

[63] *"En ella [la pericia] se emplea también una persona como instrumento productor de la convicción del Juez. Pero en vez de ser esta persona una de las partes, como en la confesión, es un tercero, y en vez de ser un tercero que conoce o aprecia los datos de modo extraprocesal, es un tercero que los percibe o enjuicia en virtud de un encargo procesal que recibe al efecto.*
*"Perito es, por lo tanto, la persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación."* (GUASP, Jaime: Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid – España, 1968, pp. 381)

[64] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 26 de mayo de 2005, Exp. 27.998, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

[65] Gaceta Judicial. T. LVIII, p. 642

hizo oportunamente el señor apoderado de la parte convocante, con la objeción parcial contenida en su escrito radicado el 16 de mayo de 2016.

Significa lo anterior que la parte que no esté satisfecha con el dictamen rendido en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 puede controvertirlo y para tal efecto, lo puede objetar, y para demostrar tal objeción puede presentar experticias todo con la finalidad de que el Tribunal aprecie el dictamen de acuerdo con la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y las demás pruebas que obren dentro del proceso, según lo dispone el artículo 232 del C.G. del P.

Controvertido el dictamen por el motivo o causa invocada por el señor apoderado de la parte convocante, el Tribunal reitera que el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, determina que *"En ningún caso habrá lugar al trámite especial de objeción al dictamen por error grave"*, motivo por el cual, el Tribunal no dio trámite especial a dicha objeción.

El Tribunal recuerda que el citado trámite especial de objeción al dictamen por error grave, ahora proscrito, estaba contenido en los numerales 5 a 7 del artículo 238 del C. de P.C., modificado por el artículo 1, numeral 110 del Decreto Extraordinario 2282 de 1989. En el citado numeral 5 se ordenaba que del escrito de objeción que debía precisar el error y contener la petición de pruebas para demostrarlo, se daría traslado a la otra parte en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podría ésta pedir pruebas, al tiempo que el juez decretaría las que considerara necesarias para resolver sobre la existencia del error y concedería el término de diez días para practicarlas. Si se trataba de un dictamen rendido como prueba de las objeciones éste no sería objetable, pero dentro del término del traslado, las partes podían pedir que se aclarara o complementara. En el citado numeral 6 se establecía que la objeción sería decidida en el Laudo, en tanto que el numeral 7 disponía que las partes podrían asesorarse de expertos, cuyos informes serían tenidos en cuenta por el Tribunal, como alegaciones de ellas.

En todo caso, de conformidad con lo anterior y para mejor proveer, el Tribunal consideró pertinente ordenar de oficio a VALFINANZAS que ajustara o complementara su experticia con base en las pruebas que obraban dentro del proceso, debidamente decretadas y practicadas, entre ellas, el dictamen técnico -que la convocante señaló no tuvo en cuenta-, y el dictamen contable con sus correspondientes soportes que obraban como anexos.

Así mismo, el Tribunal le ordenó al perito revisar y tener en cuenta el Otrosí No. 60 celebrado entre las partes el 15 de abril de 2016 como consecuencia del Acuerdo Conciliatorio suscrito por ellas el 30 de octubre de 2015 y que fue aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015, según consta en el Acta No. 29 de esa fecha, con el objeto de que verificara si de acuerdo con dicho Otrosí se alteraban sus respuestas contenidas en su dictamen pericial rendido el 22 de febrero y ajustado el 4 de abril, con sus respectivas aclaraciones y complementaciones rendidas el 10 de mayo de 2016 y, si ello era así, procediera a realizar los ajustes respectivos de manera tal que teniendo en cuenta el citado Otrosí y el Acuerdo Conciliatorio que lo antecedió, respondiera definitivamente los cuestionarios que le fueron formulados, incluidas las solicitudes de aclaración y/o complementación.

Practicadas las pruebas así decretadas y ajustados los dictámenes rendidos, tal y como consta en los antecedentes atrás expuestos, únicamente procede la valoración integral de dicha prueba así rendida, junto con las demás decretadas y practicadas dentro del proceso y conforme a las reglas previstas en la ley, para resolver las pretensiones de la demanda arbitral sustituida y reformada y la demanda de reconvención, como lo hará el Tribunal, más adelante.

# II. CONSIDERACIONES

## 1. EL MARCO NORMATIVO Y DE POLÍTICA PÚBLICA SOBRE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL

Antes de estudiar el contenido del Contrato de Concesión 0664 de 1994, el Tribunal considera necesario hacer brevemente una descripción del marco normativo y de política pública sobre la infraestructura vial nacional que guió su celebración y, posteriormente, la suscripción de las adiciones, otrosíes o modificaciones que le han sido introducidas durante su vigencia.

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

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

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

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

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

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

a. Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras;

b. Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales;

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

c. Las carreteras que unen las troncales anteriores entre sí, denominadas transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional;

d. Las carreteras que unen las capitales de departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica, esta conexión puede ser de carácter intermodal;

e. Las vías para cuya construcción se ha comprometido el Gobierno Nacional con gobiernos extranjeros mediante convenios o pactos internacionales.

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 105, posteriormente modificado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, determinó que el Ministerio de Transporte debe presentar al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para su aprobación, los planes de expansión vial, que deberán contener como mínimo lo siguiente: a) La conveniencia de hacer inversiones en nueva infraestructura vial nacional, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo; b) Las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse; y, c) Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por concesiones en infraestructura vial nacional. Dicha norma señala que los planes de expansión vial podrán modificar la red nacional de transporte, incorporando o excluyendo vías específicas; que las inversiones públicas que se hagan en materia de infraestructura vial nacional se ceñirán a lo expuesto en los planes de expansión vial y en el Plan Nacional de Desarrollo; y, que los planes de expansión vial se expedirán por medio de decretos reglamentarios del Plan Nacional de Desarrollo y de la Ley 105.

Finalmente, la Ley 105 establece que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Ley dispone que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. Conforme a dicha Ley, el procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia, pero señala que la fórmula para la recuperación de la inversión debe quedar establecida en el contrato y es de obligatorio cumplimiento para las partes. La Ley determina que la variación de

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

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

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

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

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

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

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

> "La estructura de contratación y presupuestación es el principal obstáculo para que los planes viales se cumplan. La deficiencia de los estudios genera incertidumbre sobre el valor real de las obras y el plazo necesario para su terminación. A lo anterior se suma la estructura de contratación de proyectos cuyos costos superan la verdadera disponibilidad presupuestal y la atomización de los presupuestos anuales, que generan sobrecostos por la aplicación de las cláusulas de reajuste de costos. Adicionalmente, al no disponer de un adecuado sistema de control a la ejecución de las obras, se propician los rezagos de los contratos con los consiguientes reajustes financieros.
>
> "A esto se añade que los costos unitarios de las obras presentan un comportamiento que crece geométricamente a medida que los proyectos se rezagan en el tiempo. Los costos de los proyectos cuyos contratos se han prolongado durante 7 años se han incrementado en un 200% o más, en términos reales, respecto al costo estipulado en los contratos. (…)

> "La gravedad del problema se hace evidente, ya que más de la tercera parte de los contratos fueron suscritos hace más de seis años, y por lo menos la mitad de los contratos tienen más de tres años de antigüedad.
>
> "En consecuencia, a menos que se revise el esquema de contratación, cualquier incremento en los recursos financieros no se reflejará necesariamente en una mayor ejecución física, repitiendo lo ocurrido durante los últimos tres años, cuando a pesar de canalizar el 55 de los recursos en cuatro carreteras, no fue posible concluir ninguna de ellas[10].[67]
>
> "Por último, no siempre son consistentes el programa de pagos de la Nación a los contratistas y el programa para la ejecución óptima de las obras. Tradicionalmente el flujo de los pagos es menor en la temporada seca, cuando es más factible avanzar en la ejecución física."

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

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

Así, a partir de 1994, se dio inicio al desarrollo de proyectos de concesión vial -entre ellos, el proyecto para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, que culminó con la adjudicación y celebración de Contratos de Concesión de Obra Pública Vial – como el Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, materia de esta Litis-, los cuales se enmarcaron dentro de los que se considera son los **Contratos de Concesión Vial de Primera Generación** enfocados hacia obras de rehabilitación y ampliación de calzadas que se concentraron en el mejoramiento de los accesos y salidas de las ciudades, pero que al momento de su adjudicación y celebración no contaban con diseños a nivel de detalle, no se habían financiado y por lo mismo ni siquiera se habían adquirido los predios en los cuales se ejecutarían, así como tampoco se contaba con estudios de impacto ambiental ni licencias ambientales para su ejecución. A su vez, como en la fase de estructuración no se contó con el nivel de información requerido para asignar los riesgos constructivo y comercial al concesionario, se otorgaron por el Estado garantías de ingreso mínimo y sobrecostos.

Los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación son contratos conmutativos, cuyo objeto fue la elaboración de Estudios y Diseños de Detalle Definitivos -con base en el Anteproyecto Fase I, acompañado de las memorias descriptivas y cantidades de obra desagregadas por ítem que entrega la entidad concedente- y, con base en ellos, la Rehabilitación, la Construcción, o la Construcción y el Mantenimiento de proyectos de infraestructura vial; para su ejecución se pactó un plazo fijo en sus distintas Etapas de Diseño y Programación, de Construcción y de Operación; su valor total y su pago, se acordó mediante la cesión de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario; el cumplimiento

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

del objeto contractual debió llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente; en ellos se pactó una garantía de ingreso mínimo utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva, al tiempo que se acordó que cuando los ingresos sobrepasaran un máximo, los ingresos adicionales serían utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial; con todo, en ellos se pactó la obligación, a cargo del Concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo; en cada uno ellos se pactó la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes y se contemplaron tres posibles sistemas para el mantenimiento y/o el restablecimiento de su equilibrio financiero en caso de que se produjera su ruptura: i) el aumento en el plazo de la etapa de operación, ii) el aumento de las tarifas de peaje durante la etapa de operación (hasta 1.3 veces la variación del IPC), y iii) las compensaciones con recursos del presupuesto de la entidad concedente.

Debido a los problemas antes enunciados, los Contratos de Concesión de Primera Generación requirieron múltiples modificaciones o adiciones – tal y como sucedió con el Contrato materia de la Litis, que como se verá más adelante hasta la fecha ha sido objeto de sesenta (60) otrosíes, adiciones o modificaciones – entre las cuales las más frecuentes han sido – en todos los casos- el aumento de los aportes del Estado, especialmente para la adquisición de predios, por error o subestimación de los mismos; la autorización a cobrar tarifas inferiores a las contractuales; la contratación de obras complementarias; la ampliación de plazos de las etapas de diseño y de construcción; y, los acuerdos para restablecer el equilibrio económico y financiero cuando quiera que se produjo su ruptura o alteración, mediante la utilización de los esquemas o sistemas en ellos previstos.

**1.5.** En lo que se refiere a los nuevos proyectos viales iniciados a partir de 1994, entre ellos el proyecto para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, el Documento CONPES 2765-DNP-UINFE-MINTRANSPORTE del 22 de febrero de 1995, señaló que "El INVIAS inició un plan de concesiones viales con el fin de que el sector privado financiara, construyera, operara y mantuviera vías que, por sus características, le fueran atractivas. Con ello, se busca liberar recursos públicos para otros proyectos y ampliar sustancialmente la inversión en las carreteras nacionales. Así mismo el esquema busca que la Nación comparta los riesgos del proyecto con el Concesionario[17]"[68]

En el resumen de los proyectos de concesiones que aparecen en este Documento, Cuadro 2. Programas de Inversión, se lee:

| CARRETERAS POR CONCESIÓN (millones de pesos de 1994) | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Proyecto | Total (KM) | Const (KM) | Pavim. (KM) | Rehabit. (Km) | Mantenim (Km) | M.Periódico (Km) | Total Recursos |
| INVERSIÓN PRIVADA PRIORIDAD I<br>CONSTRUCCIÓN | | | | | | | |
| Desarrollo Norte de Bogotá | 45 | 45 | | | 90 | | 45.393 |

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

Así mismo, el CONPES reconoció, en lo que se refiere a las concesiones de la primera generación, que "se han presentado deficiencias en los diseños de los pliegos y en las minutas de los contratos, y un precario estado de los estudios de diseño suministrados como base para la elaboración de las

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

propuestas, impidiendo la atracción de la inversión extranjera hacia estos proyectos", por una parte y, por la otra, que "la Nación está asumiendo riesgos muy altos a través de garantías de tráfico y de sobrecostos de construcción[19] que se están otorgando sin oportuno control fiscal.[69]"

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

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

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

Para tal efecto, señaló:

> "La estrategia de corto plazo cobijará los proyectos contratados y no contratados de la prioridad 1,[71] y los nuevos contratos que se suscriban en las prioridades 2, 3 y 4. El INVIAS realizará una evaluación, a más tardar el 1 de mayo de 1995, en la cual identificará de manera precisa los mecanismos y modificaciones contractuales requeridas con el fin de poder cumplir con las metas previstas en la prioridad 1. Para los principales contratos en marcha, dichas modificaciones deberán ser efectivas a partir del 30 de junio de 1995.
>
> "Para identificar las modificaciones mencionadas, el INVIAS tendrá en cuenta, entre otros factores, la responsabilidad para la obtención de licencias ambientales, el nivel de los estudios de diseño existentes para los proyectos en marcha, la definición de responsabilidades sobre la negociación y compra de predios, el tiempo de duración de los contratos y sus prórrogas y el reconocimiento de sobrecostos. Estos últimos sólo podrán ser cubiertos de manera limitada con posterioridad a la terminación total de las metas físicas.
>
> "Adicionalmente, el INVIAS deberá asegurar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la firma de los nuevos contratos. Estos requisitos incluirán, entre otros, la terminación de los estudios y la obtención de la licencia ambiental, lo cual exigirá del INVIAS la organización necesaria para adelantar los estudios de ingeniería y ambientales en el menor tiempo posible.
>
> "Las acciones de corto plazo incluyen también la garantía de un flujo de pagos estable del INVIAS hacia los contratistas, de manera que éstos puedan adquirir compromisos contractuales reales sobre el cumplimiento de las metas físicas. Para estabilizar el flujo de pagos a los contratistas, el INVIAS, de acuerdo con la normatividad vigente, contratará mediante licitación pública los servicios de una o varias entidades bancarias para que administren, mediante encargo fiduciario, los recursos apropiados para los contratos incluidos en la estrategia de corto plazo.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Estudiar y formular las acciones administrativas, legales e institucionales que permitieran dar una solución de largo plazo a los problemas contractuales del sector vial.

b. Definir e implantar un sistema para el manejo de los desembolsos del Plan Anual de Caja, de tal forma que el flujo de caja coincida con el ciclo de construcción de las carreteras.

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

Años más adelante, al hacer un balance del proceso de concesiones en Colombia[72], entre ellos, los contratos de Primera Generación, entre los cuales está el No. 0664 de 1994 para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, se señaló que "Estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la Nación tanto de ingreso mínimo como de sobrecostos de construcción, debido a que en el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería ni de demanda que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos[3].[73] Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales." Igualmente se indicó que "Por problemas de programación presupuestal y debido a que la causación de estas garantías no concuerda con la posibilidad de realizar pagos efectivos, también se ha tenido que pagar intereses corrientes e intereses de mora sobre estos muritos. Para 1999 el INVIAS tiene estimado un valor a pagar por garantías de $45.000 millones. Por otro lado, dado que los compromisos de pago de garantías son a mediano y largo plazo, el impacto fiscal de este esquema de contratación se prolongará hasta el año 2012." Finalmente, se señaló que, "la estructura contractual de los proyectos de Primera Generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron[6],[74] tales como sobrecostos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas por realizar cobros de valorización."

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

**1.7.** También, conforme a los principales objetivos que buscó el Plan Nacional de Desarrollo a través de la participación del sector privado en la infraestructura física, tales como, aumentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios, contar con recursos adicionales para suplir las necesidades en un menor tiempo, destinar los escasos recursos estatales prioritariamente a inversión en el sector social, reducir los riesgos que asumía el sector público y obtener beneficios de la competencia, mediante el Documento CONPES 2775 de abril 26 de 1995, se aprobó el Programa de Participación Privada en los Proyectos de Infraestructura Física

[72] Véase el Documento CONPES 3045 de 1999.
[73] "3. De igual forma, los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios. Además, los procesos de concertación con las comunidades han obligado a establecer tarifas diferenciales, con el consecuente impacto en el recaudo real del concesionario."
[74] "6. Algunos aspectos que no fueron tratados con la debida profundidad durante el proceso de estructuración de la Primera Generación de concesiones fueron entre otros, la obtención de la financiación por parte del concesionario, la solución de controversias, la toma de posesión, los casos de fuerza mayor, los riesgos regulatorios, la evaluación de las propuestas y los mecanismos claros de liquidación de los contratos."

relacionados con los sectores de Transporte, Energía, Telecomunicaciones y Agua Potable y Saneamiento Básico, un diagnóstico del estado de dicho proceso y un plan de acción para orientarlo. Así mismo, conforme a las reglas generales contenidas en la Ley 80 de 1993, mediante el citado Documento CONPES 2775 de 1995, se adoptaron los primeros lineamientos de asignación de riesgos, sistemas de compensación, definición de responsabilidades, los aspectos financieros, legales y macroeconómicos, la protección a la inversión y procedimientos de la etapa de estructuración, de promoción de los proyectos y de apertura de los procesos de adjudicación de las concesiones entonces vigentes y de las futuras.

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

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

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

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

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

Dentro de esta estrategia se buscó definir los proyectos de concesión enmarcados dentro de un corredor de carga que integrara grandes centros de consumo con grandes centros de producción, y éstos a su vez con los puertos. Bajo esta concepción se buscaba evitar que se estructuraran proyectos que no brindaran toda la continuidad al tráfico, así como uniformar las estrategias de peajes y operación y los niveles de servicio. Igualmente, al incorporar el criterio de corredores viales dentro

de la estructuración de proyectos, se pretendía brindar integralidad a las soluciones, incluyendo dentro de los proyectos los accesos a las ciudades y los puertos, para lo cual, el INVÍAS debía realizar las gestiones tendientes a producir los convenios correspondientes con las ciudades afectadas.

**b. Concepción de los proyectos bajo el Criterio de Operación**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**g. Fortalecimiento de la Gestión en negociación con las comunidades**

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

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

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

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

**i. Fortalecimiento del seguimiento y control**

Para lo cual se debían fortalecer los parámetros para las actividades de regulación y supervisión de los contratos de concesión, en aspectos técnicos, financieros, económicos y legales, con el objetivo de proteger los intereses del Estado y cumplir con la filosofía con la cual son estructurados los proyectos. El INVIAS o la entidad que quedara a cargo de la supervisión de las concesiones,

desarrollaría un sistema de información gerencial, en donde se pudiera llevar un seguimiento estratégico a los principales parámetros contractuales de los proyectos concesionados, tales como indicadores financieros, de tráfico, de recaudo y de compromisos de las partes.

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

Este Documento CONPES reiteró que el impacto fiscal de las concesiones de primera generación afectaba de manera importante la capacidad de inversión del INVIAS, y que existía a su vez el riesgo de que ese impacto se incrementara puesto que en algunas concesiones los niveles de tráfico se podían ver afectados por las condiciones macroeconómicas. Por ello, se recomendó realizar las acciones encaminadas a resolver los problemas de fondo de las concesiones de primera generación de manera integrada y coherente. En ese sentido se determinó que el INVIAS, apoyado por el Ministerio de Transporte y el DNP, realizaría un estudio del estado de los contratos de concesión en ese momento existentes, analizando posibilidades contractuales de mitigar el impacto fiscal de las garantías otorgadas y buscando alternativas que minimizaran este impacto. Igualmente, analizaría metodologías para mejorar la gestión de seguimiento de tales concesiones, buscando entre otros optimizar la información del recaudo real y el tráfico real de las concesiones.

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

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

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

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

> "Dentro de la regulación propuesta en el esquema de concesiones de carreteras se incorpora el concepto de ingreso real, considerado como los ingresos percibidos por el concesionario y expresado

[75] En tal sentido véase el Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento al resolver las controversias entre la Sociedad Autopistas de La Sabana S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.
[76] El costo de capital es el rendimiento esperado por el inversionista, equivale a la tasa de descuento a la cual se traen a valor presente los flujos de caja del proyecto.

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

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

Ello es así, porque en materia financiera, al momento de estudiar la viabilidad económica de un negocio o proyecto de inversión, generalmente se usan los parámetros del Valor Actual Neto VAN y la Tasa Interna de Retorno TIR, los cuales se sabe que no siempre coinciden, que tienen sus limitaciones y que sus resultados pueden ser inconsistentes en algunos casos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

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

| Riesgo | Primera Generación | | Segunda Generación | | Tercera Generación | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Concesionario | INVIAS | Concesionario | INVIAS | Concesionario | INVIAS |
| Constructivo | X | Parcial | X | | X | |
| Tráfico | | X | X | | X | |
| Tarifa de Peajes | | X | | | | X |
| Predios | | X | | X | Gestión | X |
| Licencia Ambiental | | X | | X | Gestión | X |

[79] Conforme a ese mismo derrotero, la Ley 1150 sancionada el 16 de julio de 2007, que entró en vigencia el 16 de enero de 2008, determinó que: "Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. / En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva." Con fundamento en dicha disposición legal, el Consejo Superior de Política Económica y Social, mediante el Documento CONPES 3174 de diciembre 1 de 2011, estableció una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de *"riesgo previsible"* conforme a la las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y de esta forma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, determinó que las entidades públicas deberán incluir en los procesos de selección, la *tipificación, estimación, y asignación* de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; y, generar un espacio de discusión del ejercicio realizado, para poder hacer la respectiva revisión con los particulares interesados en el proceso respectivo. Dicho Documento fue recientemente modificado con el Documento CONPES 3807 de junio 3 de 2014, que contiene la Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. Aunque los citados documentos CONPES 3107 y 3807 no se aplican al Contrato de Concesión objeto de análisis por ser posteriores a su celebración, el hecho es que corresponden al mismo derrotero establecido desde 1995, en vigencia de la Ley 80 de 1993, conforme al cual, existe y debe existir una política pública de asignación de riesgos, la cual es obligatorio cumplimiento para las entidades estatales.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Tributario | X | | X | | X | |
| Cambiario | X | X | Parcial | | X | Parcial |
| Fuerza Mayor (Asegurable) | X | | X | | X | |
| Financiación | X | | X | | X | |

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

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

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

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

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

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

**1.17.** Así mismo, en el marco de los proyectos de la Agenda Interna para la productividad y competitividad[80] y Visión Colombia II Centenario – 2019[81], se planteó incrementar el nivel de servicio de los corredores de transporte de comercio exterior y de los que conectan los grandes centros de producción, mediante el desarrollo de proyectos de expansión de capacidad de la red nacional de carreteras.

En tal virtud, mediante el Documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, se adoptó el "Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014", a cargo del Instituto Nacional de Concesiones INCO[82] que fue declarado de importancia estratégica -previo aval fiscal dado por el CONFIS para las vías de competitividad de dicho Programa en su sesión de la misma fecha-, y considerando los principios de: i) integración económica y comercial, ii) articulación de actividades económicas y de cadenas productivas con los países vecinos y de la región, iii)

[80] Cfr. Documento CONPES 3297 de julio de 2004.
[81] Cfr. 2019 – Visión Colombia II Centenario – Propuesta para discusión, DNP, agosto de 2005.
[82] Creado por el Decreto 1800 de 2003, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública con el objeto de fortalecer la capacidad institucional para fomentar la participación del sector privado en el sector transporte, encargado de la gestión para la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de proyectos de participación privada en los modos carretero, férreo, portuario y fluvial.

integración entre los principales centros nacionales de producción y consumo, iv) optimización de las inversiones públicas y privadas en infraestructura para incrementar la competitividad nacional y, v) complementariedad de la infraestructura de transporte.

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

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

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

En desarrollo de lo anterior, se recomendó evaluar, entre otros, "la conveniencia de adoptar un esquema que contemple el concepto de Valor Presente de los Ingresos Esperados$_{10}$[83] como desarrollo complementario al concepto de Ingreso Esperado, como variable para establecer el plazo de la concesión. Lo anterior, teniendo en cuenta la solidez del sistema financiero y la existencia de condiciones de mercado para obtener financiación con mayores plazos para este tipo de proyectos. Para estos efectos, se recomienda evaluar las experiencias internacionales en la utilización de los conceptos de Ingreso Esperado y de Valor Presente Neto del Ingreso Esperado según lo presentado en el Anexo 2, y desarrollar los parámetros bajo los cuales se debe implementar el esquema que optimice la capacidad de inversión del proyecto."

Conforme se señala en el citado anexo,

> "El concepto de Ingreso Esperado ha sido incorporado en la estructuración de los proyectos de la denominada Tercera Generación de Concesiones con el objetivo de mitigar el riesgo comercial de demanda[84]. Dicho ingreso, que ha sido adoptado como variable de evaluación de los procesos

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

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

licitatorios, corresponde al volumen de recursos de peaje cuantificados en términos constantes[85] que cada proponente espera recibir en desarrollo del proyecto, en caso de ser el adjudicatario de la concesión. En línea con lo anterior, el plazo de la concesión varía en función del tiempo requerido para que el proyecto genere los recursos esperados por el concesionario.

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

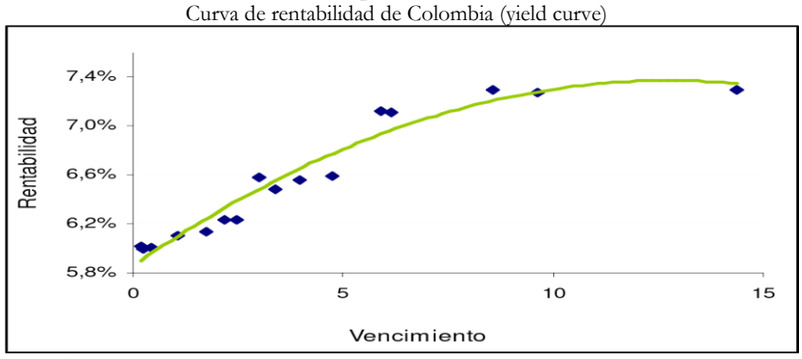
"En particular, se recomienda al Gobierno Nacional evaluar la conveniencia de utilizar la alternativa del concepto de 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados'. Este criterio corresponde a una variación del concepto de Ingreso Esperado y es entendido como la estimación que cada proponente hace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

"Los análisis realizados por Engel, Fischer y Galetovic[86] permiten entrever que el concepto de 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados' puede aportar nuevos elementos que complementen la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura[87]. El 'Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados' incorpora una tasa de descuento asociada al costo de financiación. De acuerdo con lo planteado por Engel, Fischer y Galetovic, la tasa de descuento que defina el Gobierno debería ser una buena estimación de la tasa de interés de los créditos asumidos por el concesionario[88].

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

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

Figura No. 4
Curva de rentabilidad de Colombia (yield curve)




Fuente: Grupo Aval

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

[85] Flujos de ingresos indexados con la inflación.
[86] Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising. Journal of Political Economy 10 (5), 993-102, 2001.
[87] Documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.
[88] Engel, E., Fischer, R., and Galetovic, A. Privatizing roads: An "old" new approach to infrastructure provision. Regulation, the Cato Journal, Fall, 18-22, 2002.

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

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

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

**1.18.** Con el Documento CONPES 3535 de 2008, el Consejo de Política Económica y Social CONPES, a solicitud del Ministerio de Transporte y del INCO, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, emitió concepto favorable para la adición, entre otros, del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial celebrado con la Unión Temporal DEVINORTE, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1150.

La Ley 1150 de 2007, en su artículo 28, estableció como requisito para la celebración de prórrogas o adiciones a los Contratos de Concesión de obra pública el concepto previo favorable del CONPES:

> **Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública.** En los contratos de concesión de obra pública podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.
>
> Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES.

A su vez, en cumplimiento del artículo 61 de la Ley 1169 de 2007, ante solicitud del INCO, el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS en la sesión del 17 de julio de 2008 evaluó y avaló fiscalmente, entre otras, la adición o prórroga del Contrato de Concesión celebrado con la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – DEVINORTE.

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

infraestructuras semejantes a las atrás enunciadas, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.

**1.20.** La Ley 1508 de 2012, estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, a las que definió como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. Dicha ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se deben regir por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la Ley 1508, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores. Así mismo, el Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la Ley 1508, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

**1.21.** El Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, fijó los lineamientos del programa de **Cuarta Generación de Concesiones Viales** (4G), dirigido a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país. Los lineamientos se resumen en cuatro componentes principales: Estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; procesos de selección que promuevan participación con transparencia; gestión contractual enfocada a resultados; y distribución de riesgos en el programa. Estos lineamientos deben ser utilizados en la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de los corredores viales que se priorizaron en ese documento.

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

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

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

Artículo 4o. Integración de la infraestructura de transporte. La infraestructura de transporte está integrada, entre otros por:

1. La red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Redes de sistemas inteligentes de transporte.

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

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

Artículo 5o. Las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte materializan el interés general previsto en la Constitución Política al fomentar el desarrollo y crecimiento económico del país; su competitividad

internacional; la integración del Territorio Nacional, y el disfrute de los derechos de las personas y constituye un elemento de la soberanía y seguridad del Estado. En razón de ello, el desarrollo de las acciones antes indicadas constituye una función pública que se ejerce a través de las entidades y organismos competentes del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con la participación de los particulares.

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

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

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

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

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

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

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

e) Las comunidades étnicas establecidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 10. Proyectos de infraestructura de transporte con intervención urbana y rural de la red secundaria o terciaria. En los proyectos de infraestructura de transporte de utilidad pública e interés social a cargo de la Nación que requieran intervenciones urbanas o rurales en vías de la red secundaria

> o terciaria para su desarrollo, se suscribirá un convenio de colaboración y coordinación con la Autoridad Territorial correspondiente en el que se establezcan las responsabilidades que cada una de las partes asume en la ejecución de las actividades relacionadas con el proyecto.
>
> En caso de no llegar a un acuerdo en un término de noventa (90) días, la entidad responsable del proyecto a cargo de la Nación continuará con el proyecto de infraestructura de transporte, entregando a la entidad territorial un documento que dé cuenta de la revisión de la viabilidad del proyecto de la nación, se ajuste al plan de Desarrollo Territorial y las acciones de mitigación de impactos sobre el territorio a intervenir.

**1.23.** El Documento CONPES 3760 fue modificado por el Documento CONPES 3800 del 27 de enero de 2014.

En desarrollo de lo anterior, con el Documento CONPES 3761 de agosto 20 de 2013, se presentaron los corredores viales que conformaron el grupo de proyectos pioneros del Programa Concesiones Viales de Cuarta Generación -4G-; con el Documento CONPES 3820 del 13 de noviembre de 2014, se presentaron los ocho proyectos de Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones Viales; y, con el Documento CONPES 3844 del 2 de octubre de 2015 se priorizaron los tres proyectos de la Fase I de la Tercera Ola de la Cuarta Generación.

En ellos se pacta un plazo variable de manera tal que el plazo del Contrato transcurre entre la fecha de inicio y la fecha en que se termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión. A su vez, la fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento ocurrirá en cualquiera de los siguientes eventos, el que primero acaezca: i) Al cumplirse el año 25 contado a partir de la fecha de inicio si se ha alcanzado o superado el VPIP (Valor Presente al mes de Referencia del Recaudo de Peaje, ofrecido por la ANI al Concesionario en las reglas del Proceso de Selección), o; ii) En el momento en que, pasados los 25 años se verifique de acuerdo con el procedimiento de verificación del VPIP, que se ha alcanzado o superado el VPIP para lo cual se tendrá como fecha de terminación el décimo día hábil del mes correspondiente a la fecha en la que se verifica tal circunstancia, o, iii) Al cumplirse el año 29 contado a partir de la fecha de inicio, aun en el caso en que llegada esa fecha el Concesionario no hubiere obtenido el VPIP.

**CONCLUSIÓN**

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto en este primer apartado y sin perjuicio de lo que se verá más adelante en el cuarto apartado, el Tribunal concluye que el Contrato No. 0664 de 1994 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, luego cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE, es un Contrato de Concesión de Obra Pública de Primera Generación, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Ley 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen. Como se verá más adelante en el cuarto apartado, es un Contrato de Concesión para la elaboración de Estudios, Diseños Definitivos y Obras para la Rehabilitación, o para la Construcción, o para la Construcción y Mantenimiento del Proyecto de Infraestructura Vial para el Norte de Bogotá, cuyas características principales no mutaron con la suscripción hasta la fecha de los sesenta (60) documentos contractuales adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos.

# 2. LAS CONSIDERACIONES NORMATIVAS GENERALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL QUE SIRVEN DE GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994

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

> Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

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

> **Artículo 30. Del contrato de Concesión**. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada ó a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.
>
> Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.
>
> La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.
>
> En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.
>
> **Parágrafo 1.** Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.
>
> **Parágrafo 2.** Los contratos a que se refiere en inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.
>
> **Parágrafo 3.** Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.
>
> **Artículo 31. Titularización y crédito para concesionarios.** Con el fin de garantizar las inversiones

internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos, manteniendo la responsabilidad contractual.

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

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

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

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

(…)

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

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

**Artículo 2o. Concesiones**. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

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

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

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

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

**Parágrafo 2.** Para los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley, que estén en etapa de operación, la entidad pública contratante podrá proponer fórmulas que aceleren la

recuperación de la inversión, garantizando al contratista el pago de las prestaciones a que tiene derecho, posibilitando de común acuerdo la terminación anticipada del contrato, la cual deberá ser fundamentada en los motivos previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, siempre y cuando se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad e interés general. Las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinadas de común acuerdo entre las partes o haciendo uso de la amigable composición, o de un tribunal arbitral, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

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

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

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

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

"En primer lugar, es del caso señalar que como lo ha venido sosteniendo la doctrina, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"En términos generales, para la doctrina la **concesión** tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente[89]."

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

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

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

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

"Tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales[91], por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley, pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión."

[89] "Esta es la tesis de los denominadas "publicistas" franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze."
[90] "Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994."
[91] "Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996."

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

> "a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
>
> "b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
>
> "c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
>
> "d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
>
> "e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
>
> "f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
>
> "g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.
>
> "Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato."[92]

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

> "En otras palabras, y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la concesión como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal[94].
>
> (…)
>
> "Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración; y, de otro, las condiciones en que

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

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

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

ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que

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

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

> 'a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
>
> 'b. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
>
> 'c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
>
> 'd. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
>
> 'e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
>
> 'f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
>
> 'g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.
>
> 'Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato'[96].

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

"Sin ánimo de exhaustividad, y solo en la medida que este extremo resulta indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha -entidad pública concedente y particular concesionario- de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos administrativos proferidos con ocasión de aquélla, menester resulta hacer alusión a que, en la doctrina,

---

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

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

pueden encontrarse desde las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es un acto unilateral de la administración -de escasa acogida en la actualidad-, pasando por las que lo catalogan como un contrato de derecho privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas por los días que corren, de acuerdo con las cuales o bien se trata de un acto mixto -contractual y reglamentario-, ora de un contrato administrativo *strictu sensu.*[97]

"Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la concesión no es más que un acto unilateral de la administración pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, lo cual parte de negar la posibilidad de que existan contratos celebrados entre la administración pública[98]. Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de concesión es un contrato exclusivamente de derecho privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulada por el derecho privado. Paulatinamente, en la medida que la categoría de los contratos administrativos -o contratos estatales- se fue abriendo paso históricamente, esta tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al *ius comune* toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no sólo afecta a las partes celebrantes -entidad concedente y concesionario-, sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización.[99]

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

"En España, Garrido Falla igualmente se decanta por esta posición y sostiene que «la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, cuanto por los

---

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

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

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

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

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

preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido»[102].

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

> 'Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, *está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad*.
>
> *'La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en función del interés público*. Por consiguiente, este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además *algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración*, compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y *la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario*.
>
> 'La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado...' (todas las cursivas son de la Sala)[103]

"Tal y como el propio Escola -uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos- lo admite[104], la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables -concretamente las que tienen que ver con la utilización de los servicios y el régimen tarifario-, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la forma debida.

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

---

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

[103] "Cfr. Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 24- 26."

[104] "Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 28."

> 'el interés público que se busca satisfacer justifica todas las modificaciones y alteraciones que la relación contractual pueda sufrir, como resultado de esa potestad modificatoria, y sólo la ley y el criterio de razonabilidad fijan los límites de esa potestad y sus posibles consecuencias restrictivas.
>
> 'Los derechos de los usuarios del servicio público quedan también explicados de manera directa y simple. No hay aquí nada que crear (...) Esos derechos -derecho al uso del servicio, y derecho de exigir su prestación- son resultado de la extensión de los efectos de los contratos administrativos no sólo a las partes que los celebran, sino también a terceros, tanto más cuanto que el contrato se lleva a cabo, en este caso, justamente para concretar la atención y realización de un servicio cuyos destinatarios son esos terceros»[105].
>
> 'Es quizás Marienhoff el autor que de manera más vehemente se opone a la catalogación de los contratos de concesión como 'actos mixtos', partiendo de considerar a los usuarios también como 'parte' en ellos, de suerte que es esa circunstancia la que justifica que puedan invocar en su beneficio las cláusulas de la concesión, pues, finalmente, el que los efectos de la misma les sean extensivos, responde a que es precisamente en interés de los administrados que la concesión se otorga. Por lo mismo, todas las modificaciones que ciertamente la Administración puede introducir al contrato, forman parte del mismo, integrándolo, sin que se trate de una situación 'legal' o 'reglamentaria', siendo más bien las consecuencias derivadas de la naturaleza de 'contrato administrativo' de la concesión[106].
>
> 'Sin embargo, las agudas críticas que este autor vierte en contra de las teorías que mayoritariamente catalogan el contrato de concesión como un 'acto mixto'[107], parecen atenuarse cuando matiza, refiriéndose a las posibles disputas entre el concesionario y el usuario, que 'la relación que se establezca entre éstos no es unívoca: depende de si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario. De acuerdo a esto, en unos casos la relación será reglamentaria y en otros contractual'[108].

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

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

> ' ...no hay contrato entre el usuario y el concesionario, *como tampoco lo hay entre el litigante y el juez*, pero existe un derecho del usuario en el sentido de exigir la prestación del concesionario y una obligación de este último de suministrar la prestación al usuario desde el momento que éste, mediante su manifestación

[105] "Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., pp. 31-32."
[106] "Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 601-603."
[107] "Afirma el autor que «(E)s inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades —llámesele '*contrato*' o '*convención*'—, una persona, además de quedar colocada en una situación '*contractual*', quede asimismo colocada en una situación '*legal*' o '*reglamentaria*'. La vigencia de la ley o del reglamento es extraña en absoluto a todo acuerdo entre el Estado y el administrado. La explicación de que la parte '*legal*' o '*reglamentaria*' tenga su vigencia en un '*acuerdo de partes*', cualquiera que sea el nombre que a éste se le de, trasunta una evidente falla de lógica jurídica. La vigencia de la ley o del reglamento no depende de la voluntad de los administrados, sino del '*imperium*' que posee el Estado. Las obvias modificaciones o alteraciones de que puede ser objeto una concesión de servicio público en curso, tienen un fundamento jurídico distinto al expresado por Duguit y su escuela, fundamento que excluye la existencia del mencionado aspecto '*reglamentario*' o '*legal*' junto al aspecto '*contractual*'. La concesión de servicio público, considerada como un '*acto jurídico de derecho público*', es una figura '*homogénea*': contractual en todo su ámbito, circunstancia que en modo alguno obsta a las correspondientes '*modificaciones*' que deban introducirse en la '*organización*' o en el '*funcionamiento*' del servicio' (todas las cursivas en el texto original). Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 600-601."
[108] "Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 646-647."

unilateral de voluntad, ha ejercido el poder legal y reglamentario creado por el pliego de condiciones. El juez que se niega a resolver un recurso regularmente deducido, desconoce su obligación legal, viola el derecho del litigante. Hay denegación de justicia. *El litigante tiene recursos ante los tribunales, para agraviarse por la denegación de justicia del juez competente. La situación jurídica del usuario de un servicio público industrial es la misma* (subraya la Sala). Es erróneo hablar, en todas estas hipótesis, de *contrato*, de obligación *contractual*, de derecho de crédito *contractual*. La situación jurídica es general e impersonal, legal y reglamentaria, objetiva, en el sentido técnico de estas expresiones'[109].

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

'*(L)a verdad es que todos los usuarios se hallan en la misma situación jurídica. Todos pueden invocar y sólo pueden invocar el pliego de condiciones de la concesión.* ***El recurso ante los tribunales judiciales debería permitírsele a todos, sin distinción***
(...)
'En realidad, el usuario obtiene su derecho del *acto reglamentario de organización del servicio*, acto que muy a menudo se incluye en el contrato de concesión. **Ésta no es, pues, una acción surgida del contrato**' (cursiva en el texto original, negrilla de la Sala)[110].

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

(…)'

"Tal y como la Sala lo ha referido en otras ocasiones[111], en Colombia, desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial bajo el sistema de concesión, con el propósito fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura del transporte, de suerte que fuese posible alcanzar

[109] "Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo,* cit., pp. 388-389."

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

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

mayores cotas de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios.

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

> «(L)a formulación de la política general en materia de peajes es responsabilidad de las autoridades del nivel nacional, pues no se requieren mayores elucubraciones para advertir la evidente relación de interdependencia existente entre los distintos sistemas viales, lo que sin duda hace inconveniente, cuando no definitivamente peligroso, su manejo aislado y autárquico por las autoridades de las entidades territoriales.
>
> Lo anterior no significa en modo alguno que la competencia para el manejo de la política vial y de peajes esté concentrada exclusivamente en el nivel nacional; al contrario, en esta materia, como en tantas otras que conciernen simultáneamente a ambos niveles, y así lo entendió el Constituyente, se precisa de la acción coordinada y concurrente de las autoridades del nivel central y de las entidades territoriales.
>
> A unas y otras corresponde el manejo coordinado de los asuntos que tienen una proyección nacional y local, pues en alto grado la existencia de peajes trasciende el interés local y concierne al interés nacional o global que las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 representan en el denominado «Sistema Nacional de Transporte».

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

> Artículo 2º.- Principios Fundamentales
> ...
> b. **De la intervención del Estado**: Corresponde al Estado la planeación, el control, la regulación y vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas.
> ...
> d. **De la integración nacional e internacional: el transporte es elemento básico para la unidad Nacional y el desarrollo de todo el territorio colombiano y para la expansión de los intercambios internacionales del país** (énfasis fuera de texto).

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

"De otra parte, la citada Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 prescribe, en su artículo 21, que, para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, además de los recursos asignados en el Presupuesto Nacional, dicho ente cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, con el fin de garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo, para lo cual establecerá peajes, tarifas, y tasas[116].

"A su vez, el artículo 30 ibídem, que hace parte del Capítulo IV, denominado "Obras por concesión", prevé en lo pertinente lo siguiente:

> **Artículo 30. Del contrato de concesión.** La Nación, los departamentos, los Distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada ó a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.
>
> Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. **La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes** (Destaca la Sala).

---

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

[116] "El tenor literal del precepto en cuestión es el siguiente: «Artículo 21. Tasas, Tarifas y Peajes en la Infraestructura de Transporte a cargo de la Nación. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el presupuesto nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.
Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.
Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.
Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:
a. Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.
b. Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas.
c. El valor de la tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio.
d. Las tasas de peajes serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación.
e. Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valorización, en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.
Parágrafo. La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del presupuesto nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte».

"De acuerdo con las referidas normas de la Ley 105 de 1993, tratándose de proyectos de infraestructura vial, el concesionario puede obtener la recuperación de la inversión que efectúe, mediante el cobro de peajes exclusivamente, de contribución de valorización exclusivamente, o de los recursos provenientes de los dos tipos de gravámenes, para cuya causación y pago deberán tenerse en cuenta las normas que regulen cada uno de los mismos.

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

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

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

"El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, al recoger la evolución normativa en relación con la materia,[119] de manera general define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden -artículo 32, numeral 4°[120]-.

---

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

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

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

[120] "El artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:

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

> '(E)l término 'concesión' es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de "incrementos futuros" que son simplemente ventas de materiales.
>
> 'La expresión 'concesión de servicio público' que se abrevia a veces con el término 'concesión', tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un *procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio'*[123].

"Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal -en sentido amplio- que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera[124]; en otros términos, se trata de una modalidad contractual según la cual:

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

"Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: *(i)* su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona

---

*'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden'.*

"En otras oportunidades se ha expresado: *'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...'.* Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de diciembre de 1995; C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, C.P: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619."

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

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

[123] "Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470."

[124] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006; C.P.: Alier E. Hernández Enríquez. Radicación: 11001032600019950307401; Expediente número: 13074."

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

natural o jurídica que toma el nombre de concesionario *(ii) es* el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; *(iii)* hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público[126]; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80:

> «a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
>
> b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
>
> c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
>
> d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
>
> e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
>
> f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
>
> g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.
>
> Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato»[127].

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

> "De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:
>
> 'a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona - concesionario-;
>
> 'b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
>
> 'c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
>
> 'd) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.
>
> 'Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

[126] "Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de mayo de 1999, C.P. Javier Henao Hidrón; Radicación: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público."
[127] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de diciembre 9 de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921)."

> 'e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.
>
> 'Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.
>
> 'f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.
>
> 'g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.
> (…)
>
> 'La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.
>
> 'Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión'[128].

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

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

> '… no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y

[128] "Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996."

> financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública'[129].

"Y la tercera modalidad de concesión en referencia, la *concesión de bien público*, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público ─sea fiscal o de uso público─, comoquiera que puede *'ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión'*[130].

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

> '… la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudirse a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.
>
> En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, *no significa que las concesiones de otra especie* como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas.
>
> En este orden de ideas, *el contrato de concesión no sólo se celebra para la prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público*…'[131] (énfasis añadido).

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

---

[129] "Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., p. 16."

[130] "Idem. La doctrina ha explicado los elementos diferenciales entre el contrato de concesión de obra, de concesión de servicios públicos y el de obra pública, en los siguientes términos:
'*En el contrato de obra pública el contratista simplemente ejecuta la obra y recibe el precio, con lo cual queda terminado el vínculo contractual. En la concesión de obra pública, el concesionario construye la obra y luego, durante un tiempo, tiene a su cargo la percepción de los derechos por su utilización. Finalmente, en la concesión de servicio público el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando se requiere la construcción de una obra, ésta constituye solamente un aspecto secundario, aunque importante, de la concesión del servicio, y por lo tanto queda englobado en esta'. Cfr.* Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, p. 121."
"El mismo autor -Op. cit., p. 16- explica las diferencias entre la concesión de uso de bienes públicos y la de servicios públicos, en los siguientes términos:
'*La concesión de uso de bienes públicos es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. Se diferencia de la concesión de servicio público en su objeto. El punto es claro. Pero ambas están muy vinculadas, porque la mayor parte de las concesiones de servicio público requieren la utilización especial de bienes de dominio público y por ello envuelven también una concesión de esta clase.'*
"Para Rufián Lizana, por su parte, '*la concesión de obras públicas es una suerte de combinación entre el contrato de obra y la concesión de servicios, por el cual el privado se compromete a financiar y a realizar una obra nueva, a conservarla o repararla y a explotarla y la remuneración proviene del producto de la explotación de la obra. No obstante, en alguna medida puede ser también una concesión de uso público puesto que el privado puede recibir instalaciones existentes, por las que puede realizar un pago a la Administración, y financia y realiza su renovación y las utiliza para proporcionar un servicio, siendo remunerado por la venta de ese servicio'.* Cfr. Rufián Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 17-18."

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

*en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión*[132]*…'*[133].

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

> 'La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas'[134] (énfasis añadido).

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

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

---

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

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

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

[135] "Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993."

[136] "Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 559."

"En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del 'precio' pactado -equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra-, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido.

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

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

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

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

"En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión -sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes- son los siguientes: *(i)* la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; *(ii)* el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; *(iii)* el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente

podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, *´puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden'* -artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993- y *(iv)* los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato."

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

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

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

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

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

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

"La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto 'bajo la vigilancia de la entidad contratante' se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.[139] Como se indicó en la Sentencia C-250 de 1996, esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, exige diferenciar entre '(…) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).' La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer

[137]"Ver, Grimsey, Darrin y Lewis K, Mervin. 'Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views' *Accounting Forum* Vol. 29 (2005)."
[138]"Ver Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 del 29 de abril sobre concesiones en el derecho comunitario europeo, citada por Fernández Romero, Francisco José y López Jiménez, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En 'Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública'. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. p. 40."
[139]"Ver Sentencia C-250 de 1996."

aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.

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

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

"2.1.1.2. Recientemente, la Ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las 'asociaciones público privadas' proveniente de la literatura internacional[142]. Su artículo 1° define estas asociaciones como '(…) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.' A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la Ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.

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

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

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

---

[140]"Ver sentencia C-250 de 1996."

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

[142]"Ver, Graeme A. Hodge & Carsten Greve 'Public–Private Partnerships: An International Performance Review'**, "**Public Administration Review" Volume 67, Issue 3, (May|June) 2007."

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

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

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

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

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

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

"Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra.[145] Como el

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

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

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

concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.[146]

"El contrato también se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra**[147]**,** mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.[148] En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

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

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

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

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

> 'Artículo 30. Del Contrato de Concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.
>
> Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula para las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.
>
> La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien, a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.
>
> En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.
>
> Parágrafo 1. Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.
>
> Parágrafo 2. Los contratos a que se refiere en inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4o. del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

---

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

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

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

> Parágrafo 3. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.'
>
> "Adicionalmente, el artículo 31 permite la titularización de los proyectos junto con la administración de los recursos mediante patrimonios autónomos, con el fin de asegurar las inversiones necesarias para su financiación. Por su parte, el artículo 32 ibídem establece que en estos contratos solamente se puede hacer uso de las cláusulas excepcionales de modificación, interpretación y terminación unilaterales, y únicamente mientras el concesionario cumple la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación. Por último, el artículo 33 dispone, en materia de remuneración, que la entidad concedente puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad, o acordar que cuando los ingresos de la concesión sobrepasen cierto tope, los excedentes se trasladen a la entidad contratante, se empleen para reducir el plazo de la concesión o se utilicen para financiar obras adicionales dentro del mismo sistema vial."

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

> "… el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.
>
> "El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.
>
> "Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden -artículo 32, numeral 4°[150]-."

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

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

---

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

[150] (…) // En otras oportunidades se ha expresado: *'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...'*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de diciembre de 1995, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619."

"La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se 'comete' o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de '*derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.'*

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

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

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

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

- La Ley 105 de 1993, concede a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios autorización expresa para el establecimiento de peajes y/o valorización (artículo 30), a fin de que constituyan la fuente o modo de recuperación de la inversión del contratista – concesionario.

- Ordena la misma norma que *'la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.'*, prohibiendo su variación sin el consentimiento del concesionario. El incumplimiento de esta estipulación, acarreará a la entidad contratante responsabilidad civil, en los términos prescritos en la ley vigente.

- En materia de facultades excepcionales o exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales, el legislador fue especialmente restrictivo, limitando temporalmente el ejercicio de las mismas al período en que *'el concesionario cumple con la obligación de las inversiones de construcción y rehabilitación a las que se comprometió en el contrato'* ( art 32), prohibiendo de esta manera el ejercicio de dichas potestades durante el período de la operación de la obra pública, toda vez

que es durante el mismo que el concesionario está llamado a recuperar la inversión realizada. De permitirse, de alguna manera se estaría negando el mandato legal que prohíbe la variación unilateral de la fórmula de recuperación de la inversión pactada en el contrato, esto es, sin el consentimiento del concesionario.

- De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 105/93, destaca el Tribunal la autorización legal que la norma confiere a la Nación, departamentos, distritos y municipios para *'aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión',* recursos que el ente público contratante estará habilitado para recuperar '*sólo cuando el concesionario haya recuperado la inversión realizada'*, con los ingresos provenientes de la operación de la obra. Así lo ordena el parágrafo 3 del artículo 30 de la misma ley, que dispone la destinación de los ingresos provenientes de la operación de la obra concesionada *'en su totalidad'* al concesionario privado, con el único fin de que éste obtenga el retorno del capital invertido en ella, en el plazo contractual fijado a este efecto"

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

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

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

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

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

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

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

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

"h.- En preservación de la integridad de la contraprestación e inversión del concesionario, el artículo 33 de la Ley 105 de 1993, permite la estipulación de garantías de ingreso mínimo con cargo a recursos del presupuesto nacional, disponiendo: 'Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos

adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.'

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

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

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

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

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

"En derecho público, la voz concesión denota la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, permiso, licencia, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).[59][151]

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

"Por el contrato estatal de concesión[60],[152] una parte denominada Concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a otra llamada Concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

"Trátese de contrato con *nomen,* tipicidad y disciplina *legis, intuitus personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.[61][153]

"La prestación, operación, explotación, organización o gestión de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución (arts. 1501, C.C. y 898 [2], C. de Co.), configuran elementos esenciales del contrato estatal de concesión. La retribución, podrá consistir en suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, *'en derechos, tarifas, tasas, valorización […] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden',* no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)[62],[154] usualmente proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual.[63][155]

(…)

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

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

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

---

152 "[60] Artículo 32, numeral 4º de la ley 82 de 1993, preceptúa: 'Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden'."

153 "[61] Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996; Sentencia C-711 de 1996; Sentencia C-126 de 1998; Sentencia C-350 de 1997; Sentencia C-647 de 1997; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994; André De Laubadere., "Traité du Droit Administratif". París. 1934. Tit. I-, M. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagués Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708."

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

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

"… La figura de la concesión de derecho público es muy antigua y ella se explica en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar una obra y la necesidad de asegurar la buena gestión en su construcción y conservación. Así surgen las concesiones europeas del siglo XVI[219][156]. En derecho colombiano las concesiones son también muy antiguas, es el caso por ejemplo del ferrocarril de Panamá de 1850 y de la concesión para construir y explotar el canal de Panamá de 1878, y también se explican en muchos casos por la incapacidad del estado de financiar obras que pueden adelantar los particulares y por la necesidad de asegurar su conservación.

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

> *4º Contrato de Concesión*
>
> *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede constituir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

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

"En primer lugar, la concesión se define por su objeto que es la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios o uso público. De esta manera, puede haber concesión de servicios, concesión de obra o concesión de bienes públicos.

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

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

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

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

"En este punto es pertinente recordar que de acuerdo con la doctrina clásica el contrato de concesión de obra pública se caracteriza porque la remuneración del concesionario por razón de la obra no es pagada por la administración pública directamente sino por los administrados que la utilizan o se benefician de ella[220][157]. A esta misma idea se refiere el comisario del Gobierno en el célebre fallo de la compañía de Gas de Burdeos del Consejo de Estado Francés del 30 de marzo de 1916 en el cual se dijo que la *'concesión es el contrato por el cual se le encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costo, con o sin subvención, o con o sin garantía, y que se remunera confiándole la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público, con el derecho de recibir los pagos de los usuarios de la*

[156] "[219] Xavier Banzancon. Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Ed. LDGJ. Paris, 1999, p. 6"
[157] "[220] En tal sentido Héctor José Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ed Depalma. Buenos aires 1979. Tomo II, p. 302. En el mismo sentido Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo Buenos Aires. 1970 Tomo III-B, p. 528"

*obra o aquellos que se benefician del servicios público'*. En este sentido, tradicionalmente el Consejo de Estado Francés había señalado que un elemento esencial de la concesión consiste en que la remuneración del concesionario provenga de los pagos realizados por los usuarios[221][158]. Sin embargo, la doctrina más reciente se plantea si puede haber concesión aún en aquellos casos en que los ingresos no provienen de los usuarios, pues dicha Corporación ha reconocido la existencia de concesiones por ministerio de la ley en las cuales los ingresos del concesionario no tienen este origen. En este sentido se ha señalado que el hecho de que los ingresos del concesionario provengan de los usuarios no es un elemento esencial, sino que lo que importa es que el concesionario obtenga su remuneración de la explotación del servicio[222][159].

"En este sentido en el derecho europeo contemporáneo se ha precisado que la concesión de obra se distingue del contrato de obra por la forma de remuneración, por cuanto según la directiva de la Comunidad Económica Europea 2004/18, en la concesión la contrapartida de los trabajos consiste en el derecho de explotar la obra, o en dicho derecho y un precio.[223][160] A tal efecto dispone la Directiva europea que la concesión es *'un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago'*.

"De esta manera, dice la doctrina, la concesión puede ser distinguida del contrato de obra por los riesgos[225][161] pues en *principio 'se trasladan al concesionario privado los riesgos de construcción, explotación y financiación de la obra pública"[225][162]*. Así resulta de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las Concesiones en el derecho comunitario en la cual se señala entre otras cosas[226][163] *'Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento'*. Igualmente se indica allí *'Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas – cobradas directamente al usuario de la obra – sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio'. 'Las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como <<riesgo económico>>, son inherentes al fenómeno de las concesiones'*.

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

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

"En todo caso, como ya se ha visto desde su origen más remoto la concesión implica la asunción por el concesionario del riesgo de construcción, explotación y financiación. Es claro que los riesgos que se asumen son los riesgos normales, pues frente a riesgos extraordinarios opera el principio del

---

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

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

160 "223 Laurent Richer. Droit des Contrats Administratis. 8ª Ed LGDJ. Paris 2012, p. 563"

161 "224 Richer ob cit, p. 564"

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

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

equilibro económico del contrato. Para que opere este principio será necesario que claramente se establezca que la ruptura del equilibrio no es originada de una manera u otra por la conducta del propio contratante.

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

"Por otra parte, el contrato de concesión, desde el punto de vista de las reglas aplicadas a todos los contratos se caracteriza por ser bilateral y oneroso. Ahora bien, se ha discutido si el contrato de concesión es conmutativo o aleatorio. Para el Tribunal dicha calificación no se puede aplicar de manera tajante y sin distinción al contrato de concesión, pues el concesionario asume ciertos riesgos o ciertas aleas, y no podría entonces reclamar a la administración si ellas se presentan, pero al propio tiempo existen otros aspectos que no debe soportar el contratista y en particular el alea anormal, respecto de la cual tendrá derecho al restablecimiento del equilibro. Por consiguiente, lo fundamental es tener en cuenta los principios que inspiran el contrato de concesión y la distribución de riesgos que ello implica y las partes estipulen.

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

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

**"B. Los Riesgos en el Contrato de Concesión de Obra Pública**

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

"Es precisamente la marcada influencia del riesgo en la concesión, como elemento de su esencia[227][164], uno de los aspectos que permite diferenciarla de otros tipos contractuales, pues en el marco del negocio concesional es el particular contratista quien tiene la responsabilidad de gestionar la obra o el servicio correspondiente a fin de obtener por esta vía el retorno de la inversión, sometiéndose así a los resultados positivos o negativos que llegue a presentarse durante el plazo de ejecución, incluyendo

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

las diversas contingencias que eventualmente pueden impactar las proyecciones financieras estimadas en un principio.

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

> *'El principio básico de la concesión, y en general de todos los procedimientos privados de ejecución de infraestructuras deriva de que el riesgo económico del mismo ha de ser asumido mayoritariamente por el concesionario.* ***La propia Comisión Europea ha insistido en la esencialidad del riesgo dentro del esquema concesional:*** *'si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de derecho comunitario'*[228][165] –destaca el Tribunal-.

"Es sabido que los riesgos contractuales refieren a contingencias o sucesos inciertos o sobrevinientes que tienen la virtualidad de alterar potencialmente el sinalagma funcional del contrato[229][166], haciendo más gravoso o impidiendo definitivamente la obtención del resultado buscado, más aun cuando se trata de relaciones negociales cuyo plazo se extiende en el tiempo como es el caso del contrato de concesión de obra pública, el cual supone que "*[e]l Estado debe permitir que el concesionario explote la obra construida durante un término que le permita cubrir las cargas del capital, es decir, amortización e intereses del capital invertido y los gastos de exploración que tuviere'*[230][167].

"El acaecimiento de estas contingencias puede afectar las proyecciones o estimaciones plantadas por los contratantes al inicio de la concesión, repercutiendo eventualmente en las condiciones técnicas y financieras del contrato y en particular en la ecuación económica preestablecida. Por tal motivo, atendiendo a la naturaleza conmutativa y onerosa que es inherente al contrato de concesión[231][168], suscita importancia que desde un inicio sean valorados e identificados los riesgos que puedan presentarse durante las etapas de ejecución contractual a fin de precisar aquéllos que corresponden al Estado, los que pueden ser asumidos por el particular contratista y cuáles definitivamente no pueden trasladarse al concesionario en forma válida[232][169].

"Es tal la importancia de lo anterior que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4[233][170] estableció como regla de imperativo cumplimiento la *distribución de riesgos en los Contratos Estatales,* de forma tal que en los respectivos pliegos de condiciones en la denominada audiencia de riesgos deberá establecerse lo concerniente a su estimación, tipificación y asignación, pretendiendo con ello la mitigación o atenuación de los efectos generados con la ocurrencia de tales hechos contingentes, al asignarlos a la parte que esté en mejores condiciones para contratarlos o manejarlos[234][171].

"Si bien la disposición en comento no aplica para el caso concreto al ser posterior al contrato de marras, permite evidenciar que la tipificación de los riesgos en el marco de la contratación pública, así

---

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

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

[167] "[230] Díez, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 129"

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

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

[170] "[233] Art. 4, Ley 1150 de 2007: *'De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir le estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación'.*
*'En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.'"*

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

como su correcta dosificación y asignación durante la etapa precontractual, constituye materia crucial y del todo determinante para posibilitar la debida ejecución del contrato y la satisfacción de su correspondiente objeto, ya que así habrá claridad *ex ante* sobre el manejo de las contingencias que puedan presentarse durante el plazo de duración. Así lo ha concluido la doctrina extranjera al señalar de manera puntual que:

> *'La concesión como contrato aglutina, en gran medida, toda la historia de este modo de gestión y de intercambio de recursos para la producción de bienes públicos. 'Una de las principales funciones de los contratos –dice MARCOU- es repartir los riesgos entre las partes', lo cual es una forma de condensar lo que la sabiduría jurídica convencional entiende por contrato: que es fuente de obligaciones y de derechos o, dicho de otro modo, que es una suerte de correlación entre los riesgos y las retribuciones de cada una de las partes. (…)*
>
> *'Hay un elemento no siempre considerado y al que prestaremos aquí una atención especial: la vinculación entre asignación de riesgos y retribuciones que todo contrato procura y la estructura de incentivos que una determinada modalidad contractual –en nuestro caso la concesión de obra pública- lleva ínsita en cuanto institución. Cualquier insistencia en esta última idea es poca: los contratos permiten un intercambio eficiente y justo de recursos cuando las retribuciones y pérdidas que las partes obtienen guardan correlación estricta con los riesgos que les son asignados y con la diligencia que deben poner en práctica para controlarlos, de manera que la materialización del riesgo supone una pérdida y su efectiva contención una ganancia.'*[235][172] –Subrayado del Tribunal-

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

"Por esta regla merece una precisión en el sentido de considerar que, si bien el concesionario ejecuta el respectivo contrato por su cuenta y riesgo, esto no supone que los riesgos que a él correspondan sean asumidos de manera ilimitada y menos aún que este contrato conmutativo varíe su naturaleza a la de un negocio absolutamente aleatorio. Hay que entender a este respecto que el contratista particular que asume los riesgos en el marco de una concesión lo hace en condiciones de normalidad o previsibilidad, en otras palabras –como lo define RAMÓN PARADA-, los riesgos del concesionario se asumen o se moderan en una *'proporción sustancial'*[236][173]

"Los riesgos que corresponden al concesionario se asumen entonces en condiciones de regularidad, de ahí que se denominen como riesgos corrientes, razonables, proporcionados o equilibrados, de manera que su alcance o aplicación no puede extenderse en forma abstracta, general e ilimitada, pues sería inadmisible '…*que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura del contrato'*[237][174].

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

> *'La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que, en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o*

[172] "[235] Ruíz Ojeda, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra, 2006, pp. 272."
[173] "[236] Parada, Ramón: Derecho Administrativo, Tomo II, 21ª edición, Open, Madrid, 2014, p. 264."
[174] "[237] Laudo arbitral proferido el 21 de noviembre de 2006, dentro de las controversias surgidas entre la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil y Cadad. Así mismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 9 de 1996, CP. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10.151. Tampoco asume el concesionario los riesgos de un '… *álea' anormal, irregular, extraordinaria o 'acontecimiento –excepcional- que frustra o excede los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato',* ni los de sucesos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles al instante de la celebración del mismo, los derivados del incumplimiento de éste por la entidad estatal, de sus actuaciones u omisiones imputables o de sus actos administrativos y decisiones generales o particulares ulteriores. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 1999)"

*extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados'.*[238][175]

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

'*La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgo el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habrá obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales.'*[239][176]

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

"En términos precisos y resumidos, el Doctrinante Héctor Jorge Escola concluye sobre el particular que, *'…si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente'*[240].[177]

"Estos postulados permiten entender el abandono de la concepción del '*riesgo y ventura'* como teoría de asignación de riesgos respecto del contrato de concesión y, en general, frente a la contratación de la Administración Pública[241][178], pues bajo los postulados de este esquema, que se fundamentaba en una interpretación extrema de los principios *lex contractus y pacta sunt servanda,* el contratista tenía que soportar la mayor onerosidad que llegare a presentarse durante la ejecución, sin poder exculparse en razones de anormalidad o imprevisibilidad para liberarse de sus obligaciones y sin tener derecho a que se incrementara el precio inicialmente pactado que le permitiera cubrir tales desequilibrios, pues *'… los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista'*[242].[179]

"Los riesgos constituyen en estos términos un elemento de la *esencia* de la concesión, en cuyo marco son atribuidos al contratista aquéllos inherentes a su negocio o actividad comercial, vale decir, los que se encuentran en su órbita de manejo y control, criterio que debe ser tenido en cuenta para definir el esquema de riesgos del negocio y para valorar la tipificación, estimación y asignación de los mismos, entendiendo que '…*una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Ello se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla'*[243].[180]

"Sobre este particular aspecto se ha referido la jurisprudencia indicando de manera diáfana cuáles son entonces los riesgos que debe asumir el contratista del Estado, precisando en este sentido que dada su condición de conocedor del negocio y su experiencia en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio de que se trate, deberá asumir aquellos riesgos inherentes al negocio mismo, a su propia actividad empresarial. Según el H. Consejo de Estado:

---

[175] "[238] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151."

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

[177] "[240] Escola, Hector Jorge: Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1977. pp. 453."

[178] "[241] Así lo ha concluido la doctrina al señalar que, '…*en la actualidad, debido a un cambio en la concepción de las relaciones económicas entre administración y particulares, el riesgo y ventura ha dejado de ser una carga obligacional, en virtud de la cual se transfieren en cabeza del contratista todos los eventos punibles y dañosos susceptibles de ser tratados como riesgo, para convertirse en un privilegio o trato en su favor.*
*Lo anterior, en razón de la común aceptación de no permitir, en ningún evento, la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios recibidos con la prestación adeudada, y con las cargas sufridas con su ejecución. Y, también por el hecho de que en derecho administrativo el istum pretium es una realidad jurídica, dado que la fijación del precio es una situación anterior a un acto de disposición de la Administración, que se encuentra regido por el principio de legalidad objetiva.'* (Urueta Rojas, Juan Manuel: El contrato de concesión de obras públicas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 97)"

[179] "[242] García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás-Ramón: Ob. Cit. pp. 729."

[180] "[243] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra."

*'…es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas perecen para el dueño.*

*'Y es que la ecuación financiera del contrato puede verse afectada a) por incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato; b) porque en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas que si bien no tocan la relación directamente la afectan negativamente y c) por factores externos, surgidos durante la ejecución, pero paralelos a esta, posteriores a la celebración y ajenos a las partes, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio contractual*[244][181]*. En este último caso, circunstancias imprevisibles que por lo mismo no pueden entenderse comprendidas en la relación contractual.'*[245][182]

"De acuerdo con lo anterior, los riesgos pueden distinguirse en *(i) internos empresariales* y *(ii) externos anormales,* siendo los primeros aquellos inherentes al objeto de la organización misma del concesionario, 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[246].[183]

"Por el contrario, se entiende por *riesgo externo o anormales* aquellos ajenos a la esfera del concesionario, de ocurrencia extraordinaria y de difícil –casi imposible- previsión y que llevan a que la ejecución del contrato sea más gravosa –aunque no irresistible[247][184] -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 1° de la Ley 80 de 1993[248][185].

"En Conclusión, la asunción de riesgos por parte del concesionario se circunscribe siempre a aquéllos que son previsibles, ordinarios o normales, de forma que nunca podrán atribuirse estas contingencias en condiciones absolutas o extraordinarias, pues nadie estás obligado a lo imposible. En todo caso, habrá que tener en cuenta que, '…*todo empresario ha de aplicar sus habilidades con diligencia para controlar los*

[181] "[244] Cita del original: '*Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra"*

[182] "[245] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercero, Subsección B, Sentencia de seis (6) de diciembre de 2013, Exp. 21. 613, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo"

[183] "[246] Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha señalado: '[h]abría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorable a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podria (sic) trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asumen deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos'. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007, Exp.15.475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)"

[184] "[247] La 'irresistibilidad' como característica propia de la fuerza mayor –artículo 1º, Ley 95 de 1890-, no es aplicable tratándose de la 'teoría de la imprevisión', pues en esta última, pese a que la ejecución del contrato se vuelve más gravosa debido a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, sí puede cumplirse el objeto contractual."

[185] "[248] Art. 5, Ley 80 de 1993: 'De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta ley, los contratistas:

'1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

'En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibro de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato'."

*riesgos que le han sido asignados ya que, de no resultar así, las consecuencias negativas de la materialización de la incertidumbre se traducirán en una pérdida o en un menos beneficio'*[249].[186]

"La doctrina y la jurisprudencia han identificado distintas clases o tipos de riesgo en relación con el contrato de concesión, atendiendo a su alcance, su objetivo y los efectos que generan. Entre estos riesgos pueden enunciarse: *i)* el financiero; *ii)* el cambiario; *iii)* el crediticio*; iv)* el riesgo constructivo; *v)* el riesgo de operación; *vi)* el riesgo por cambios de ley o regulatorio; *vii)* el riesgo político; *viii)* el riesgo ambiental; *ix)* el riesgo comercial y *x)* el riesgo de adquisición de predios; entre otros."

Similares consideraciones a todas las anteriores hizo el Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento de la sociedad Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-.

## CONCLUSIÓN

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto en este segundo apartado y sin perjuicio de lo que se verá más adelante en el cuarto apartado, el Tribunal itera que el Contrato No. 0664 de 1994 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, luego cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE, es un Contrato de Concesión de Obra Pública o de Infraestructura Vial, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Ley 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen y que corresponde a los Proyectos Viales de Primera Generación; cuyo objeto es la elaboración de Estudios, Diseños Definitivos y Obras para la Rehabilitación, o para la Construcción, o para la Construcción y Mantenimiento del Proyecto de Infraestructura Vial para el Norte de Bogotá – obligaciones que deben ejecutarse por cuenta y riesgo del Concesionario-; para cuya ejecución se pactó un plazo fijo en sus distintas Etapas de Diseño y Programación, de Construcción y de Operación; concesión que se cometió a un particular, quien se hizo cargo de la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario; el cumplimiento del objeto contractual debió llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente; en él se pactó una garantía de ingreso mínimo utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva, al tiempo que se acordó que cuando los ingresos sobrepasaran un máximo, los ingresos adicionales serían utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial; en él se pactó la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes y se contemplaron tres posibles sistemas para el mantenimiento y/o el restablecimiento de su equilibrio financiero en caso de que se produjera su ruptura: i) el aumento en el plazo de la etapa de operación, ii) el aumento de las tarifas de peaje durante la etapa de operación, o, iii) las compensaciones con recursos del presupuesto de la entidad concedente.

Como se verá en el cuarto apartado, tales características principales no mutaron con la suscripción hasta la fecha de los sesenta (60) documentos contractuales adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos.

[186] "[249] Ruíz Ojeda, Alberto: La concesión de obra pública, Thomson – Civitas, Navarra. 2006, pp. 265."

# 3. SOBRE LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO ESTATAL Y SU EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO, LA OBLIGACIÓN DE CONSERVARLO, SU RUPTURA Y LA OBLIGACIÓN DE RESTABLECERLO

## 3.1. SOBRE LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO ESTATAL Y SU EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO

La Ley 80 de 1993 exige el pacto sobre la ecuación económica y financiera del contrato y con ella la determinación de su equilibrio, en los siguientes términos:

> **Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas.** Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:
>
> 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada…
>
> **Artículo 27. De la ecuación contractual**. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso…
>
> **Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales**. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Así mismo, el artículo 40 de la misma Ley establece:

> **Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.
>
> Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.
>
> En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.
>
> (…)

Así, por todos es aceptada, por regla general, la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, de conformidad con el artículo 1498 del Código Civil, "*el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…*"

Por lo tanto, lo que delimita la citada naturaleza del contrato estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación del mismo, esto es, que exista un cierto equilibrio en la economía del acuerdo, por lo demás oneroso o lo que es lo mismo, útil para las partes contratantes y, por lo tanto, no aleatorio, conmutatividad que supone simetría en las prestaciones que integran las

obligaciones recíprocas que se desprenden para ellas y, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia contenciosa administrativa, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática.

Surge así, el llamado principio del equilibrio financiero del contrato o el de la honesta equivalencia de prestaciones, con el que se privilegia el carácter conmutativo o sinalagmático que, por regla general, se repite, tiene el contrato estatal, especialmente en aquellos casos de ejecución a mediano o largo plazo, lo que significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte contractual se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.

Precisamente sobre el particular, en sentencia del 7 de febrero de 2011, el Consejo de Estado[187] señaló:

> "En la teoría del negocio jurídico y, específicamente, en relación con los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica, siempre ha existido una tensión permanente en la aplicación del principio *pacta sunt servanda*[188] (artículos 1618 y 1624 del Código Civil) y el postulado del *rebus sic stantibus*[189]*;* el primero, clara expresión de un modelo liberal en el que las partes libremente se vinculan y obligan a una serie de prestaciones que deben ser cumplidas en los precisos términos estipulados en la convención, mientras que el segundo, obedece a una visión social y, principalmente, solidaria del contrato, en donde la ejecución de las obligaciones atiende a las diversas circunstancias que pueden llegar a modificar las condiciones iniciales del acuerdo de voluntades.
>
> "En consecuencia, la tensión que se aprecia en el trasfondo de la problemática reside en los principios de conmutatividad y la autonomía de la voluntad en el contrato estatal. Lo anterior, como quiera que ambos postulados, con puntuales matices, tienen aplicación en la contratación pública, razón por la que es necesario adelantar una precisa articulación e interpretación de los mismos, en aras de la satisfacción del interés público.
>
> "Dentro de este panorama se inserta la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, en los términos del artículo 1498 del Código Civil, '*el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…*' En consecuencia, lo que delimita la citada naturaleza del negocio jurídico estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática.
>
> "Por lo tanto, la conmutatividad supone simetría en las prestaciones que integran las obligaciones recíprocas que se desprenden para las partes, sin que esa circunstancia suponga en todos los casos asegurar la utilidad al contratista; en otros términos, es posible que en un contrato conmutativo al margen de la satisfacción de los intereses inherentes al acuerdo, se presenten pérdidas económicas para cualquiera de las partes puesto que esa posibilidad es inherente a cualquier negocio jurídico.
>
> "Ahora bien, según la doctrina autorizada[190] se está frente a un contrato conmutativo cuando se reúnen tres requisitos: i) que sea oneroso o útil para todos los contratantes; ii) que no sea aleatorio, es decir, que esa ganancia o beneficio pueda ser apreciada desde el momento mismo de la suscripción del contrato, y iii) que este último produzca prestaciones que se miren o aprecien como equivalentes entre sí, esto es, que determinen un cierto equilibrio en la economía del acuerdo.

---

[187] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Enrique Gil Botero. Sentencia del 7 de febrero de 2011. Expediente: 85001-23-31-000-1998-00071-01 (17.663). Actor: Inconstruc Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías "INVIAS"

[188] "Los pactos han de observarse."

[189] "Estando así las cosas"

[190] "Cf. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta Eduardo, 'Teoría general de los actos o negocios jurídicos', Ed. Temis, Bogotá, 1983, p. 65."

"Acerca de la conmutatividad del contrato estatal, como elemento de la naturaleza del mismo, la doctrina con especial sindéresis ha precisado:

> 'Pertenece hoy a la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. El álea no existe ya en ellos. Su ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que no cuenta y permite el rechazo de la teoría del contrato a 'riesgo y ventura'.
>
> 'Por lo pronto, en la concesión de servicios públicos, la intervención de la Administración Pública en las tarifas impide al concesionario la obtención de beneficios aleatorios extraordinarios. Las tarifas se fijan conforme a un standard de 'justas y razonables' atendiendo a los dos factores en juego: el usuario y el concesionario. Y cuando aun así, la aparición de factores imposibles de prever en el momento de celebración del contrato, hacen excesivamente onerosa la obligación del último, la teoría de la imprevisión interviene para restablecer el equilibrio.
>
> 'Lo mismo ocurre con el contrato de obra pública, el de concesión de obra pública y el de suministro. Los mayores costos producidos por el alza desmedida de los materiales y de la mano de obra, ya no es causal de quebranto; son factores que se reconocen al contratista en un reajuste de precios que permite antes que nada y sobre todas las cosas, la ejecución de la obra o la provisión convenida. La Administración pública no saca provecho de esos factores, no expolia a su colaborador voluntario, ocasionado o de todos los días. El Estado no persigue propósitos de lucro; su fin es otro: dar cumplida satisfacción a las necesidades públicas colectivas.
>
> 'Es lo que consagran en nuestro derecho las normas que acogen, entre nosotros, la teoría de la imprevisión.'[191]

"Como se aprecia, el paradigma del contrato estatal difiere, en este aspecto, sustancialmente del de naturaleza privada, toda vez que en este último las partes buscan la satisfacción de intereses personales y, siempre que se respeten los postulados de orden público y de la buena fe, es posible que alguno de los contratantes llegue a soportar una pérdida económica significativa derivaba del mismo negocio, razón por la que no devenga aplicable la teoría del restablecimiento económico del contrato. *Contrario sensu*, al mediar el interés general en el contrato estatal, la administración pública no persigue un objetivo particular o individual sino el cumplimiento de los propósitos públicos; en esa medida, la finalidad consiste en la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un escenario de eficiencia[192].

(…)

"Ahora bien, la conmutatividad del contrato estatal, se insiste, no quiere significar exactitud matemática de prestaciones o que se tenga que garantizar al contratista la utilidad esperada en todos los eventos. En consecuencia, es posible que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de conmutatividad una de las partes soporte una pérdida económica puesto que es propio de todo contrato –inclusive los estatales– un álea normal que debe ser asumido por la parte que lo soporta. No obstante, cuando el álea se torna anormal e inesperado para los sujetos contratantes, es necesario restablecer el equilibrio económico so pena de que se afecte gravemente la ejecución del contrato y, consecuencialmente, el interés público ínsito a este tipo de convenciones o acuerdos de voluntades."

Y como también lo ha señalado la jurisprudencia, la razonable contraprestación económica es la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes, a prestar los servicios o a construir las obras objeto del contrato, según el caso, para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y al contraer el vínculo contractual, tiempo en el cual las partes conocen o

---

[191] "Bercaitz, Miguel Ángel 'Teoría General de los Contratos Administrativos', Ed. Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, pp. 352-353."

[192] "(…) la revisión de precios era el mecanismo idóneo para satisfacer la finalidad de interés público del contrato de obra pública, puesto que si la administración pública optaba por otra fórmula diferente, como la de obligar al contratista a ejecutar los trabajos al precio inicialmente pactado, necesariamente lo colocaría en una situación ruinosa que le impediría cumplir sus obligaciones, lo que entorpecería la prestación regular de los servicios públicos; o si optaba por la resolución del contrato, posteriormente tendría que contratar la ejecución de las mismas obras a los nuevos precios del mercado, lo que también sería contrario a la eficiencia administrativa.' Escobar Gil, Rodrigo 'Teoría General de los Contratos de la Administración Pública', Ed. Legis, Bogotá, 2002, p. 590."

saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones, lo que de contera obliga, a la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato por cuanto, en virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el Contrato. Sobre el particular, en la Sentencia del 31 de agosto de 2011, el Consejo de Estado[193] señaló:

> "5.1. El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.[194] Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.
>
> "De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad[195].
>
> "Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.
>
> "Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.
>
> "Así, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.
>
> "Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses

---

[193] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicón Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca. Las consideraciones aquí expuestas se reiteraron luego por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344). Actor: Industrial de Mezclas Asfálticas Ltda. - Indumezclas Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías. En idéntico sentido véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de junio de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990). Actor: Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

[194] "Como se reconoce en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública."

[195] "La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones' (se subraya). Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- A, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 1983, p. 58."

generales[196], y a la vez porque la remuneración razonable[197] del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas.[198]

"5.2. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

"Y es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

"En efecto, este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del 'equilibrio financiero del contrato' o a la 'honesta equivalencia de prestaciones'[199], con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático[200], que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.

"Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

"En otros términos, la reciprocidad en las prestaciones contractuales es un principio fundamental del contrato celebrado por la administración, que corresponde a su carácter sinalagmático, cuya aplicación en el campo del derecho público se originó inicialmente ante la necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que pudieran afectar su cumplimiento y ejecución material, en procura de armonizar el interés público con la garantía de los derechos del contratista.

"5.3. El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia

196 "Art. 2 Constitución Política."
197 "La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de éste trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista."
198 "Arts. 230, 58 y 13 Constitución Política."
199 "El 'equivalente honrado', expresión acuñada por el Consejo de Estado francés."
200 "El artículo 1498 del Código Civil señala '[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…'."

entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio[201].

"Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, 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, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

"De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*[202], ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas[203].

"En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente."

Además de lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia del 28 de septiembre de 2011,[204] señaló que:

"6.2. En las hipótesis de contratos bilaterales o sinalagmáticos, esto es, con prestaciones correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, surge una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y de equilibrio prestacional.

---

[201] "El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, preceptúa: Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento./ Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.' Igualmente, en el artículo 5 numeral 1, bajo el título de los derechos y deberes de los contratistas e inspirado en la debida realización de los fines de la contratación pública prevista en esa ley (artículo 3º *ídem*), determinó que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Y, para garantizar la inalterabilidad e intangibilidad de la equivalencia financiera de las prestaciones del contrato, la citada ley otorgó a las partes el derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; y si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. Así mismo, vid. Arts. 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14 y 28 *ibídem*."

[202] *«Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur»:* los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes- surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico."

[203] "Vid. Marienhoff, Miguel S, ob. cit. p. 469 y ss. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina."

[204] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). Actor: Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza. Demandado: Telecafé Ltda.

"Según explica Ariño[205], el equilibrio o equivalencia de prestaciones en el contrato puede tener un doble significado: primero el equilibrio material u objetivo que hace relación a la valoración económica de las prestaciones a que quedan obligadas las partes y cuyo respeto se funda en el principio de la justicia conmutativa; o, segundo, el equilibrio subjetivo o formal que hace relación al valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, estimada en una medida determinada y respetada en virtud de la autonomía de la voluntad.

"Desde épocas históricas anteriores a la codificación, siempre ha existido, en la teoría general del derecho *ius naturalista*, la aspiración al equilibrio material u objetivo mediante el justo precio (herencia de la moral cristiana y del derecho canónico) y, por ello, se admitía la rescisión del contrato por lesión del sexto (15%) y más tarde *ultra dimidium* (50%).[206] Sin embargo, el postulado de la 'libertad de pactos', inspirado en el pensamiento liberal económico posterior al Código de Napoleón (cuyos exponentes insignes fueron, entre otros, Adam Smith y Jeremías Bentham), limitó la corriente objetiva del "precio justo", en el entendido de que lo importante es la apreciación subjetiva que cada parte de la relación contractual tenga de su propio interés, según esa utilidad marginal decreciente de los bienes[207], por cuanto *'…sólo cada una de las partes del contrato sabe lo que le interesa y, si hay libertad, no existe error ni engaño y se presta el consentimiento, eso es lo justo (…). Detrás de estos criterios, estaba patente el deseo de facilitar las transmisiones de bienes (la riqueza de las naciones) y, en general, la defensa del liberalismo económico. El Código Francés admitió todavía la acción rescisoria de forma restrictiva, pues en el artículo 1654 se configuró la lesión de más de siete doceavas partes del precio como vicio del contrato, no como atentado a la equivalencia, sino como presunción del consentimiento viciado por violencia o dolo.* '[208]

"En nuestro régimen jurídico continental de derecho privado, siguiendo de cerca este desarrollo, el contrato se fundamentó en el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad negocial y la ley contractual *(lex contractus, pacta sunt servanda)*, regido bajo una equivalencia prestacional subjetiva para facilitar el tráfico patrimonial, la cual debe ser respetada, siempre que no contraríe las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.[209]

"Esto significa que, en el derecho privado, por regla general, la voluntad libremente expresada comporta que ante posibles desequilibrios en el valor real de las prestaciones, tanto al tiempo de celebrarse el contrato como en los momentos subsiguientes a su nacimiento, se esté en todo caso a lo convenido; es decir, los riesgos y vicisitudes del negocio, en principio, son asumidos por las partes en los términos inicialmente previstos porque el contrato es ley para ellas, situación que sólo puede ser variada o modificada por un nuevo acuerdo entre las mismas, o en aquellos casos en que expresamente el derecho común lo autorice o se determine la necesidad de la intervención estatal. Por ejemplo, para sancionar vicios de la voluntad (error, fuerza, dolo) o situaciones irregulares objetivas (lesión enorme)[210], o para evitar abusos de las condiciones de superioridad de una de las partes o hacer prevalecer intereses de la economía general (regulación oficial de precios de ciertos bienes y servicios), o excepcionalmente por hechos imprevistos e irresistibles que tornen en forma grave y onerosa el cumplimiento del contrato (teoría de la imprevisión, art. 868 C. Co.).[211]

---

[205] "Ariño, Ortiz Gaspar, El equilibrio financiero en el contrato administrativo, en Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal, Uniandes, 2007, pp. 61 - 62."

[206] "López Jacoiste, J.J. (2001), sobre la aporía de la equivalencia contractual en el libro homenaje a Federico de Castro, Pág. 482, citado por Ariño, Ortiz Gaspar en el estudio antes mencionado, p. 61."

[207] "Esto es el grado de satisfacción experimentado al acceder a un bien o servicio."

[208] "Ariño, Ortiz Gaspar, ob cit. p. 62."

[209] "Así, repárese que de conformidad con los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil colombiano, el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente; oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, y a su vez, conmutativo si cada parte se obliga a una prestación de dar o hacer que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, es decir, se establece una simetría o equivalencia subjetiva prestacional."

[210] "Por razones de equidad, justicia y armonía social, la legislación civil establece cuando el negocio jurídico está viciado de lesión enorme, entendida esta figura como un daño o detrimento como consecuencia de la realización de una conducta que vincula a una de las partes en condiciones de grave desequilibrio o desproporción prestacional y que, por lo mismo, es susceptible de rescisión mediante una acción cuya titularidad se reconoce al perjudicado. La lesión se presenta como una circunstancia objetiva, esto es, ajena a razones subjetivas o vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) y no está consagrada en el derecho privado en forma general para todos los contratos o negocios jurídicos, sino únicamente para algunos de ellos: aceptación de la herencia -art. 1291 C.C.-; partición de la herencia -1405-; cláusula penal -art. 1605 C.C.-; compraventa de bienes inmuebles –art. 1946 C.C.-; permuta de bienes inmuebles -art. 1958-; intereses de mutuo –art. 2231 C.C.-; hipoteca –art. 2455 C.C.-; y contrato de anticresis –art. 2466 C.C.-."

[211] "Cuyo desarrollo obedeció a las graves alteraciones del mercado de bienes y servicios después de las guerras mundiales en el siglo XX., perturbaciones económicas y sociales no previstas ante las cuales tuvo que ceder el principio *pacta sunt servanda* en los contratos por razones de equidad y justicia."

"La tensión entre las corrientes de la equivalencia material u objetiva de las prestaciones y la equivalencia subjetiva o formal, y toda la discusión en torno a las mismas no es ajena a la contratación de la administración pública.

"En el derecho público, a contrariedad de la filosofía del derecho privado, con fundamento en el interés general y la posición de colaborador que tiene el contratista respecto de las entidades públicas en el logro de los fines del Estado, se ha desarrollado con amplitud el principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, con el cual se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

"El principio del equilibrio financiero del contrato en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar -objetiva-, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

"De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*[212], ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias posteriores, ajenas extraordinarias e imprevisibles que trastoquen o alteren en forma grave la economía del contrato.

"En consecuencia, en el derecho público la concepción y régimen jurídico del contrato celebrado por la Administración tiene propósitos y en veces soluciones diferentes a las previstas para el celebrado entre particulares bajo el régimen civil o mercantil.

(…)"

Inclusive, el Consejo de Estado[213] ha considerado que, a partir de la Constitución Política de 1991, el contrato estatal va más allá de los criterios del derecho civil, que se apoyan en la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad, para incorporar postulados como la reciprocidad y la buena fe:

"El tema de la responsabilidad es de gran importancia en cuanto constituye una garantía jurídica de quienes contratan con el Estado, a través de la cual se mantienen las condiciones del acuerdo negocial y se protege el patrimonio de los particulares, de las posibles lesiones o daños antijurídicos sufridos en la ejecución del contrato, que deben ser asumidos por el Estado, de tal forma que es un mecanismo de defensa del particular para exigir sus derechos, en los eventos en que debe reemplazarse una prestación o reconocerse una indemnización equivalente.

"En la moderna teoría de los contratos, y en Colombia a partir de la Constitución de 1991, el contrato estatal va más allá de los criterios del derecho civil, que se apoyan en la autonomía de la voluntad y la

[212] "*Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur:* los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes- surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico."

[213] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 18 de enero de 2012. Radicación: 25000-23-26-000-1997-03489-01(20459). Actor: Sociedad Construacero S.A. Demandado: Caja Promotora de Vivienda Militar. En idéntico sentido véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación: 25000-23-26-000-2000-01112-01(28681). Actor: Ingeniería Construcción y Equipos S.A. Incoequipos. Demandado: Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. Coinco

inmutabilidad, para incorporar postulados como la reciprocidad y la buena fe, contenidos en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 según el cual 'En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos'.

"Entre los principios integradores del régimen de los contratos estatales, merece especial mención el de reciprocidad o equivalencia de las prestaciones, como resultado del carácter sinalagmático y conmutativo del contrato, que permite detectar las irregularidades o desequilibrios surgidos en la ejecución contractual, que deben ser corregidos para lograr los cometidos estatales ínsitos en la contratación pública.

"Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

> *'En nuestro derecho positivo, al margen de la previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4°, 5°-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.'*

"Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevistos o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -áleas anormales o extraordinarios-, ya sea que éstos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles). En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya- justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades.

"En cuanto el principio de reciprocidad de prestaciones comporta una de las bases de la estructura de los contratos administrativos y, desde esta perspectiva, desarrolla el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa, fuerza es concluir que el mismo cumple una doble función: (i) la de interpretar e integrar la normatividad que regula los contratos -determinante en la etapa de celebración como límite al principio de la autonomía de voluntad-, y (ii) la de complementar el régimen de los derechos y obligaciones acordadas expresamente por las partes en el negocio jurídico -relevante en la etapa de ejecución contractual como ordenamiento legal imperativo."

En el mismo sentido, en la Sentencia del 29 de julio de 2013, el Consejo de Estado[214] señaló que:

"25. La Sala reitera[215] que la causa del contrato estatal, esto es el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

"Como certeramente anota Cassagne en *'[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o*

[214] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642). Actor: Sociedad Producciones Telemundo Limitada. Demandado: Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica - Telecaribe Limitada

[215] Consejo de Estado, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 29 de agosto de 2012, rad. 05001232600019940231801 (20615), C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth.

*directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (…) La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil (…)* [216]

"De modo que la contratación de la administración pública está poderosamente influida por el fin que ella involucra, esto es el interés público, el que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares realizan la labor encomendada a través del contrato; y, de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad[217].

"Ahora, los contratistas concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en el derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

"De ahí que, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. Por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor. De suerte que con el vínculo se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.

"Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales (artículos 2 y 209 superior)[218], y a la vez porque la remuneración razonable[219] del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 constitucionales).

"26. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a su terminación cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

"Y justamente es esa posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato.

"En efecto, los contratistas al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder en forma desproporcionada los expresos términos del contrato, en procura de cumplir con el fin último de la contratación, lo que a su vez genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

"Este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del 'equilibrio financiero del contrato' (que

---

[216] "Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 15 y ss."

[217] "*La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones'* Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III- A, Abeledo Perrot, 1983, p. 58.

[218] "Sobre el principio finalístico de la función administrativa cfr.: Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 19526 de 2010 y 23650 de 2011."

[219] "La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de este trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista."

el Comisario de Gobierno Blum llamó *l'équation financiare*) o a la 'honesta equivalencia de prestaciones'[220], con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático[221], que, por regla general, tiene el contrato estatal, que en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo, se puede ver afectado por circunstancias imprevisibles.

"Con arreglo a este principio, las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obligan a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas y ajenas a la parte afectada.

"Este postulado encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el cumplimiento de su objeto, vale decir, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en ocasiones, es preciso adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

"Las partes, al celebrar un contrato de la administración pública, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio estrictamente matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

"Al morigerar el principio *pacta sunt servanda* con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[222], tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de presente que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no entraña la carga de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas[223].

"En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene por qué asumir un riesgo anormal que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato, ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente."

Finalmente, en sentencia del 16 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado[224] señaló

[220] "El '*equivalente honrado'*, expresión acuñada por el Consejo de Estado francés."
[221] "El artículo 1498 del Código Civil señala '*[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…'*."
[222] "*«Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur»:* los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan."
[223] "Cfr. Marienhoff, Miguel S, *op. cit.* pp. 469 y ss. Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen I, De Palma, Buenos Aires, 1979."
[224] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571). Actor: Consorcio CONDIVAL E.J.M. Demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte

"La doctrina extranjera ha definido el equilibrio financiero del contrato como *la '… relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.'* [225]

"Para la doctrina nacional autorizada la equivalencia económica del contrato es entendida como '*la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.*'[226]

"En el campo de la contratación estatal se ha considerado que '*es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le trasladó en cuanto a vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo, ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio.*'[227]

"Pues bien, en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.

"Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato 'c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes';* de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar -o incluso les impone el deber de- la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

"Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

"Al aproximar con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración[228].

"Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el

[225] "Marienhoff, Miguel. 'Contratos Administrativos Teoría General.' En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 469."
[226] "Escobar Gil, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 2000, p. 401."
[227] "Davila Vinueza, Luis Guillermo. 'Régimen Jurídico de la Contratación Estatal'. Segunda Edición. 2003. Legis Editores, p. 489"
[228] "Hoyos Duque, Ricardo. 'El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 de 1993'. Artículo en 'Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal'. Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. septiembre de 2007, p. 103."

> procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa (…)."

Así, entonces, como lo ha reiterado la jurisprudencia, ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.[229]

## 3.2. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO

Así mismo, la Ley 80 de 1993 exige mantener durante el desarrollo del Contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras del mismo, en los siguientes términos:

> Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:
> (…)
>
> 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.
>
> Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:
>
> 1. Tendrán derecho a … que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
> (…)

Complementariamente, los artículos 26, 27 y 28 de la misma Ley 80 de 1993, ordenan:

> Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:
>
> 1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
> (…)
>
> 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.
> (…)

[229] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, del 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.400-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.665-, del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.017- y del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.022 y del 25 de abril de 2012 – exp. 21.909

> Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. (…)
>
> Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Como se observa, el artículo 4 –numerales 3º y 8°- de la Ley 80 de 1993, al consagrar los derechos y deberes de la Administración y de los contratistas, establece que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y, así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.[230] De esta forma, la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público.

Por su parte, el artículo 5º de la mencionada ley, establece el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

Téngase presente también que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 determina que, en el caso del ejercicio de las potestades excepcionales, la entidad estatal deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Bajo esa misma finalidad, el artículo 27 de la Ley 80 consagró que en los contratos estatales se habrán de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes adoptarán, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así mismo, el artículo 28 de la Ley 80 señala que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se deben tener en consideración, entre otros principios, el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Este panorama normativo revela cómo el principio del equilibrio económico del contrato constituye un pilar medular de la relación que surge entre la Administración y su colaborador para la consecución de sus fines, armonía que está llamada a mantenerse durante toda la vida del negocio jurídico.

---

[230] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660) Actor: GISAICO LTDA. Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVIAS-

En suma, el equilibrio financiero del contrato, impone a las partes la obligación de mantener las condiciones de igualdad de los derechos y obligaciones de la relación contractual, lo que implica que la verificación de dicho equilibrio, les impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado y, en caso contrario, será necesario dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación -a la entidad pública contratante, al contratista o a ambos- con el objetivo de que se restablezca.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia al tenor de la cual, "Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, 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, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución."[231]

En igual sentido ha señalado que con base en la información pertinente y disponible, "las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual."[232]

Téngase presente de nuevo, como en líneas atrás quedó expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que "la finalidad de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato, no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual."[233] "Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales (artículos 2 y 209 superior)[234], y a la vez porque

[231] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicón Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca

[232] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación: 85001-23-31-000-2000-00041-01(23400). Actor: Hernán Guzmán Chacón. Demandado: Municipio de Tauramena.

[233] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Radicación 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). Actor: Carlos Arturo Campo. Demandado: EMCALI E.I.C.E.

[234] Sobre el principio finalístico de la función administrativa cfr.: Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 19526 de 2010 y 23650 de 2011.

la remuneración razonable[235] del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 constitucionales).”[236]

Con el objeto de garantizar el cumplimiento de esta obligación, en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 del 24 de noviembre de 1994, objeto de la Litis, las partes acordaron expresamente lo siguiente:

> ***“CLAUSULA TRIGESIMA SEXTA: ECUACION CONTRACTUAL. –*** Si se presenta alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula QUINTA, y cláusulas DECIMA TERCERA, DECIMA SEPTIMA O VIGESIMA del presente contrato, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1. Aumento en el plazo de la Etapa de Operación. 2. Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante etapa de Operación, por encima del incremento del Indice (sic) de Precios al Consumidor del DANE. Este incremento no podrá ser superior al 30% del Indice (sic) de Precios al Consumidor. 3. Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarán para sobre costos de construcción y déficits de la demanda. En los casos anteriores se iniciará el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3) como último recurso. El concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se deba recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por na auditoría externa. Para cubrir faltante por compra de predios o costos de interventoría se recurrirá en todos los casos al sistema (3). El instrumento o la combinación de ellos que se utilizará para la compensación, será acordado entre el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo prevalecerá la decisión del INSTITUTO una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optarse por la alternativa tres, el INSTITUTO procederá al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligado a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.

Sin perjuicio de la aplicación de este mecanismo que se hizo en varias oportunidades, de manera complementaria, en el Otrosí No. 31, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005[237], también, en acatamiento a su deber legal y contractual de hacer evaluaciones permanentes del comportamiento de la “Ecuación Contractual”, el INCO y el Concesionario se obligaron desde ese momento a aplicar los mecanismos contractuales de compensación que fueran necesarios para restablecer la “Ecuación Contractual”.

## 3.3. SOBRE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO

Si bien el principio del equilibrio económico del contrato conlleva como mandato, al que no pueden sustraerse las partes, por ser imperativo y concernir al orden público, su preservación a lo largo de la ejecución de la relación contractual, razones de interés general, de buena prestación del servicio

---

[235] La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de este trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista.

[236] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicación: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642). Actor: Sociedad Producciones Telemundo.

[237] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

a que atiende la relación contractual, así como la ocurrencia de situaciones imprevistas, imprevisibles, e irresistibles pueden generar la alteración o ruptura de éste.

En el estado actual de desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, y en estricto rigor, son cuatro los supuestos dentro de los cuales se ubica la alteración o ruptura del equilibrio económico del contrato, cuales son: el "hecho del príncipe", el "ius variandi", o "potestas ius variandi", la "teoría de la imprevisión" y la "teoría de la previsibilidad". Se aclara que tal clasificación responde a situaciones que involucran elementos conceptualmente distintos, en razón a que, quizás en aras de simplificar y facilitar la comprensión del fenómeno, la clasificación de tales supuestos parta de la alteración del equilibrio económico del contrato por la ocurrencia de la expedición de actos de la administración, indistintamente de la posición jurídica que ella ocupe frente a éste, para involucrar allí el "hecho del príncipe" y el "ius variandi", o de la ocurrencia de factores o de hechos externos o extraños a las partes de la relación contractual, para comprender allí la "teoría de la imprevisión" y la "teoría de la previsibilidad". Es necesario señalar que de acuerdo a una u otra de tales clasificaciones, el equilibrio económico-financiero del contrato puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad, o por situaciones ajenas a las partes, y que no es viable encajar en ninguna de ellas el comportamiento antijurídico de las partes del contrato, pues tal comportamiento responde al incumplimiento contractual y, por tanto, se enmarca dentro de la figura de la responsabilidad contractual.

El "hecho del príncipe" implica la toma de una decisión unilateral, en ejercicio del poder que detenta la autoridad pública, fuera del ámbito contractual propiamente dicho, que afecta la ecuación económica – financiera del contrato. Se trata de una decisión como manifestación del ejercicio del poder público atribuido a una autoridad que no se dirige a afectar un contrato en particular y que, por tanto, no es la expresión de las facultades o poderes que el Sujeto Estatal Contratante detenta, porque le han sido atribuidas por la ley, dentro del marco de la relación contractual. Tal decisión se ubica no en el ámbito de las prestaciones y contraprestaciones emanadas del contrato, sujetas a sufrir variaciones en virtud de las facultades otorgadas por la Ley al Sujeto Estatal Contratante, como ocurre en el supuesto del "*ius variandi"*, sino en el ámbito de la relación Administración – administrado, y ello, aunque tal decisión incida, en términos económicos o financieros, en un contrato estatal ya concluido.

El "ius variandi" implica o presupone la modificación del contenido obligacional surgido del contrato. A este respecto debe señalarse que del presupuesto imperativo atinente al mantenimiento de la ecuación económica del contrato a lo largo de la ejecución del mismo, no se desprende en modo alguno, que dicho contenido obligacional sea inmodificable, por el contrario, dado el interés general implícito e inherente al contrato estatal, éste es eminentemente mutable, para de esta manera ajustarlo a dicho interés general, flexibilizándose así el principio *rebus sic stantibus* que informa los contratos.

La modificación de las prestaciones contractuales determinada por el interés general y la eficiente prestación del servicio puede provenir de un acuerdo de voluntades de las partes del contrato, o en estricto sentido, del ejercicio del poder o supremacía Estatal dentro del marco de la relación contractual, como expresión de lo que el tratadista Eduardo García de Enterría, denomina el poder de autotutela y que naturalmente solamente puede detentar y ejercer el Sujeto Estatal de la relación contractual particular y concreta, precisamente por tratarse de la afectación del contenido de las obligaciones mutuas y estar circunscrito, por tanto, al ámbito de un contrato en particular, que implica la relación inter partes.

En la medida en que la modificación del contenido obligacional de una de las partes, conlleve o se traduzca en la afectación de la equivalencia económica establecida entre las correlativas obligaciones de éstas, surge la obligación de compensar en el equivalente total el valor económico de tal ruptura, para volver la relación, en términos económicos y financieros, a la situación inicial, restableciendo

así el equilibrio roto o alterado por el mutuo acuerdo de las partes o por el uso legítimo del poder que ostenta el Sujeto Estatal de la relación contractual.

El *ius variandi* como supuesto de la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal, encuentra consagración legal en el artículo 16, en armonía con el numeral 1º. del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, preceptos que consagran y regulan la llamada cláusula de modificación unilateral del contrato y la consecuente compensación económica.

La "teoría de la imprevisión" tiene como marco conceptual exclusivamente la ocurrencia de hechos materiales provenientes indistintamente de la naturaleza o de terceros y de hechos de contenido puramente económico. A los últimos algunos doctrinante los ubican bajo la denominación de álea económica y con la precisión que se trata de hechos que no imposibilitan el cumplimiento del contrato, pues de ser sí, no se trataría de una posible ruptura del equilibrio económico del contrato, sino de justificar o excusar su cumplimiento. Se trata obviamente de hechos que no provengan de las partes del contrato, es decir, que les sean ajenos y que revistan el carácter de imprevistos, imprevisibles e irresistibles, en cuanto las partes de la relación contractual estatal no los previeron y no los podían prever dentro del marco de lo razonable, y no pueden sustraerse a sus efectos.

En el primer evento –hechos materiales-, éstos pueden hacer más gravoso u oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, sin que ello implique variación alguna en el contenido intrínseco de las mismas, es decir, que la prestación de que se trata se mantiene intacta en sí misma y, en tal sentido la contraprestación acordada es y sigue siendo equivalente, pero la ejecución o cumplimiento de tal prestación se ha tornado más onerosa y los supuestos iniciales para ello han variado desequilibrando la economía del contrato. En este evento es necesario conjugar dos principios a fin de restablecer la ecuación económica alterada, cuales son, de una parte y quizá con criterio preponderante, el de la equidad, y de otra parte, el del equilibrio económico del contrato. Siendo el hecho ajeno o extraño a las partes del contrato, no es en modo alguno equitativo que sea una sola de ellas quien deba soportar la onerosidad que le implica el cumplimiento de sus obligaciones, razón para que la otra parte deba soportar en alguna proporción la carga económica adicional. Dado que una de las partes incorpora en la prestación que recibe esa mayor carga económica, será ésta quien asuma el valor de la misma, correspondiendo a la otra parte asumir el costo de su utilidad. Es ésta exactamente la solución que prevé la primera parte del inciso segundo del numeral 1º. del artículo 5º. del Estatuto de Contratación Estatal, cuando preceptúa "*Derechos y deberes de los contratistas. … en consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. …*". En el segundo evento, hechos económicos o álea económica, el problema que se plantea es similar al que ocurriría cuando en virtud de un "hecho del príncipe" la respectiva decisión repercute en la economía del contrato, incorporando en el objeto mismo de la prestación a cargo de una de las partes un mayor valor, razón para que la solución deba ser idéntica, es decir, para que la ruptura del equilibrio financiero deba ser asumida por la parte que recibe el objeto que incorpora el mayor valor, como consecuencia, en este caso, ya no de una decisión, sino de hechos o comportamientos económicos y, deba ésta, por ende, reconocer tal mayor valor a la otra parte, para restablecer así totalmente la ecuación económica del contrato.

Finalmente, y aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia se habían ocupado en forma sistemática de analizar y conceptualizar el supuesto ya no de la imprevisión, sino de la previsión, más exactamente de la previsibilidad, tal supuesto no ha sido ajeno al tema de la ruptura del equilibrio económico del contrato, dado que se trata de hechos sobrevivientes que las partes de la relación contractual pueden prever, dentro de lo que en estricto rigor constituye el álea ordinaria y, por tanto son éstas quienes deben implementar los mecanismos de ajuste económico para regular y restablecer la ecuación económica alterada al presentarse el hecho previsible. Es ésta exactamente la situación que contempla la Ley 80 de 1993, cuando en el numeral 8º en armonía con el numeral 3º. Ibídem del artículo 4º. consagra el mecanismo de la actualización, más exactamente del ajuste o reajuste de precios y que tiene como finalidad mantener la ecuación económica en los contratos a término o

plazo, ecuación que es previsible se altere, lo que es evidente en los contratos de tracto sucesivo, como consecuencia del comportamiento normal u ordinario de una economía inflacionaria.

A pesar de que como se señaló, el supuesto de la previsibilidad es inherente al tema del equilibrio económico del contrato, bajo el supuesto de hechos materiales provenientes de la naturaleza o de terceros, o de hechos económicos, previsibles aunque irresistibles para las partes del contrato, solamente con la expedición de la Ley 1150 de 2007, este supuesto de ruptura del equilibrio económico del contrato, bajo la denominación de riesgos previsibles, ha devenido en un tema de obligatorio análisis y reflexión, en la medida en que ésta es clara en señalar que los riesgos previsibles o áleas normales también configuran un riesgo que afecta la economía del contrato y, por tanto un supuesto de ruptura de la misma, riesgos que según sea su naturaleza, deberán ser asignados o asumidos por éstas.

Precisamente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 la teoría de la previsibilidad ha cobrado una gran importancia, tanto en la perspectiva doctrinal como jurisprudencial, ubicándola dentro del manejo de los riesgos que pueden presentarse con ocasión de la ejecución del contrato estatal.

Un breve recuento de la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, permite ilustrar los eventos con los cuales se produce la ruptura el equilibrio económico y financiero del contrato estatal.

En sentencia del 7 de marzo de 2011, el Consejo de Estado señaló que

> "El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y, 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión."[238]

Posteriormente, en sentencia del 25 de agosto del mismo año, el mismo Consejo de Estado[239] dijo que:

> "… como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato[240], puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.
>
> *'Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que*

[238] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683). Actor: Luis Antonio Rodriguez Melo. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá- ESP-. En idéntico sentido véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 18 de enero de 2012. Radicación: 25000-23-26-000-1997-03489-01(20459). Actor: Sociedad Construacero S.A. Demandado: Caja Promotora de Vivienda Militar.

[239] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461). Actor: Sociedad Construcciones Domus Ltda. Demandado: Empresa de Energía de Bogotá

[240] "Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el '*Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato'* Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo III -A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 524."

*razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias'.*[241]

Igualmente, en el mismo sentido, en sentencia del 31de agosto del mismo año, el Consejo de Estado[242], señaló que:

"… no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. La ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, según explica Marienhoff por tres circunstancias fundamentales:

'a) Causas imputables a la Administración en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo 'modificaciones' al contrato, sean éstas abusivas o no.

b) Por causas imputables al 'Estado', inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo.

c) Por trastornos de la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado 'hecho del príncipe' (*fait du prince*); en el tercer supuesto surge la llamada 'teoría de la imprevisión".[243]

"En reconocida jurisprudencia, el Consejo de Estado sobre el origen del rompimiento de la ecuación económica del contrato ilustró:

'[E]l equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (…)'[244]

"En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

"a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean éstas abusivas o no.

"b) Actos generales de la administración como Estado, o 'teoría del hecho del príncipe', como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.[245]

---

241 "Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinueza, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal,* Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, p. 493."

242 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicón Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca.

243 "Cfr. Marienhoff, Miguel S. Ob. cit. pp. 473-474.

244 "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, reiterada en sentencias de 29 de abril y 21 de julio de 1999, exp. 14.885 y exp. 14.943, C.P. Daniel Suárez Hernández."

245 "Es de anotar que la Sección en providencia de 29 de mayo de 2003 (exp. 14.577), luego de acoger los planteamientos que sobre el tema ha hecho la doctrina y la jurisprudencia -en especial la francesa-, fijó su posición actual adoptando un criterio estricto de la figura, según el cual 'sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante', porque 'cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión' Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, y sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque. La tesis anterior, fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003 (exp.15119), aún cuando se atemperó su rigidez en el sentido de que debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato

"c) Factores exógenos a las partes del negocio, o 'teoría de la imprevisión', o 'sujeciones materiales imprevistas', que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

"En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura."

En sentencia del 8 de febrero de 2012,[246] el Consejo de Estado reiteró las anteriores consideraciones y, además, precisó sobre el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, lo siguiente:

"…según la posición mayoritaria de la Sala[247] el hecho del príncipe es un acto o hecho de carácter general proferido por la autoridad contratante pero en desarrollo de una atribución administrativa o prerrogativa diferente a la contractual, que perturba el contrato a tal punto que impacta negativamente en la ecuación económica del mismo y por ende, produce un desequilibrio de las prestaciones que no debe jurídicamente soportar el colaborador contratista del Estado, como consecuencia de lo cual tiene derecho a que por disposición legal se le restablezca el equilibrio financiero, mediante la respectiva indemnización integral de perjuicios, por la ocurrencia del álea administrativa anormal que hace excesivamente onerosa y gravosa la ejecución del contrato.

"Así, los requisitos que deben reunirse para la procedencia de la indemnización basada en la teoría del 'hecho del príncipe', son:

"(i) Que exista un acto de carácter general expedido por el órgano o autoridad pública contratante (ley o acto administrativo) en ejercicio de una competencia diferente a la contractual que afecte gravemente la ecuación financiera de un contrato; es decir que no se dirija en forma particular, concreta o directa al contrato, aún cuando incida en él tornándolo excesivamente oneroso;

"(ii) Que el acto que genera el daño sea sobreviniente, súbito, anormal, extraordinario e imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista que resulte afectado;

"(iii) Que, como consecuencia de lo anterior, exista una relación causal entre el acto y el daño o perjuicio resarcible; y

"(iv) Que quien alegue como motivo o causa el 'hecho del príncipe', pruebe objetivamente el desequilibrio económico del contrato y la existencia de un perjuicio cierto y directo.

"Por su parte la teoría de la imprevisión consiste en el acaecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes *(guerra, crisis económica*

suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que pertenecen (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra). Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el Salvamento de Voto a la Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un 'álea administrativa' debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas."

[246] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344). Actor: Industrial de Mezclas Asfálticas Ltda. - Indumezclas Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías. En idéntico sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de junio de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990). Actor: Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

[247] "Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el Salvamento de Voto a la Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un 'álea administrativa' debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas."

*grave)*, que afectan el equilibrio de económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución (álea económica). Es un principio de derecho administrativo[248].

"La finalidad de esta teoría, basada en los principios de equidad contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal ejecución y la satisfacción del fin general propuesto con él y el de ayuda de la administración a su colaborador cocontratante sobre la base de la obtención de su remuneración justa y razonable, y cuyo nítido antecedente es la cláusula *rebus sic stantibus* -aun cuando por las particularidades del derecho administrativo se diferencia de ella[249]-, es la de retornar al equilibrio prestacional del contrato trastocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes.

"La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.

"De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista[250] son los siguientes:

"(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

---

[248] "En la contratación administrativa, la teoría de imprevisión es de origen jurisprudencial y nace como consecuencia de la grave crisis económica presentada con ocasión de la Primera Guerra Mundial que repercutió negativamente en los servicios públicos de electricidad y gas, y en particular en un contrato para suministrar alumbrado eléctrico, dado que en su explotación se utilizaba como materia prima el carbón cuyo precio presentó, poco después de iniciadas las hostilidades y la ocupación por tropas de zonas carboníferas, alzas desmesuradas e insospechadas. Fue el comisario de Gobierno *M. Chardenet* en el *Arrét Gaz de Bordeaux* de 30 de marzo de 1916 (*Cie. Générale d'Eclairade de Bordeux*) quien se refirió a ella al estudiar un contrato de concesión de electricidad en el que ante la imposibilidad de seguir suministrando el gas al precio fijado, so pena de caer en ruina, y la ausencia de una cláusula que le permitiera el aumento de las tarifas, la concesionaria Compañía General de Gas de Burdeos pidió a la municipalidad de de Burdeos autorización para aumentar el precio del servicio y así sufragar, parcialmente, los quebrantos extraordinarios que venía sufriendo. Ante el rechazo del pedimento por el municipio con fundamento en que el contrato era ley para las partes y luego por la prefectura de Gironda, el caso llegó al Consejo de Estado francés, quien expuso los elementos que caracterizan esta teoría, luego de superar más de un siglo de aplicación de la *contractus lex*, (según el cual cada parte debe soportar su álea) imperante en el derecho privado y no recurrir simplemente a los criterios de morigeración de ésta relacionados con la buena fe, la equidad, la mora, la conducta de las partes, etc. sino al tomar en cuenta que el contrato administrativo no era absolutamente inmutable, por su condición de adaptación al fin público que sirve. En resumen, adujo el Consejo Francés que (i) el alza de los precios del carbón constituía un hecho de carácter excepcional, que sobrepasaba los límites previstos por las partes al momento de contratar; (ii) que la economía del contrato se encontraba absolutamente alterada por esa circunstancia que constituía un álea extraordinario; (iii) que resultaba importante poner fin a una dificultad temporal para la continuación del servicio, teniendo en cuenta el interés general; (iv) que la compañía estaba obligada a asegurar el servicio concedido, soportando las consecuencias onerosas de la fuerza mayor, de acuerdo con una interpretación razonable del contrato; (v) que, en consecuencia, era conducente reenviar a las partes a la Prefectura para que, en caso de que ellas no se pusieran de acuerdo sobre las condiciones especiales en las que debía continuar la compañía el servicio, teniendo en cuenta los hechos, fijara el monto de la indemnización a la cual tenía derecho la compañía en razón a las circunstancias contractuales en las cuales ella habrá de soportar el servicio durante el período pactado. Este fallo luego se reiteró en otras decisiones y se difundió en el derecho administrativo en general siendo acogido en países que sufrieron severos fenómenos inflacionarios o de inestabilidad económica, configurándose así la teoría sobre la base del riesgo imprevisible en la contratación de la administración pública, cuya ocurrencia hace más difícil y oneroso el contrato, superando aquello que razonablemente las partes pudieron prever al tiempo de su gestación, con las características de anormalidad y excepcionalidad que dan derecho a exigir de la administración ayuda mediante la compensación de los gastos que se generaron en exceso. Cfr. Granadillo Ocampo, Raúl Enrique, Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, edt. Astrea, 1990, pp. 120-124. En similar sentido, Berçaitz, Miguel A, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. de Palma, 1980, pp. 446 - 448."

[249] "La diferencia entre la cláusula *rebus sic standibus* y la teoría de la imprevisión del derecho administravo francés, se explica en que aquélla se 'permite variar las condiciones de cumplimiento pactadas de *tratum succesivum et dependintiam de futurum* y aun llegar a su resolución, cuando las circunstancias actuales han alterado substancialmente las condiciones tenidas en cuenta al celebrarse el contrato…La teoría de imprevisión, en cambio –siempre el derecho administrativo francés- contempla como único supuesto de un acontecimiento anormal y transitorio, temporario, ajeno a las partes, que hace excepcionalmente oneroso el cumplimiento de la obligación, pero nunca su resolución'. Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, Ob cit., p. 453."

[250] "La jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido los requisitos expuestos como configurativos de la teoría de la imprevisión. Ver entre otras las sentencias de 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, exp. 5295; de 16 de abril de 1991, exp. 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, y de 29 de mayo de 2003, exp. 14577."

"(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

"(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

"(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.

"Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios."

Igualmente, en la sentencia del 25 de abril de 2012, el Consejo de Estado señaló que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

"El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.

"Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión."[251]

Del mismo modo, en Sentencia del 29 de agosto de 2012, el Consejo de Estado[252] dijo que

"19. Por otra parte, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

[251] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Enrique Gil Botero. Sentencia del 25 de abril de 2012. Radicado 21.909. Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles y otro. Demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS-.

[252] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicación: 05001232600019940231801 (20615). Actor: Consorcio Henao Díaz Ltda. Elkin Darío Rendón A. Demandado: Municipio de Itagüi. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429). Actor: Sociedad Construcciones Lety Ltda. Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL. Así mismo, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642). Actor: Sociedad Producciones Telemundo Limitada. Demandado: Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica - Telecaribe Limitada.

"19.1 Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean éstas abusivas o no.

"19.2 Actos generales de la administración como Estado, o '*teoría del hecho del príncipe'*, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato[253].

"19.3 Factores exógenos a las partes del negocio, o '*teoría de la imprevisión'*, o '*sujeciones materiales imprevistas'*, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

"20. Eventos en los que surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

"21. Del mismo modo, incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista[254].

"22. Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén

---

253 "Es de anotar que la Sección en providencia de 29 de mayo de 2003 (exp. 14.577), luego de acoger los planteamientos que sobre el tema ha hecho la doctrina y la jurisprudencia -en especial la francesa-, fijó su posición actual adoptando un criterio estricto de la figura, según el cual '*sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante*', porque '*cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión'* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, y sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque. La tesis anterior, fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003 (exp.15119), aún cuando se atemperó su rigidez en el sentido de que debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que pertenecen (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra). Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el Salvamento de Voto a la Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un '*álea administrativa'* debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas."

254 "Sin embargo, es importante distinguir los fenómenos en cada caso concreto, porque, por ejemplo, sobre la falta de entrega de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que la misma constituye un incumplimiento del contrato que se enmarca en un régimen de responsabilidad subjetiva, que excluye por ende la responsabilidad sin falta y objetiva de la teoría del equilibrio financiero del contrato por sujeciones imprevistas y con incidencia, por tanto, en la indemnización integral o solo compensación que se deba reconocer., según el caso. Ha manifestado la corporación a este respecto lo siguiente: *'(…) situación que reviste una connotación diferente es cuando la administración la entidad pública omite realizar o entregar los estudios de suelos o del terreno en donde se realizará la obra, siendo su obligación contractual, pues allí compromete su responsabilidad a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato, en el evento en que se presenten problemas o inconvenientes en su ejecución derivados de situaciones materiales que pudieron ser previstas o advertidas mediante su elaboración salvo que se trate de un riesgo asumido en el negocio jurídico por el constructor o de contratos cuyo objeto sea la construcción o fabricación exclusivamente con estudios y diseños de los proponentes. En este evento, el hecho imputable a la administración tiene su origen en el desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, de manera que no le resulta ajeno, lo que por tanto descarta una responsabilidad sin falta y objetiva como la denominada teoría de las sujeciones imprevistas. (…) Por eso la inobservancia de esta obligación por parte de la Administración infringe el principio de buena fe y la equivalencia de las prestaciones y, por tanto, hace incurrir en responsabilidad contractual por omisión.*' Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio."

> debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos."

También de manera concreta, en sentencia del 13 de febrero de 2013, el Consejo de Estado señaló que "…el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –*ius variandi*–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o 'teoría de la imprevisión', o 'sujeciones materiales imprevistas', que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él."[255]

En Sentencia del 26 de febrero de 2014, el Consejo de Estado[256] reiteró la precisión conforme a la cual, a pesar que la Ley 80 de 1993 considera que el rompimiento del equilibrio contractual puede generarse a partir del incumplimiento de la entidad contratante, estas dos figuras son diferentes:

> "En esta oportunidad, se reitera el citado antecedente jurisprudencial en cuanto a que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, las dos figuras se diferencian desde el punto de vista ontológico, no sólo por el origen de los fenómenos, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.
>
> "En efecto, la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles, que impactan la economía del contrato, o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), no imputables a las partes.
>
> "La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido, de tiempo atrás, las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que dicho equilibrio puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina *'hecho del príncipe'* y *'potestas ius variandi'* (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada *'teoría de la imprevisión'* y, paralelamente, en la *'teoría de la previsibilidad'*. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que ese equilibrio puede verse alterado por el ejercicio del poder, dentro del marco de la legalidad, o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación, pero en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato, es decir, por el incumplimiento contractual.
>
> "La fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso.

[255] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Radicación 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). Actor: Carlos Arturo Campo. Demandado: EMCALI E.I.C.E.

[256] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 76001233100019990052 2-01(24.169). En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP. Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00356-01(27270). Actor: Consorcio Guatapuri. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

"El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar.

"El incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

"Es decir que la ruptura del equilibrio económico del contrato, en caso de encontrarse verificada, da lugar al restablecimiento del mismo al momento de la celebración del contrato, mientras que el incumplimiento contractual va más allá permitiendo la reparación integral de los daños a la parte contratante que resultó afectada con el incumplimiento de su contraparte.

Finalmente, más recientemente, en sentencia del 6 de mayo de 2015, el Consejo de Estado[257] observó:

"… según se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras y nacionales, el desequilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes:

i. Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato.
ii. Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su *imperium*.
iii. Circunstancias externas y ajenas a los contratantes.
iv. Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante

"En estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante.

"Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho.

"El fundamento normativo del equilibrio en este tipo de situaciones, se itera, no se deriva del incumplimiento del contrato (dolo o culpa), sino que, por el contrario, ese basamento se halla en el principio de justicia conmutativa.

"Si se atiende a una de las nociones más completas de contrato estatal, elaboradas por la doctrina autorizada sobre la materia, éste consiste en: *'todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general, recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.'*[258]

[257] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP. Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837). Actor: Conconcreto Ingenieros Civiles S.A. Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

[258] "Santofimio Gamboa, Jaime Orlando 'El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico'. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 1 de 2009, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 13."

"Por consiguiente, el sinalagma funcional del contrato estatal, esto es, la correspondencia o equivalencia objetiva que se presenta en las prestaciones en los contratos conmutativos –como lo es el contrato estatal– puede verse afectada por hechos imputables a la administración contratante, sin que esa circunstancia conlleve la configuración de una responsabilidad contractual del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

"De modo que, si bien los contratos –incluidos los contratos estatales– parten de la aplicación del principio *pacta sunt servada*, según el cual lo pactado es obligatorio, lo cierto es que la propia Ley 80 de 1993, marco normativo del contrato estatal, ha sostenido la aplicación implícita o tácita de la máxima del *rebus sic stantibus*, es decir, 'estando así las cosas', lo que implica que una modificación significativa de las condiciones primigenias del contrato puede generar dos consecuencias jurídicas: 'i) la imposibilidad de cumplimiento en virtud de una fuerza mayor o caso fortuito y, por lo tanto, la exculpación, o, ii) el desequilibrio financiero o económico del contrato que suponga una revisión del mismo'[259].

"En consecuencia, como se advierte, la simetría y asimetría contractual es un problema de vieja data respecto del cual se han ofrecido diversas soluciones, inclusive desde el derecho romano; en efecto, en un comienzo el riesgo o el peligro sobre la cosa (*periculum),* se definía en atención a la propiedad o a la acreencia, para definir quién debía soportar o tolerar la pérdida de la cosa debida, de modo que se establecieron reglas especiales que han llegado inclusive hasta nuestras codificaciones civiles, normativa entre la que existen diversidad de disposiciones que determinan el sujeto contractual que debe sobrellevar la pérdida de la cosa debida, ejemplo de ello es el inciso segundo del artículo 1604 del Código Civil colombiano, que establece: *'el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiere sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa…'*

"Ahora bien, la modernidad es el reflejo de la sociedad del riesgo, es decir, las nuevas tecnologías, la ampliación de las relaciones contractuales y la globalización tiene como consecuencia que diversas circunstancias de tiempo, modo y lugar puedan afectar o impactar, de manera significativa y grave, la economía del contrato y, por consiguiente, el sinalagma funcional que se desprende de los negocios jurídicos conmutativos, es decir, en aquellos cuyas prestaciones se determinan como equivalentes. Este proceso de modernidad y posmodernidad en la órbita contractual, fue puesto de presente por el reconocido profesor y tratadista Fernando Hinestrosa, quien sobre el particular puntualizó:

> 'la incertidumbre política, económica, financiera del mundo actual y, en especial, de algunas regiones, sumada a la universalización de las relaciones, cada día más intensa, y a las transformaciones veloces de la ciencia y de la tecnología, despierta más inseguridad y menos confianza en la estabilidad de la base económica de los contratos de larga duración."[260]

"En esa perspectiva, en los casos en que el desequilibrio se deriva del ejercicio de una potestad (*potestas*) a cargo de la administración contratante es imperativo que no sólo se asuma el costo del desequilibrio –en términos de costos y gastos superiores a los proyectados por el contratista– sino que, de igual forma, se garantice la utilidad esperada.

"En esta categoría se enmarcan entre otros –sin que sea del caso estudiarlos de manera individual por no resultar aplicables al caso concreto– el *ius variandi* del negocio jurídico, la modificación e interpretación unilateral del contrato.

*"ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium*

---

[259] "Al respecto, la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada no es unánime. De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual.
'Las razones son múltiples, variadas y reconducen a la buena fe, justicia y equidad cuanto línea de conducta en la vida de relación…' Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 2006-537, M.P. William Namén Vargas."

[260] "Hinestrosa, Fernando 'La revisión del contrato'. En*: Rapport général* elaborado para las *Journées Brésiliennes* de la *Association Henri Capitant*, Rio de Janeiro - Saô Paulo, 23 - 27 mayo 2005."

"Otra de las formas en que es posible que la ecuación matemática y financiera de un contrato estatal se vea afectada o alterada, es a través de la expedición de leyes o actos administrativos de contenido general que son proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público y, por lo tanto, reflejan actos de imperio (*imperium*) como por ejemplo los impuestos, las tasas o las contribuciones.

"Y, si bien, podrían ser normas o disposiciones adoptadas por la misma entidad contratante los mismos: i) no están encaminados a modificar un contrato o convenio interadministrativo en particular, y ii) no se profieren con apoyo en el contrato estatal, sino por el contrario, en el orden jurídico.

"Ahora bien, en el derecho vernáculo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han efectuado una distinción, para señalar que los eventos de desequilibrio generados a partir de un acto de imperio expedido por la entidad contratante son los únicos que se enmarcan dentro de la denominada teoría del hecho del príncipe (*fait du prince*) (tesis *strictu sensu*) y, por consiguiente, son los únicos supuestos en que el restablecimiento de la ecuación financiera no sólo comprende los costos y gastos en que incurrió el contratista, sino, de igual forma, la utilidad esperada.

*"A contrario sensu*, si la decisión administrativa que impactó el contrato de manera negativa fue proferida por una entidad estatal distinta a la contratante, será aplicable la teoría de la imprevisión, de conformidad con las consecuencias que de la misma se desprenden, tal y como se analizará en el acápite siguiente, esto es, supuestos en los que la economía del contrato se altera en virtud de un hecho externo a las partes contratantes.

"En efecto, en reciente decisión esta misma Sala discurrió sobre la materia en los siguientes términos:

> 'Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes. El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que, de manera imprevista, surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión. (…) Sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. (…) La norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. (…) La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración. En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo. Como puede observarse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.'[261]

"Y, si bien, existe un sector de la doctrina y la jurisprudencia que aboga por una modificación del criterio jurisprudencial, en aras de que se adopte la tesis amplia o *lato sensu* del hecho del príncipe, lo cierto es que hasta la fecha el criterio imperante ha sido aquel según el cual para la configuración de esta teoría, que genera o introduce un alea administrativo al contrato estatal y, por lo tanto, termina afectándolo en su fórmula o ecuación financiera, es preciso que la entidad que haya proferido el acto de contenido general y abstracto sea la misma administración contratante.

"En efecto, sobre el contenido y alcance del hecho del príncipe como supuesto que produce el

[261] "Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020, M.P. Enrique Gil Botero."

desequilibrio de un contrato estatal, es importante traer a colación la opinión de Laubadère, para quien existen dos tipos aproximaciones a qué se entiende por 'autoridad pública' para efectos de delimitar el hecho del príncipe, una amplia y una restringida. En la primera, el *fait du prince* supone toda intervención de cualquier entidad estatal en ejercicio de poder público, bien que se trate de ramas del mismo o de órganos autónomos e independientes; por el contrario, en la segunda circunscrito el ejercicio de ese poder a la entidad contratante, esto es, la autoridad pública con la cual se celebró el contrato[262].

"Esta misma postura ha sido asumida por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, desde la célebre decisión del 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux,* oportunidad en la que se efectuó la diferencia entre el hecho del príncipe (*fait du prince*) y la teoría de la imprevisión (*théorie de l'imprévision*) para efectos de establecer los requisitos, características y consecuencias de cada instrumento jurídico, en relación con la economía del contrato, circunscribiendo la primera a los actos de contenido general y abstracto que profiere la entidad contratante, y que introducen un alea administrativo que incrementa de manera significativa el costo de ejecución del contrato.

*"iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes*

"Por último, el sinalagma funcional que se desprende del contrato estatal se puede ver afectado por una última circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato.

"Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada teoría de la imprevisión, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato.

"Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Riveró[263], requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.

"En relación con la teoría de la imprevisión, su relación con el contrato o negocio jurídico, los fundamentos filosóficos y jurídicos de la figura, efectos y consecuencias, así como la regulación en del derecho comparado, la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido con especial sindéresis, lo siguiente que por su pertinencia se cita *in extenso*[264]:

> 'La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (estando así, conservar la situación de las cosas), fundada en la estrecha conexión lógica del contrato con la situación de hecho existente al celebrarse, postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedera a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas…
>
> 'En particular, Bartolo de Sassoferrato, vincula *rebus sic se habentibus* a las renuncias (R. Feenstra, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, en *Daube Noster*, Edinburgh-London, 1974, 84 y n-76; G. Osti.,

[262] "Cf. Laubadère, André de 'Traité thérique et pratique des contrats administratif', Tomo III, Ed. LGDJ, 1984, pp. 24 - 33."
[263] "Cf. Riveró, Jean 'Derecho Administrativo', Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 142."
[264] "Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 2006-537, M.P. William Namén Vargas."

voce *Clausola 'rebus sic stantibus',* en Novissimo digesto italiano, III, Torino, 1959, 34 ss; ID., *La cosí detta clausola <<rebus sic stantibus>> nel suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. civ.*, 1912), Baldo de Ubaldis (1327-1400) a las promesas ('*potest*' se entiende '*rebus sic se habentibus*' y las promesas '*rebus sic se habentibus*'; R. Cardilli., *<<Bona fides>> Tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, 157, 158 ss; ID., *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanista'*, en AA.VV, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, II, pp. 253 ss) y Jasón de Mayno (1435-1519) a las disposiciones de última voluntad (*in dispositione legum intelligitur clausula rebus sic se habentibus*), contratos, privilegios, y juramentos *(Adde quod ista clausula etiam intelligitur in ultima voluntate...Eodem modo dic in contractibus...Idem in privilegiis...Idem in iuramento*); Alciato, reafirma la obligatoriedad del vínculo, excepto '*cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad'* y diferencia el *actum dependente ex voluntate unios* o *ex voluntate duorum*; Coccejus, estimó vano el cambio sobrevenido, salvo en *pertineat ad substantiam negotti;* Layser la afirmó, y Grocio (*iusnaturalismo laico; De iure belli ac pacis libri tres In quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur:* 1939, Lib. II cap. XVI §§ 22 y 25), la protestó ciñéndola a los asuntos donde la condición tácita ('*si res maneat quo sunt loco*') del estado de cosas primigenio, fuera la razón fundamental del *promissor* para contratar, y cesara (*rationis cessatio),* según la interpretación de la voluntad del promitente (R. Cardilli, *<<Bona fides>> Tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, 158 ss).

'El *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), §4.15.12, incorporó la *cláusula rebus sic stantibus*, tácita y relevante en todo contrato si los cambios son poco fácil de prever, ocurren sin mora, hecho o culpa debitoria y sea tal su naturaleza que de haberse conocido con la honestidad y desinterés de las personas inteligentes no se habría consentido, y remitió al juez valorar en el campo jurídico la extinción o reducción proporcional del desequilibrio sobrevenido. L´*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten,* [1794], I.5, §377-384, y L´*Allgemeintes Bürgerliches Gesetzbuch* (A.B.G.B.) de Austria (1811, §936), establecieron mayores exigencias.

'A fines del siglo XVIII y principios del XIX, surge una tendencia estricta y cuestiona la cláusula por desconocer la fuerza obligatoria del contrato con la ficción de la inalterable pervivencia de exactas circunstancias a las existentes al contratar.

'El *common law,* confiere considerable importancia a la intangibilidad del contrato, cuyo cumplimiento (*performance)* es su modo extintivo, en particular, del contraído por un intercambio de promesas (*bilateral contract*, *a promise for a promise*) y desarrolla la doctrina de la frustración (*doctrine of frustration*), determinante de su terminación (*termination*) *ipso jure* con efectos liberatorios (*discharge*) ante la imposibilidad de lograr su función en virtud de sucesos externos.

'En la jurisprudencia inglesa es paradigmático el caso *Paradine v. Jane* (1647), Aleyn 26, reforzando el cumplimiento del contrato, aún en situación de imposibilidad objetiva en cuanto ésta debió pactarse expresamente, rigor atenuado en *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, al reconocer la liberación por causas sobrevenidas inimputables en razón de una cláusula implícita, en *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, *Court of Queen's Bench,* extendiéndola no sólo a la imposibilidad por destrucción física de la cosa debida desde la perspectiva de una condición tácita (*implied condition*) integrante del contenido contractual, sino a la cesación '*del estado de cosas que las dos partes contratantes asumieron como el fundamento del contrato*", bastando "*si un estado de cosas o condición expresada en el contrato y esencial para su cumplimiento se destruye o deja de existir en ese momento'* (Krell v Henry, [1903], 2 K.B, 740, c.1903), hasta formular la *doctrine of frustration* por imposibilidad de alcanzar su función ante sucesos externos sobrevenidos que hagan ilícito, imposible o inútil cumplirlo, por cambios normativos ulteriores (*Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* [1944] A.C. 265), ora decisión (*interference)* de la administración pública (*Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260), bien destrucción física o deterioro funcional grave del objeto (*Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K.B. 126), o del medio para cumplir la prestación (*Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B. 126), muerte e incapacidad del obligado (*Whincup vs. Hughes* [1871] L.R. 6 C.P. 78); *Robinson v. Davison* [1874], L.R. 9 Q.B. 462. *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740). La doctrina, *ab initio* fue entendida como desaparición posterior de términos implícitos (*implied terms),* objetiva o subjetivamente; luego, en tanto medio justificativo de la intervención judicial para solucionar razonablemente la situación conforme a la equidad (*Just and reasonable solution theory)* o causa determinante de desaparición del fundamento del contrato *(disaperance of the foundation of the contract*), y hoy, en la común opinión, en cuanto cambio radical de la obligación (*radical change in the obligation*) de acuerdo con la reconstrucción de la promesa (*true contruction*) al instante de su celebración, la función económica y los efectos de los hechos en términos tales que el cumplimiento sea radical o fundamentalmente diferente (*radically or fundamentally different in a commercial sense)* y alteren la naturaleza fundamental del contrato *(fundamental nature of the contract*).

'El sistema norteamericano, propende una solución justa y equitativa más acorde a los estándares del tráfico jurídico partiendo de la naturaleza vinculante e intangible del contrato para desarrollar la imposibilidad (*impossibility of performance*), la '*impracticabilidad*' (*doctrine of impracticability*) y la *'frustración del*

*propósito'* (*frustration of purpose).* La *Section* 2-615, '*Excuse by Failure of Presupposed Condiction*' del *Uniform Commercial Code* (UCC) adoptado en los Estados, salvo Louisiana, contempla la *commercial impracticability,* especie de imposibilidad económica cuando la prestación es '*impracticable'* por un hecho cuya no verificación (*non-occurrence*) es presupuesto implícito del contrato (*basic assumption*), y el *comment* 6, refiere a su adaptación por el juez cuando en el marco de circunstancias, la justicia y equidad contractual lo exigen según los estándares comerciales y la buena fe. No basta una desproporción cuantitativa o de valor de las prestaciones, requiérese un cambio esencial de su naturaleza (*change in the essential nature of contractual performance).*

'La jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, a falta de norma abstracta explícita en el *Code civil des Français* (21 de marzo de 1804) amparando el *pacta sunt servanda* desde el arrêt de 6 mars 1876, *l'***affaire Canal de Craponne** (en DP, 1876, I, 195, 193), descarta la **théorie de l'imprévision** porque el artículo 1134 del *Code,* a cuyo tenor el contrato es ley para las partes, *'es un texto general y absoluto'*, '*en ningún caso, corresponde a los tribunales, por equitativo que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir con unas nuevas las cláusulas libremente aceptadas por los contratantes'*, aunque en algún caso ha condenado a la indemnización de perjuicios por la negativa del acreedor a revisar el contrato cuando genera la ruina del deudor por vulnerar la buena fe (arrêt Huard: Cass. comm., 3 novembre 1992, en Bull. civ. IV n° 338), o disuelto el vínculo por equidad (Cass. Soc., 13 février 1958, en Bull. Civ., IV, n. 230, 160; Cass. Soc. 16 mai 1958, en Bull. Civ., IV, n. 574, 427), ilicitud prestacional sobrevenida por *factum principis,* y pérdida parcial de la causa (Cass. Soc. 17 juin 1981, en Bull. Civ., n. 568, 426).

'(…) El derecho alemán, de tiempo atrás, aceptó la revisión del contrato. La jurisprudencia sostenida en el principio de la buena fe (*Treu und Glauben*) *ex* §§ 157 y 242 BGB, desde la primera conflagración mundial, la reconoció por desaparición sobrevenida imprevisible de la base primaria del negocio, al no avenirse a las buenas costumbres, el derecho y la justicia sujetar al afectado en las condiciones alteradas.

'WINDSCHEID, elabora la doctrina subjetiva de la presuposición (*Voraussetzung*), una '*condición no desarrollada'* (*unentwickelte Bedingung*), ni expresada e implícita (*Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1847, 270-297) bajo la cual las partes declaran su voluntad, '*aquello sin lo cual no se habría querido'* (*Voraussetzung ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjanige, ohne welches man nicht gewollt haben würde*; *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, JuliusBuddeus, 1859; ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879), y sujetan el efecto jurídico deseado al mantenimiento de cierto estado de cosas, situación fáctica o de derecho, circunstancias determinantes e influyentes (*Bestimmungsgrund*) de la declaración. OERTMANN, postuló la teoría de la base negocial (*Geschäftsgrundlage*), referida no al designio individual del contratante, sino a la común representación de una realidad fundamental, estado de cosas existente al celebrar el acto dispositivo que se inserta en su contenido con relevancia en la finalidad procurada por ambas partes, y así consideradas (*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, W. School, 1921).

'Tan influyentes ideas, originan las concepciones de la base negocial subjetiva (*subjective Geschäftsgrundlage),* el conjunto de representaciones inductivas del acto, cuyas deficiencias se tratarían en los vicios sobre los motivos, y la base negocial objetiva (*objective Geschäftsgrundlage),* circunstancia cuya existencia según la intención de las partes es necesaria para la del contrato, y cuya anomalía se depuraría en la disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

'Se distingue entonces la desaparición sobrevenida de la equivalencia económica prestacional (*Aequivalenzverstörung*), la imposibilidad sobrevenida (*nachträglichen Unmöglichkeit*), objetiva y subjetiva (*Unmöglichkeit* y *Unvermögen*), la inexigibilidad de la prestación (*Unzumutbarkeit, Unerfüllbarkeit*), la '*inaccesibilidad de la prestación'* (*Unerschwinndlichkeit*),la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungsplicht*), la imposibilidad económica (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*) por hechos naturales o estado actual del conocimiento cultural, técnico o científico (*naturgesetzligche Unmöglichkeit),* la imposibilidad jurídica (*rechtliche Unmöglichkeit*), la perturbación de la finalidad (*Zweckstörung*), el cambio relevante o modificación sustancial entre la celebración y el cumplimiento (*wesentliche Aenderung*), la distribución legal o negocial de los riesgos (*Risikoverteilung*), su imputación a quien tiene el control de la fuente del riesgo y puede evitar el daño (*Abwendbarkeitsprinzip*), o al propietario que debe asumir sus costos por poder asegurarlos (*Absorbtionprinzip*), o al acreedor de la prestación *in natura*, deudor de la prestación onerosa en exceso (*Arbeitsteiligen Veranlassung)* o según previsión o la práctica, escinde del contenido (*Vertragsinhalt*) la alteración, y la perturbación, irregularidad o anomalía en el cumplimiento (*Leistungsvertörungen*) comprensiva de toda hipótesis de incumplimiento o retardo imputable a las partes de la relación obligatoria, terceros o por causa de fuerza mayor.

'La Ley de modernización del derecho de obligaciones -2001, vigente en enero/2002,- en el § 313, reguló la adaptación o adecuación (*Anpassung*) por cambio (*Wegfall)* o alteración de la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage),* que a juicio de autorizados expositores recoge la modificación de la base objetiva (pr.1)

y subjetiva (pr.2), el fundamento jurídico o económico y finalidad (*Zweckvereitelung*), sin limitarse a la simple desproporción cualitativa (C.W.CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, en *JZ*, 2001, 499, 505; *La riforma dil diritto tedesco delle obligazione*, trad. it. Cedam, Padova, 2003, 28 ss). El precepto, establece: *'(1) Si las circunstancias que fueron fundamento del contrato han cambiado profundamente con posterioridad a su celebración, de modo que pueda considerarse que las partes no habrían celebrado el contrato, o lo habrían celebrado con un contenido diferente, de haber previsto dicho cambio, se puede exigir una adecuación del contrato en cuanto, cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y en particular la distribución de los riesgos prevista en el contrato o en la ley, razonablemente no se pueda exigir a una parte que continúe vinculada al contrato inalterado. (2) Al cambio posterior de las circunstancias se equipara la hipótesis en que las representaciones esenciales que fueron fundamento del contrato aparecen erradas con posterioridad a la estipulación de éste. (3) Si la adecuación del contrato no fuere posible o no pudiere pretenderse por una de las partes, la parte que vino a resultar en posesión desventajosa puede renunciar al contrato. En las relaciones de larga duración en vez del derecho de renuncia ella tendrá derecho a dar por terminado el contrato'.*

'La reforma alemana disciplinó también la inexigibilidad *de* la prestación (*Unerheblichkeit*), la '*inaccesibilidad de la prestación*' (*Unerschwinndlichkeit*), la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungsplicht*) *ex* § 275 y el derecho del deudor a rechazar el cumplimiento (*Leistungsverweigerung*), cuando la prestación es gravosa, desproporcionada o se presenta una perturbación del equilibrio o mayúscula desproporción (*grob Missverhälnisse*) de su valor, confrontado su contenido con la buena fe (§§ 323 ss, § 326 BGB).

'España carece de norma general, (salvo p.ej., Ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra y art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), y el reconocimiento jurisprudencial de la imprevisión, es rígido y excepcional dándose una alteración extraordinaria de las circunstancias al instante del cumplimiento en relación con las previstas al momento de celebrar contrato, si la imprevisibilidad es absoluta y desencadena un *desequilibio* prestacional exorbitante, inusitado y fuera de todo cálculo (TS. sentencias de 4 de junio de 1902, 25 de marzo de 1913, 6 de junio de 1939, 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 30 de junio de 1948, 17 de mayo de 1957, 31 de octubre de 1951, 27 de octubre de 1964, 15 de marzo de 1972, 3 de noviembre de 1983, 9 de diciembre de 1983, 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 19 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990, 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1993, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero de 1996, 19 de junio de 1996). La doctrina, está dividida entre la revisión y la fuerza obligatoria e intangibilidad del contrato. La jurisprudencia ha acudido a la frustración de la causa, el fin del contrato o la desaparición de la base negocial (TS. sentencias de 23 de noviembre de 1962, R.J. 1962-5005; 25 de mayo de 1990, R.J. 1990-4082, 14 de septiembre de 1993, RJ. 1993-9881, núm. 129/2001, de 20 de febrero; F. De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, 322 y ss; C. De Amunátegui R., *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 50, 70 y 80 ss; L. Diez Picazo y Ponce León, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, I, 885 y ss.).

'El **Codice Civile** Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), artículos 1467 a 1469, trata *'Dell' eccessiva onerosità'*, inspiró el artículo 868 del Código de Comercio patrio, y dispuso: *'En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por verificarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato (...) La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro del alea normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.'* (art. 1468; G.B. Ferri., **Dalla clausola 'rebus sic stantibus'** *alla risoluzione per eccessiva onerosita*, in Quadrimestre, 1988, num. 1, Milán, pp. 54 ss.).

'(…) Esta Corte acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente disposición jurídica expresa –aunque suele verse en los artículos 2060 [2] y 1932 *in fine* del Código Civil- como principio general del derecho (cas.civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 455; 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789; 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523; marzo 24 de 1983, G.J. n. 2400, p. 61; Sala Plena, sentencia de 25 de febrero de 1937, XLIV, n.1920-1921, p. 613).

'Justamente, itera la Corte, los principios generales del derecho, '*constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, 'fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de 'jurisprudencia creadora', y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto', a punto que, '[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor 'integrador' del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la 'modernidad', no por afán de modo, sino por exigencia de*

*actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como 'derecho flexible'" (Fernando Hinestrosa, Des Principes Généraux du droit aux principes généraux des contrats, Uniform Law studies etudes de droit uniforme, Unidroit, ns. Vol. III, 1998-2/3; De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13). […] Más recientemente, reiteró '[…] el juez debe aplicarlos según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...]' (Cas. Civ. sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01)*" (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01).

'Desde esta perspectiva, los principios generales del derecho, no sólo irradian sino integran el ordenamiento jurídico, y sirven al propósito de adaptarlo a las sensibles transformaciones dinámicas en la vida de relación, misión vital de la jurisprudencia (artículos 230 Constitución Política; 4º, 8º y 48, Ley 153 de 1887; cas.civ. sentencias de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 129; 20 de mayo de 1936, XLIII, 47; 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474; 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949; 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39; 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322; 23 de junio de 1958. G.J. LXXXVIII, 232; 27 de octubre de 1961. G.J. XCVII, 143), por lo cual, la Corporación aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles.

'(…) A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

'En torno a sus exigencias, delanteramente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. El contrato inexistente, no existe en cuanto al tipo negocial singular por omitir uno, varios o todos sus elementos esenciales (*esentialia negotia*) contenidos en su específica definición *legis* o social, necesarios, imprescindibles e insoslayables, sin los cuales no nace, crea ni constituye, o la forma solemne (*ad substantiam actus*) única manera de expresión, y al carecer de vida jurídica, no genera sus efectos, a excepción de las situaciones o relaciones contrahechas al margen de la inexistencia o su conversión en un tipo diferente. La invalidez, por ausencia o defecto de los presupuestos de validez del negocio jurídico –capacidad de parte, legitimación dispositiva, idoneidad del objeto, infracción del *ius cogens,* o en la nomenclatura legislativa, violación de una norma imperativa, incapacidad absoluta o relativa, ilicitud de causa u objeto, error, fuerza o dolo, etc.-, entraña nulidad absoluta o relativa, y por tanto, la destrucción del acto o parte aquejada del vicio, o sea, tiene un tratamiento jurídico distinto. La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el incumplimiento.

'El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, *ad exemplum*, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión *ex* art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la

equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

'Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, *'(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;'* Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión *ex* artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son '*posteriores a la celebración de un contrato'*.

'En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, *verbi gratia,* la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, *estricto sensu* no comporta *per se* intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (*laesio enormes*) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.

'A contrariedad, la revisión del contrato *ex* artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, *distantia temporis* después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (*qui habent tractum successivum)*. Bien se advierte del *factum* normativo, que la revisión versa sobre "*la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes",* esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es 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. La revisión por imprevisión, es inadmisible si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente *ad futurum*. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.

'Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de '*excesiva onerosidad*', no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico.

'Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e

imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, *'que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad… Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional'* (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto *ex ante*, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.

'La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

'Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (*duty to mitigate damages),* y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.

'Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. 'A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium)* o contrariar *la confianza* legítima *(Vertrauenschutz, legitímate expectations, legittimo affidamento, estoppel*) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01).

'En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual. Ciertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares del interés dispositivo, no siendo contra la ley, el orden público, las buenas costumbres, el equilibrio prestacional, la buena fe y la justicia, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos. En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican

plenos en quien debía suministrarla clara, completa, veraz y oportuna. Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o circulo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables.

'Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato *in complexu,* en su unidad compacta, *in toto* e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. *Estricto sensu*, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. *Contrario sensu*, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación.

'Determinar la alteración, su magnitud y la excesiva onerosidad, está confiada a la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad. Predícase, de toda la relación contractual, no de una prestación y es ajena a la suficiencia o insuficiencia patrimonial, solvencia, liquidez o penuria de las partes, en particular de la afectada, para el cumplimiento espontáneo o forzado, al cual está atada con su patrimonio presente y futuro, salvo el exceptuado. A este respecto, la revisión por imprevisión, procura corregir el excesivo desequilibrio ulterior, manifiesto u ostensible, evitar o conjurar los estragos a la parte obligada con los beneficios correlativos inequitativos de la otra, aspectos diversos a la capacidad económica de los contratantes. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad obligatoria sobrevenida, absoluta, total, definitiva u objetiva, causa extintiva o exoneración del cumplimiento, las más de las veces ni siquiera una dificultad, pues la prestación es susceptible de cumplir, el afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual.

'Por lo común, las partes están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional. En efecto, la autonomía privada dispositiva o libertad contractual, estructural e indisociable de la democracia, el '*Estado Social de Derecho'* y principio rector de la contratación (Preámbulo, arts. 2º,13,14,16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94,150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política; cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01) faculta a las partes para *'disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles'* (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

'De consiguiente, frente a la alteración del equilibrio prestacional, las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial cuando el reajuste acordado no cubre la dimensión de la ruptura o existan divergencias respecto de su origen, contenido, extensión o eficacia, o también pactar las de salvaguardia o renegociación (*hardship*, *major economic dislocation*, imprevisión, etc.), usuales o de uso común en los contratos de larga duración, donde a diferencia de aquéllas no determinan la magnitud de la asimetría prestacional ulterior ni su reajuste, obligándose en ciertas condiciones a renegociarla, y de fracasar, acudir a un amigable componedor para adaptarlo *ex aequo et bono* o *resiliarlo* convencionalmente en representación común, o a un árbitro, o al juez ordinario, o en su caso, mantiene su vigor o podrá terminarse unilateralmente.

'Para la Corte la libertad debe ejercerse en forma seria, madura y responsable, siempre ceñida a prístinos estándares de autorresponsabilidad, pulcritud, corrección, probidad, buena fe, respeto recíproco, relatividad del derecho, razón, utilidad y función de su reconocimiento. Esta directriz, en tratándose del negocio jurídico, el contrato y la relación obligatoria, impone a las partes el deber de desplegar todos los

actos idóneos en procura de su plenitud e integridad, función práctica o económica social, evitación y disipación de las causas de ineficacia conforme a su naturaleza compromisoria, la lealtad, probidad, corrección y buena fe. Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad y '*obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes'* (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01). En efecto, todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva.

'La Corte memora y reitera que *'el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impegnativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisible patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento. Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relievar la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504*) (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, iteradas en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01 y 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01).

'Lo contrario, equivaldría al patrocinio de ostensibles situaciones inequitativas, el quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pues la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes. En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado *ab initio*, cuyo cumplimento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal.

'La adaptación también podrá disponerla el legislador. Esta hipótesis, frecuente en el pasado para conjurar los efectos de las dos conflagraciones mundiales y las crisis económicas generales más que las inequivalencias concretas, comporta una revisión, de ordinario, forzada e impuesta del contrato, en veces dictada o reglamentada, por motivos de orden público político, social o económico, con leyes posteriores permanentes o transitorias, ya de efecto general e inmediato o retrospectivo, ora hacía el futuro y a partir de su vigencia (artículo 18, Ley 153 de 1887).

'En ausencia de revisión legal o convencional o ante su insuficiencia para colmar la magnitud del desequilibrio presentado, la parte afectada puede solicitar a los jueces la adaptación del pacto a las circunstancias con los reajustes correspondientes o, de ser inadmisible la reforma, su terminación, y en su caso, la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe.

'En lo atañedero a sus efectos, la imprevisión autoriza la revisión judicial del contrato. Corresponde al juez examinar las circunstancias y ordenar, de ser posible, los reajustes indicados por la equidad, o en caso contrario, la terminación. La parte afectada puede solicitar la revisión pero carece de la facultad de escoger entre el reajuste o la terminación, cuya decisión adopta el juez en cada caso particular, según las circunstancias y la equidad, dando prelación a la continuidad del vínculo en desarrollo del principio de conservación o utilidad del negocio y su fuerza vinculante. El juzgador en equidad podrá reducir la prestación excesivamente onerosa (*reductio ad aequitatem)* o aumentar la contraprestación correlativa para reajustar el desequilibrio y evitar la terminación. Esta última es pertinente sólo cuando el contrato no admite corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes. Es que la imprevisión, la alteración de la base económica o ruptura de la equivalencia o ecuación del contrato, no es mecanismo para patrocinar el incumplimiento, menos desligarse del vínculo, sino para revisar, ajustar o adaptar el equilibrio turbado. De este modo, sólo cuando el equilibrio o la equidad no permitan el reajuste, podrá disponerse la terminación del contrato."

## 3.4. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO CUANDO ÉSTE SE ROMPE

Igualmente, roto el equilibrio económico y financiero del contrato estatal, la Ley 80 de 1993 exige restablecerlo en los siguientes términos:

Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacer al garante.

(…)

3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(…)

9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

(…)

Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

1. (…) tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Así mismo, los numerales 13 y 14 del artículo 25 establecen que:

Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

> 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.
>
> 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Complementariamente, los artículos 27 y 28 de la misma Ley 80 de 1993, ordenan:

> Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
>
> Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.
>
> Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

También, de manera complementaria, en materia de responsabilidad contractual, los artículos 50 a 52 de la Ley 80 determinan:

> Artículo 50. De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.
>
> Artículo 51. De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.
>
> Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.
>
> Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7 de esta ley.

Así, entonces, como atrás se ha señalado con la ayuda de la jurisprudencia, el principio del equilibrio financiero del contrato en el régimen jurídico de la contratación estatal, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

Por ello, de tiempo atrás tanto la doctrina como la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*, han manifestado que ante la ruptura del equilibrio

económico del contrato estatal, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias posteriores, ajenas extraordinarias e imprevisibles que trastoquen o alteren en forma grave la economía del contrato.

Así las cosas, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato estatal fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En otros términos, la fractura del equilibrio económico y financiero del contrato estatal da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, o lo que es lo mismo, la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, en caso de encontrarse verificada, da lugar al restablecimiento del mismo al momento de la celebración del contrato.

Roto el equilibrio del Contrato estatal no por ello éste debe terminarse y liquidarse porque con ello se generaría una grave afectación al interés público o al servicio público. Así que, como lo ha dicho el Consejo de Estado, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.[265]

Así lo ordena la ley y así lo ha reconocido uniformemente la jurisprudencia contenciosa administrativa. Por ejemplo, al revisar la más reciente, se observa que, en la sentencia del 7 de marzo de 2011, el Consejo de Estado señaló:

> "… cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que *'en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (…)'*. Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.
>
> "La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca."[266]

También, en la ya citada sentencia del 31 de agosto de 2011,[267] el Consejo de Estado al respecto dijo lo siguiente:

---

[265] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de junio de 2011. Radicación: 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836). Actor: Topco S.A. Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVIAS. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación: 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660) Actor: GISAICO LTDA. Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVIAS

[266] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683). Actor: Luis Antonio Rodríguez Melo. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá- ESP-

[267] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicón Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca. En igual sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). Actor: Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza. Demandado: Telecafé Ltda. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344). Actor: Industrial de Mezclas Asfálticas Ltda. - Indumezclas Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de junio de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990). Actor: Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de agosto de 2012.

"5.3. El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*[268], ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas[269].

"En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente.

"Ese rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento, en aplicación de los principios de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos, solidaridad, igualdad, respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título, buena fe, equidad contractual[270] y bajo el entendido de que dicha relación negocial se fundamenta en la colaboración recíproca y de ayuda mutua para el cumplimiento de los fines públicos y el interés general que constituyen el objeto de aquél, con independencia de que la causa de su ruptura económica sea o no desencadenada por la administración.

"Esta obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es corolario del principio según el cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido, como que se trata de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas que regenta la responsabilidad del Estado (arts.13 y 90 C.P.).

---

Radicación: 05001232600019940231801 (20615). Actor: Consorcio Henao Díaz Ltda. Elkin Darío Rendón A. Demandado: Municipio de Itagüi. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429). Actor: Sociedad Construcciones Lety Ltda. Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642). Actor: Sociedad Producciones Telemundo Limitada. Demandado: Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica - Telecaribe Limitada.

268 "*«Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur»:* los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes- surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico."

269 "Vid. Marienhoff, Miguel S, ob. cit. pp. 469 y ss. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina."

270 "Dentro del contexto legal vigente gravita este deber en los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, como aquellos de la Constitución Política previstos en los artículos 2°, 13, 58, 83 y 90. Vale anotar que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, relacionado con las derogatorias que se surten en virtud de la misma, eliminó a partir de su vigencia la expresión 'además de la obtención de las utilidades cuya protección garantiza el Estado' del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993', norma esta última que define al contratista como colaborador del Estado. Según parece la reforma realizada por la Ley 1150 de 2007 al estatuto de contratación pretende armonizar esta eliminación con la asignación de riesgos en el proceso de contratación que se ordena en su artículo 4 y, como corolario, generar efectos en la aplicación del equilibrio financiero del contrato, en el entendido de que dicha disposición o expresión había amparado reclamaciones de los contratistas por este concepto y bajo la égida de aquel principio. Sin embargo, lo cierto es que el equilibrio o equivalencia económica del contrato tiene como finalidad garantizar en equidad que durante su ejecución se conserven las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar, según la modalidad de contratación, figura que no debe entenderse que desaparece en virtud de la reforma, pues, aunque el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dicha ley no suprimió el concepto del contratista colaborador de la administración para el logro de los fines estatales, sobre el cual descansa el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, como tampoco los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, que permiten aplicar este principio ante todas aquellas situaciones que puedan romper la ecuación contractual."

"En esencia, el 'equilibrio financiero del contrato' protege su aspecto económico, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado, de acuerdo con las condiciones que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración.

(…)

"Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[271] o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

(…)

"Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos *ítems* de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

"Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, *'…las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento'*, suscribiendo para tales efectos *'los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…'*

En la misma línea, en Sentencia del 26 de julio de 2012, el Consejo de Estado reiteró:

"La Sala, fundada en normatividad que así lo dispone y en razones de equidad e igualdad ante las cargas públicas y buena fe contractual, ha sostenido que si se presenta la ruptura del equilibrio económico, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, en cuanto no le corresponde asumir las consecuencias adversas derivadas de circunstancias externas que, por lo mismo, no pudo prever y que la contratante, en cuanto dueña de la obra, interesada en su ejecución, beneficiaria y titular de los riesgos tendrá que asumir. Empero, para efectos de establecer si el desequilibrio tuvo lugar es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad acorde con el cual las cosas perecen para el dueño."[272]

[271] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra."
[272] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 26 de julio de 2012. Radicación: 25000-23-26-000-1995-00532-01(22950). Actor: Sociedad Mallas Equipos y Construcciones Limitada – MAECO. Demandado: Caja Promotora de Vivienda Militar. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP. Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación 25000-23-15-000-2000-00291-01(29472). Actor: Fiduciaria del Estado. Demandado: Francisco

Por su parte, en la Sentencia del 27 de marzo de 2014,[273] el Consejo de Estado señaló:

> "45. Se observa entonces, que la figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.
>
> "46. No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos; en tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada.
>
> "47. Se observa además, que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que contempla la acción relativa a controversias contractuales, establece su procedencia para elevar ante el juez diferentes pretensiones relacionadas con los contratos estatales, entre las cuales se halla, precisamente, la de que *'se ordene su revisión'"*.
>
> "48. Esta figura de la revisión del contrato, está consagrada también en el artículo 868 del Código de Comercio, que establece:
>
> > *Art. 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 cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*
> >
> > *El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*
> >
> > *Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.*
>
> "49. Los dos anteriores mecanismos, de reajuste de precios y revisión de precios del contrato, tienden a preservar la naturaleza conmutativa de los contratos y a garantizar que la equivalencia inicialmente acordada entre prestaciones y contraprestaciones, entre derechos y obligaciones a cargo de las partes, se mantenga a lo largo de la ejecución, en tal forma que la remuneración recibida finalmente por el contratista corresponda a la que él previó obtener cuando propuso y cuando contrató con la Administración.
>
> "50. Sin embargo, la existencia de las fórmulas de reajuste de precios en los contratos, no garantiza la estabilidad de la ecuación contractual ni evita que en algunas circunstancias se rompa el equilibrio económico financiero del contrato; y en tales casos, a pesar de mediar aquellas fórmulas, el contratista tendrá derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato."[274]

Finalmente, en Sentencia del 6 de mayo de 2105, el Consejo de Estado señaló que "El equilibrio económico del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo

---

Arboleda Angulo y Otros. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP. Stella Conto Díaz Del Castillo, Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-05989-01(21613). Actor: Mario Alberto Huertas Cotes y otro. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

[273] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912). Actor: Consorcio Francisco Edgar Lizcano Páez – Hugo Salazar Ortiz. Demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte.

[274] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Jorge Valencia Arango, Sentencia del 4 de septiembre de 1986, Exp. 1677.

cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento"[275], al tiempo que en otra sentencia de la misma fecha concluyó que "Entonces, lejos de tratarse de un derecho del contratista exigible en términos absolutos frente a la administración pública, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato apunta a reconocer la operatividad de ciertos principios o máximas al interior del contrato, tales como: la buena fe, la equidad y la solidaridad, en aras de que el cumplimiento del contrato en unas condiciones en extremo gravosas para una de las partes, no ponga a ese contratante en una situación de evidente injusticia."[276]

Durante la ejecución de este Contrato, en varias ocasiones se produjo la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y, en casi todas las ocasiones, en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, las partes concurrieron a su restablecimiento. Tal y como se verá minuciosamente más adelante en el apartado 4, repárese lo acordado por ellas, conforme a las consideraciones en cada caso expuestas en: el Otrosí No. 02 del 22 de mayo de 1996; el Otrosí No. 04 suscrito el 19 de febrero de 1997; el Otrosí No. 06, suscrito el 11 de mayo de 1996; el Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998; el Otrosí No. 8 suscrito el 23 de diciembre de 1998, aclarado por el Otrosí No. 9, suscrito el 24 de mayo de 1999; el Otrosí No 20, suscrito el 11 de agosto de 2003; el acta de actualización del modelo financiero, suscrita el 31 de mayo de 2005 y el Otrosí No 31 suscrita en la misma fecha; el acta de actualización del modelo financiero suscrita el 29 de diciembre de 2005; el Otrosí No. 44, suscrito el 11 de agosto de 2006; el Otrosí No. 443, suscrito el 22 de agosto de 2006; el Acta de acuerdo suscrita el 7 de diciembre de 2006; el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006; y, el Otrosí No. 47 del 19 de febrero de 2007.

# 4. SOBRE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS GENERALES QUE RODEARON LA ADJUDICACIÓN, CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994

Conforme a la revisión de todos y cada uno de los medios de prueba decretados, practicados e incorporados en legal forma durante la actuación procesal, el Tribunal destaca la ocurrencia de los siguientes hechos generales:

## 4.1. La Licitación Pública No. 005-94

Con el propósito de mejorar el sistema de carreteras para satisfacer la demanda de vías de comunicación a fin de atender los requerimientos de la apertura económica, la Nación por conducto del Ministerio de Transporte diseñó el Programa de Construcción y Rehabilitación de Carreteras, con participación de inversionistas del sector privado. La selección de proyectos se efectuó de acuerdo con la demanda, representada en los volúmenes de tránsito que la utilizaban o podían ser atraídos al proyecto, y los costos de construcción y/o rehabilitación, que combinados ofrecieran atractivo financiero para la inversión privada.

[275] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación: 25000-23-26-000-2000-01112-01(28681). Actor: Ingeniería Construcción y Equipos S.A. INCOEQUIPOS. Demandado: Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. COINCO

[276] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP. Olga Melida Valle de De La Hoz. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837). Actor: Conconcreto Ingenieros Civiles S.A. Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

En desarrollo del Programa de Carreteras por el Sistema de Concesión, mediante la Resolución No. 2342 del 12 de abril de 1994, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 005-94 para, mediante la celebración de un Contrato Estatal de Concesión, ejecutar las obras de rehabilitación y ampliación de las calzadas existentes en los sectores Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro – Briceño, de la ruta 55 y Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro – Cajicá y Cajicá – Zipaquirá de la Ruta 45A. Construcción segunda calzada y pasos a desnivel en los sectores La Caro – Briceño de la Ruta 55 y La Caro (Teletón) – Cajicá de la Ruta 45A, Construcción de la Variante Cajicá y el mantenimiento de las obras y la operación de los sectores de carretera incluidos en la concesión.

Conforme al Pliego de Condiciones de la Licitación, el contrato a celebrar sería un **CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN** definido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuya minuta se incluyó en el Anexo 7 de los citados Pliegos y, de acuerdo con la Ley 105 de 1993 y la política pública adoptada en materia de infraestructura vial nacional, correspondería a una Concesión de Primera Generación, en la cual la entidad concedente suministra el Anteproyecto -Planos, especificaciones y demás información técnica requerida-, a la cual debe ceñirse el Concesionario durante la ejecución del Contrato en la Etapa de Diseño y Programación, como en la Etapa de Construcción en lo que se refiere al conjunto de bases técnicas y demás información suministrada por la entidad pública concedente, pues en ésta deberá ceñirse igualmente al diseño definitivo elaborado por él mismo.

Según el numeral 2.4.2. Propuesta Financiera, ésta debía tener los siguientes puntos, y una descripción detallada de cada uno de ellos:

"A. Inversión Total

"Monto de la inversión total prevista para la construcción de la obra, de acuerdo con el diseño que el proponente elabore con base en el anteproyecto y demás información técnica suministrada por el Instituto Nacional de Vías. Los precios y costos deben estar expresados en pesos colombianos a la fecha de apertura de la Licitación. Este concepto será entendido en su más amplia acepción y debe ser calculado mediante la agregación de las siguientes partidas:

- *Precios de elaboración del diseño*

  Deberá incluir el costo de todas las actividades necesarias para la realización del diseño para construcción, de acuerdo con los alcances y el concepto de trabajo definido en la propuesta.

- *Precios de construcción*

  Deberá cubrir los costos materiales, transportes, mano de obra, herramienta, maquinaria y todos los demás costos y gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio de la rehabilitación y construcción de las obras; y en general todos los bienes, cualquiera que fuere su naturaleza que sea necesario incorporar, construir o adquirir por estar directa o indirectamente relacionados con la ejecución de la obra.

- *Costo financiero durante las etapas de diseño y programación, y construcción*

  Deberá cubrir los costos generados por la utilización de los recursos financieros durante estas etapas.

- *Monto de recursos financieros determinados para pagar el precio de la Interventoría durante todas las etapas fijado de la siguiente manera:*

  a. Para las etapas de Diseño y Programación, y Construcción, DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL PESOS ($2.349.220.000) M/CTE.

"B. Programa de Financiamiento

"Cuantía de los recursos propios y ajenos tanto nacionales como extranjeros, previstos para completar el financiamiento requerido. Debe incluirse los procedimientos previstos para la obtención de los recursos y los documentos que soporten estos procedimientos.

(…)

"F. Resultados Financieros Proyectados

"Deben incluirse estados pro-forma que muestren el comportamiento futuro del proyecto con el objetivo de evaluar su bondad financiera.:

- Para la etapa de diseño y construcción debe elaborarse el estado de Fuentes y Usos de Fondos que mensualmente muestre el origen y la aplicación de los recursos. El estado de fuentes debe ser compatible y coherente con el diagrama lógico de ruta crítica presentado en la propuesta para la construcción y con todos los aspectos descritos en la propuesta financiera. El formato de presentación del estado de fuentes y usos incluido en estos pliegos es ilustrativo y muestra la información mínima requerida que debe acompañarse en la propuesta.

- Para la etapa de operación del proyecto el licitante deberá presentar la proyección anual del flujo efectivo del proyecto calculado con una inflación del 21% anual. Este parámetro de inflación es de carácter referencial para efectos de comparación de propuestas pero no compromete las políticas macroeconómicas del Gobierno. El propósito de esta proyección es determinar el grado de factibilidad financiera durante esta etapa. El flujo debe indicar la capacidad del proyecto para cubrir los costos de operación y mantenimiento así como los costos financieros y el pago de la deuda. El formato de presentación del flujo efectivo del proyecto incluido en el Volumen IV de estos pliegos es ilustrativo y muestra la información mínima requerida que debe acompañarse en la propuesta (…).

"Deberá acompañarse la comprobación de la viabilidad financiera del proyecto, el cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel y estructura de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico y financiero del contrato durante el período de operación.

"Deben especificarse los ingresos discriminados por tipo de vehículo, los gastos de operación (mantenimiento y administración), costos y gastos financieros, impuestos, reservas y amortizaciones.

"G. Duración de la etapa de Operación

"Debe incluirse la propuesta sobre el tiempo de duración de la etapa de operación del proyecto, expresada en años y meses contados a partir de la fecha de terminación de la etapa de construcción; en la misma forma debe incluirse el plazo total del contrato, incluyendo las etapas de diseño y programación, construcción, y operación, expresado en años y meses contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato.

"El Concesionario deberá ceñirse al uso de los recursos previstos y ajustarse a los procedimientos establecidos en el programa financiero. El Instituto Nacional de Vías, directamente o por medio de la interventoría, vigilará el cumplimiento del programa financiero y cualquier modificación deberá ser previamente aprobada por el Instituto Nacional de Vías."

Conforme al numeral 2.4.5. Propuesta para la Operación del Proyecto, literal G. Tarifas, éstas:

"Deben presentarse en forma clara y específica para cada tipo de vehículo, de acuerdo con el esquema tarifario descrito en el numeral 2.5.1 de estos Pliegos de Condiciones, las tarifas que aplicará, expresadas en pesos colombianos a la fecha de la apertura de la licitación, *desde le fecha de iniciación de la etapa de operación.*

"El valor de las tarifas será ajustado de acuerdo con el procedimiento descrito en el numeral 2.5.2. tomando como condiciones iniciales las prevalecientes en la fecha de la apertura de la Licitación."

En cuanto se refiere al Sistema de Recaudo de Peajes, en el numeral 2.5.1 Recaudo durante las etapas de Operación y Construcción, se previó que:

"El cobro del peaje durante las etapas de operación y construcción, se ajustarán a los tramos, categorías de vehículos y a las tarifas propuestas y aceptadas por el Instituto Nacional de Vías, expresadas en pesos colombianos a la fecha de apertura de la Licitación de acuerdo con lo establecido en la Resolución del Ministerio de Transporte por la cual se fijan tarifas de peaje y procedimientos de ajuste (ver volumen IV – Anexos)."

Por su parte, los numeral 2.5.2.1 a 2.5.2.3, Ajuste en el valor de las Tarifas en la Operación, modificados por el Adendo No. 2, se previó que:

"2.5.2.1.- El valor de las tarifas que se establecerá en la propuesta, para la etapa de operación, debe ser expresado en pesos colombianos, a la fecha de apertura de la Licitación.

"2.5.2.2. El valor de las tarifas de peaje establecido en la propuesta, será actualizado, al inicio de la etapa de operación, con el porcentaje de aumento del Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadística – DANE, entre la fecha de apertura de la Licitación, y la fecha de iniciación de la etapa de operación.

"2.5.2.3. Durante la etapa de operación, el Concesionario mantendrá el valor de las tarifas constante ajustándolas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadística – DANE, conforme al siguiente procedimiento:

a. Las tarifas de peaje podrán ajustarse de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (agregado nacional), establecido por el Departamento Nacional de Estadística – DANE, cuando dicho índice supere el diez por ciento (10%) del que prevalecía en la fecha en que se inició la etapa de operación, para efectos del primer ajuste, o en la fecha en que se autorizó el último ajuste, para los ajustes posteriores.

b. Cuando se presente la situación señalada en el párrafo anterior, el Concesionario deberá informar por escrito al Instituto Nacional de Vías el ajuste en el valor de las tarifas de peaje, acompañando la documentación de soporte correspondiente, con diez (10) días hábiles de anticipación a la fecha en que se pretenda realizar el ajuste.

   Si el Instituto Nacional de Vías no autoriza el ajuste en el valor de las tarifas de peaje, la compensación se ajustará de acuerda con lo establecido en el numeral 2.6.2.1.

c. El proponente podrá ofrecer ajustar las tarifas para cambios porcentuales del Índice de Precios al Consumidor diferentes al especificado en este numeral, lo cual será valorado en la evaluación de ofertas, con sujeción a los procedimientos establecidos para tal efecto en el capítulo 'Evaluación de Propuestas' del Volumen IV Anexos, de este pliego."

En los numeral 2.5.3.1 a 2.5.3.3, Ajuste en el valor de las Tarifas en la Etapa de Construcción, adicionados por el Adendo No. 2, se previó que:

"2.5.3.1.- El valor de las tarifas que se establecerá en la propuesta, para la Etapa de Construcción, debe ser expresado en pesos colombianos, a la fecha de apertura de la Licitación.

"2.5.3.2. El valor de las tarifas de peaje establecido en la propuesta, será actualizado, al inicio de la etapa de construcción, con el porcentaje de aumento del Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadística – DANE, entre la fecha de apertura de la Licitación, y la fecha de iniciación de la etapa de construcción.

"2.5.3.3. El valor de las tarifas de peaje durante la etapa de construcción, se ajustará únicamente al comienzo de cada año calendario con el porcentaje de la variación del Índice de Precios al Consumidor, establecido por el DANE, a partir de la fecha de iniciación de la etapa de construcción, o de la fecha del último incremento."

En cuanto se refiere a los VOLÚMENES DE TRÁNSITO PARA EFECTOS DE RECAUDO, en los numerales 2.6.1 a 2.6.3 se previó que:

*"2.6.1 INFORMACIÓN ESTADÍSTICA*

"Para efectos del ingreso de recaudo de peaje a la concesión se establece un volumen de tránsito por categorías, que será la base para la garantía que otorga el Instituto Nacional de Vías, para un ingreso anual mínimo y un segundo volumen de tránsito por categorías, que será la base para determinar el ingreso anual máximo aportante a la concesión.

"Las proyecciones se han hecho con base en las series históricas que tiene el Ministerio de Transporte, complementadas con estudios particulares de la firma consultora del proyecto técnico, para los sectores en cuales se establecerán casetas de peaje.

*"2.6.2. VOLÚMENES DE TRÁNSITO*

*"2.6.2.1. VOLUMEN DE TRÁNSITO PARA LA GARANTÍA*

"El volumen de tránsito por categorías de vehículos para efectos de la garantía de ingreso mínimo por cada año de operación del proyecto, será el indicado en los cuadros establecidos por tramos en el capítulo II, Numeral 2, del volumen II, Información Técnica. El ingreso por peaje, garantizado, para cada año de operación, es la suma de los productos del volumen garantizado para cada categoría, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente vigente durante ese año.

"Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de Enero hasta el 31 de Diciembre del respectivo año, es menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto Nacional de Vías compensará la diferencia al CONCESIONARIO, mediante el sistema de compensación general establecido en el numeral 2.10.

"Este procedimiento solo se aplicará durante la etapa de Operación. Para el establecimiento del déficit o superávit se considerarán en forma global, todos los tramos que tengan caseta de peaje y se determinarán sobre la base de los ingresos reales acumulados durante el tiempo transcurrido de la Concesión incluyendo las compensaciones ya efectuadas.

"Desde la fecha en que se inicie la etapa de Operación hasta el siguiente 31 de diciembre, el ingreso mínimo garantizado, será proporcional al tiempo transcurrido. De igual forma, el ingreso mínimo garantizado, desde el 1 de Enero anterior, hasta la fecha en que finalice la etapa de Operación, se calculará proporcionalmente al tiempo transcurrido.

"El Proponente podrá solicitar que el Instituto Nacional de Vías, le garantice un menor tránsito anual según lo establecido en el documento "Evaluación de propuestas", lo cual será valorado para la selección del proponente.

*"2.6.2.2 LÍMITE MÁXIMO DE VOLUMEN DE TRÁNSITO APORTANTE A LA CONCESIÓN*

"El límite máximo de volumen de tránsito aportante a la concesión para cada año de operación del proyecto y para cada categoría vehicular, será el indicado en los cuadros del capítulo II, Numeral 3 del volumen II, Información Técnica de este pliego.

"El ingreso por peaje, máximo aportado, para cada año de operación, es la suma de los productos del límite máximo de volumen para cada categoría, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente, vigente durante ese año.

"Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de Enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, es mayor que el ingreso por peaje máximo esperado que ese año, el CONCESIONARIO debe transferir a una cuenta especial el cincuenta por ciento (50%) de ésta diferencia, en un término máximo de treinta (30) días calendario, a partir de la fecha en que se suscriba el acta entre la Interventoría, el CONCESIONARIO, y el Instituto Nacional de Vías constatando este hecho. Estos recursos servirán para financiar la ejecución de obras adicionales prioritarias para el proyecto, las cuales se acordarán con el Instituto Nacional de Vías o para cubrir compensaciones por déficits generados en situaciones garantizadas por el Instituto Nacional de Vías. La ejecución de obras adicionales se iniciará cuando se haya acumulado el valor correspondiente al ciento por ciento del costo de la obra acordada.

"Este procedimiento se aplicará durante la etapa de operación del proyecto.

"Desde la fecha en que se inicie la operación hasta el siguiente 31 de Diciembre, el límite máximo de volumen aportante a la concesión para cada tipo de vehículos, será proporcional al tiempo transcurrido. De igual forma, el límite máximo de volumen aportante a la concesión, desde el 1 de Enero anterior, hasta la fecha en que termine la etapa de operación, se calculará proporcionalmente al tiempo transcurrido.

"El cincuenta por ciento (50%) no transferido a la cuenta especial queda para la concesión a fin de financiar los mayores costos de mantenimiento de la vía que genera un aumento de los volúmenes de tránsito.

*"2.6.3. REVISIÓN DE LOS AFOROS DE TRÁNSITO*

"Para efectos de establecer el balance entre los ingresos garantizados y el ingreso real obtenido por el recaudado de peaje durante un año de Operación del proyecto, los aforos de tránsito, se revisarán cada año.

"A más tardar el día 15 de Enero del siguiente, debe suscribirse un acta entre la Interventoría y el Concesionario, en la que se establezca en forma precisa el volumen de tránsito, discriminado para cada una de las categorías, que circuló a través de cada caseta de cobro y totalizado por período de vigencia de cada valor de tarifa.

"En caso de no disponer de la estadística de tránsito para los 365 días del año, se revisarán las estadísticas de recaudos, los registros informativos y contables del Concesionario y se confrontarán con estimaciones basadas en las series estadísticas del tránsito, según el día, hora y mes del que se carezca información."

En cuanto a los costos del proyecto y sobrecostos por las mayores cantidades de obra en la construcción, en el numeral 2.7 se previó lo siguiente:

*"2.7. INGENIERÍA DEL PROYECTO*

*"2.7.1. ALCANCES DE LA INFORMACIÓN*

"La información técnica se suministra en los volúmenes II, III, IV y V de estos Pliegos de Condiciones, y servirá para establecer los costos de construcción, rehabilitación, mantenimiento y administración del proyecto, y en general, para la elaboración completa de la propuesta.

*"2.7.2 SOBRE-COSTO POR MAYORES CANTIDADES DE OBRA EN LA CONSTRUCCIÓN.*

"Si el costo de construcción aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de Construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, resulta mayor que el Costo de Construcción establecido en la propuesta el Instituto Nacional de Vías reconocerá al CONCESIONARIO el sobre-costo producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los Ítems de acuerdo con los siguientes parámetros.

"El Instituto Nacional de Vías pagará al CONCESIONARIO esta mayor cantidad de obra sobre la establecida en su propuesta, valorándola por el precio unitario ofrecido, actualizando el valor resultante hasta la fecha de suscripción del "Acta de Recibo de Obras y Finalización de la Etapa de Construcción". El ajuste del valor resultante será igual al aumento en el Índice de Precios al Consumidor establecido por el DANE, entre la fecha de apertura de la Licitación y la fecha de la suscripción del acta.

"No obstante, El Instituto Nacional de Vías reconocerá el 100% del precio unitario para un aumento en las cantidades de obras ejecutadas hasta del treinta por ciento (30%) sobre la cantidad establecida en su propuesta, para el Ítem respectivo y el 75% del precio unitario para cantidades excedentes entre el 30% y el 50%. Cantidades superiores en 50% sobre los originales estarán a cargo del Concesionario. El sobrecosto sólo se compensará si la mayor cantidad de obra es producida por causas no imputables al CONCESIONARIO.
"El sobre-costo aquí descrito, se evaluará, una vez finalizada la etapa de construcción y el Instituto Nacional de Vías compensará al CONCESIONARIO, mediante el sistema general de compensación, establecido en el numeral 2.10.

"Si el costo de construcción revisado y aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de Construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, referidos a la fecha de apertura de la licitación, resulta menor que el Costo de Construcción establecido en la propuesta, el CONCESIONARIO reconocerá al Instituto Nacional de Vías el menor valor ejecutado mediante el mismo procedimiento de actualización de precios y por el sistema de compensación que acuerden las partes por acta.

"El Concesionario podrá asumir porcentajes mayores de riesgo en la construcción de acuerdo a lo establecido en el documento "Evaluación de propuestas volumen IV anexos" y será tenido en cuenta para la selección del Concesionario.

"Las obras opcionales incluidas en el contrato, estarán cubiertas por esta garantía. Las cantidades de obra ejecutadas, con autorización del Instituto Nacional de Vías, en ítem no previstos en el contrato, entrarán a ser valoradas para las compensaciones a que se hace referencia en este numeral, previo el establecimiento del precio unitario correspondiente a fecha de la apertura de licitación, por el procedimiento legal determinado para la etapa de construcción."

En cuanto se refiere al Sistema de Compensación General, en el numeral 2.10 se previó lo siguiente:

*"2.10 SISTEMA DE COMPENSACION GENERAL*

"Los instrumentos de compensación son los siguientes, los cuales se aplicarán en forma individual o combinada:

"1. Aumento en el plazo de la Etapa de Operación.

"2. Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE. Este incremento no podrá ser superior al treinta por ciento (30%) del Índice de Precios al Consumidor.

"3. Para déficits superiores al treinta por ciento (30%) sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante.

"Los tres (3) sistemas de compensación se aplicarán para sobre costos de construcción y déficits de la demanda.

"En los casos anteriores se iniciará el proceso de compensación con el sistema (1) prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3) como último recurso. El Concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se debe recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por una auditoría externa.

"Para cubrir faltantes por compra de predios o costos de Interventoría se recurrirá en todos los casos al sistema (3)."

## 4.2. La propuesta de los oferentes y luego adjudicatarios

En virtud del contrato de promesa de asociación futura en Unión Temporal conformada por Fiduciaria del Estado S.A., Cano Jiménez Estudios y Construcciones Ltda., Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi Ltda., Topco S.A., Civilia Ltda., Wackenhut de Colombia S.A., Colserauto S.A., Enfaseguros Ltda., Instituto de Fomento Industrial IFI y Corfitolima S.A., mediante comunicación calendada el 29 de julio de 1994, ésta presentó al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, propuesta en siete (7) volúmenes, cuya copia aparece en los Cuadernos Nos. 2, 3 y 4 de Pruebas, para la construcción del Proyecto Vial del Norte de Bogotá por el sistema de Concesión, de acuerdo con los Pliegos de Condiciones y demás documentos de la Licitación No. 005-94.

En dicha comunicación se señaló "j. Que la presente oferta tiene una vigencia de Ciento Cincuenta (150) días calendario a partir de la fecha de cierre de la Licitación, que las tasas de Retorno (TIR) del inversionista es de 36.95% y del proyecto es de 34.23%." y "m. Que el esquema financiero que se utilizará para el financiamiento de la inversión inicial", sería el siguiente:

| FUENTE DE RECURSOS | MONTO | % |
|---|---|---|
| Capital de Riesgo | $18.260.000.000 | 26.31 |
| Recursos de Entidades Financieras | $40.402.372.000 | 50.22 |
| Otras fuentes (Peajes) | $10.728.806.000 | 15.47 |
| TOTAL | $69.391.178.000 | 100.00 |

Así mismo, se señaló "n. Que los plazos ofrecidos para la ejecución del contrato, expresado en años y meses de

- Plazo para la etapa de diseño, y programación: 6 Meses
- Plazo para la etapa de construcción: 24 Meses
- Plazo para la etapa de operación: 13 Años

PLAZO TOTAL 15 Años

La propuesta señaló el valor de las tarifas de los peajes por cobrar, según la categoría de los vehículos, en las estaciones Los Andes Ruta 45A y Santa Fe de Bogotá - La Caro Ruta 55, e indicó que el porcentaje de vehículos, para todas las categorías vehiculares, que solicitó fuera garantizado, con respecto al establecido en el Capítulo II- numeras 2 del Volumen II del Pliego de Condiciones, durante todos los años de operación, sería del 70%; que el porcentaje de aumento en las cantidades de obra, con respecto a las establecidas en la propuesta, a partir del cual se asumiría el 100% de los sobrecostos sería del de 30% y, que las obras opcionales ofrecidas de acuerdo con el numeral 5.7 del anexo 1 del Volumen IV del Pliego de Condiciones y el mes de la etapa de operación en el cual se entregarían serían: La doble calzada Cajicá – Zipaquirá (3) y Variante de Portachuelo (6).

Un desarrollo de las Propuestas de Financiamiento Total, está contenida en el Volumen 2, Propuesta Financiera, en la cual se dijo lo siguiente:

"INVERSION TOTAL

"La inversión total del proyecto, de acuerdo con lo contemplado en la propuesta técnica adjunta, es la siguiente, expresada en pesos de mayo de 1994. Se contempla un plazo para la etapa de diseño y programación de 6 meses, así como un plazo para la etapa de construcción de 24 meses. Los flujos corrientes han sido descontados mes a mes teniendo en cuenta una inflación del 21% anual. Las cifras de inversión aquí contempladas se refieren exclusivamente a este período inicial de 30 meses, destacándose más adelante las relacionadas con el proyecto de operación.

**INVERSIONES DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN**

| | **MILES $** |
|---|---|
| VALOR TOTAL ESTUDIOS Y DISEÑOS | 1.175.862. |
| VALOR TOTAL CONSTRUCCIÓN | 48.293.910. |
| PRESUPUESTO ADQUISICIÓN PREDIOS | 9.192.600. |
| **PROYECTO** | **58.662.372.** |
| VALOR TOTAL OPERACIÓN | 2.433.132. |
| INFRAESTRUCTURA OPERACIONAL | 476.864. |
| PRESUPUESTO ADQUISICIÓN PREDIOS | 9.192.600. |
| PRESUP. INTERVENTORÍA DEL I.N.V. | 2.349.220. |
| DIRECCIÓN CONTROL DE CALIDAD | 1.690.221. |
| COMISIÓN LIDER PROYECTO | 947.680. |
| COSTOS FIDUCIARIOS | 641.264. |
| COSTOS (ADMINISTRACIÓN) | 373.889. |
| IMPREVISTOS | 1.425.809. |
| OTROS (POLIZA Y LEGALIZACIÓN) | 390.727. |
| **ADMINISTRACIÓN** | **10.728.806.** |
| **TOTAL** | **$69.391.178.** |

"El valor presente de esta inversión en la etapa de construcción tiene 2 claros componentes: El relacionado con el **PROYECTO** mismo, así como el que tiene que ver con la **ADMINISTRACIÓN** durante esta etapa constructiva.

"Cada uno de estos componentes tiene una financiación propia, como se especifica a continuación:

- La **ADMINISTRACIÓN** involucra lo relacionado con el valor total de la operación, la infraestructura operacional, el presupuesto de interventoría del I.N.V., la dirección de control de calidad, la comisión del líder del proyecto, los costos fiduciarios, los costos de administración, los imprevistos y otros (legalización del contrato y pólizas), por un valor total de $10.728.8 millones. Esta parte del costo del proyecto será financiada por los recursos provenientes de los ingresos del peaje durante la etapa de construcción (a partir del mes 7 y en los niveles mínimos propuestos por el I.N.V.) los cuales ascienden a $11.312.6 millones.

- El **PROYECTO** involucra lo relacionado con el valor total de construcción, el presupuesto de adquisición de predios, así como el valor total de estudios y diseños, esto es, $58.662.4 millones. Esta parte de la inversión será financiada, en primer lugar con recursos propios en cuantía aproximada al 30% ($18.000 millones) provenientes de la unión temporal donde participan constructores, fiduciaria, operadores y corporaciones financieras, principalmente. El resto, $40.700 millones, proviene de créditos en moneda legal y extranjera, obtenidos en principio entre 3 y 4 años, los que se han pactado con recapitalización de intereses hasta el final del período de construcción, teniendo en cuenta la poca capacidad de recursos autogenerados por el proyecto en sus etapas iniciales.

**"FINANCIACIÓN DEL PROYECTO**

- **EQUITY**

Los recursos de equity del proyecto son los siguientes (en millones de pesos de mayo de 1994):

| | |
|---|---|
| FIDUACIARIA DEL ESTADO | 1,600.0 |
| CORFITOLIMA | 1,000.0 |
| IFI | 4,400.0 |

| | |
|---|---|
| CANO JIMENEZ | 350.0 |
| WACKENHUT | 427.0 |
| COLSERAUTOS | 353.0 |
| ENFASEGUROS | 30.0 |
| TOPCO | 4,000.0 |
| EQUIPOS UNIVERSAL | 2,000.0 |
| CIVILIA | 2,000.0 |
| CASTRO CHERASI | 2,000.0 |
| | 18,260.0 |

(…)

**"SITUACIÓN DEL PROYECTO AL TERMINAR LA CONSTRUCCIÓN**

"Teniendo en cuenta el efecto de la inflación (21% anual), así como el ajuste de carga financiera durante el período de construcción, la situación prevista en el momento de conclusión de las obras sería el de un proyecto con activos del orden de $110.000 millones de la época (representados en la carretera y el contrato de concesión), así como pasivos del orden de $85.000 millones, con jun patrimonio contable de $25.000 millones.

"Los activos del proyecto incluyen el valor corriente de todas las inversiones mencionadas en el rubro de construcciones ($82.000 millones), así como la 'activación' de todos los gastos financieros de la etapa de construcción (aproximadamente $28.000 millones). Los pasivos, además del valor del capital, incluyen la capitalización de los intereses ($28.000 millones). El equity ha sido actualizado a precios corrientes, en los casos en donde los participantes están aportando un porcentaje de las cuentas de cobro o comisiones.

"Se estimó, igualmente, una valoración mínima derivada de poseer una cartera totalmente construida, con un contrato de concesión por 150 meses con el Gobierno Nacional, en una zona de primer orden dentro del territorio nacional. Esta valorización se calculó, para dicho momento, en aproximadamente el 15% del valor del activo, esto es, $15.000 millones, situando el patrimonio del proyecto en $40.000 millones. Esta valorización contable cubriría, de alguna manera, el riesgo en que han incurrido los aportantes iniciales de capital del proyecto.

(…)

"Dentro de las memorias de cálculo el flujo de efectivo del proyecto se ha realizado con una inflación del 21%, obteniéndose una evaluación positiva del proyecto durante esta etapa, con una rentabilidad para la **inversión** del 36.95% efectiva anual y de 34.23% efectiva anual para el **proyecto**, lo que permite claramente visualizar la viabilidad financiera y económica del mismo.

"Los ingresos por concepto de peaje se han diseñado de conformidad al tipo de vehículo y a las especificaciones mínimas dadas por el Instituto. Adicionalmente, se han incluido en los flujos las variables de costos financieros, servicio de la deuda, capitalización, impuestos, etc., conforme a la ley colombiana. Para la etapa de operación se ha considerado un tiempo de 150 meses que sumados a la etapa de diseño y construcción (30 meses) da un tiempo total de 180 meses (15 años)."

## 4.3. La adjudicación y celebración del Contrato

El Contrato fue adjudicado mediante la Resolución No. 008181 del 27 de octubre de 1994 del Instituto Nacional de Vías - **INVIAS**, a la **UNIÓN TEMPORAL** constituida por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., HERRERA, MONTOYA, NAVARRO Y COMPAÑÍA LTDA, "EQUIPO UNIVERSAL LTDA.", CASTRO TCHERASSI Y CIA LTDA., TOPCO S.A., CIVILIA LTDA., WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SERVICIO AUTOMOTRIZ S.A. COLSERAUTO S.A., ENFASEGUROS LTDA. AGENCIA DE SEGUROS, INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI**- y **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A.**

El 21 de noviembre de 1994, mediante Contrato, se constituyó la Unión Temporal integrada por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., CIVILIA LTDA., EQUIPO UNIVERSAL LTDA.,**

**WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CASTRO TCHERASSI & CIA LTDA., COLSERAUTO S.A., ENFASEGUROS LTDA., TOPCO S.A., INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI-** y la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A**., cuyo objeto es la unión de esfuerzos mediante la definición de la participación y responsabilidades de las partes intervinientes en la presentación de la propuesta para la ejecución y coadyuvancia en la ejecución de los trabajos previstos para cada una de las etapas y actividades del contrato adjudicado que suscribirían con el Instituto Nacional de Vías y en el cual se establecieron las obligaciones y derechos de cada uno de los integrantes. Dicho Contrato de Unión Temporal fue adicionado y posteriormente modificado por varios documentos contractuales, siendo el último de ellos, antes del inicio de este proceso arbitral, el suscrito el 30 de diciembre de 2009, en el cual se señaló que, en adelante, los partícipes de la Unión Temporal serían **CANO JIMÉNEZ Y ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., MINCIVIL S.A. y WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.**

El Contrato de Concesión No. 0664 fue celebrado el 24 de noviembre de 1994, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** en ese momento integrada como atrás se anotó.

### 4.4. La cesión del Contrato del INVIAS al INCO y la transformación de éste en la ANI

Mediante el Decreto Ley 1800 de 2003, se creó el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público del orden nacional, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, al tiempo que mediante el Decreto 2056 de 2003 se modificó la estructura y funciones del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** que tendría como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteas primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte. En desarrollo de lo dispuesto en tales decretos, mediante la Resolución No. 03783 del 26 de septiembre de 2003, expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS,** se dispuso la cesión del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, a título gratuito, al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, en cumplimiento de lo cual, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE,** el 28 de enero de 2004, se acordó la modificación del Contrato de Concesión para indicar que donde se señale **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y/o INVÍAS** se entenderá **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y/o INCO** y, en este sentido y para todos los efectos, se debe entender que la entidad contratante es ésta.

A su vez, conforme a lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO,** fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI,** Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1°), el cual dispuso que "Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura" (artículo 25).

## 4.5. El Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994[277]

### 4.5.1. El Objeto del Contrato

En virtud del objeto pactado en el Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a ejecutar, según lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación, el mantenimiento y la administración fiduciaria del proyecto vial denominado "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá" en el Departamento de Cundinamarca.

Las actividades que se obligó a ejecutar la Unión Temporal Concesionaria para cumplir el objeto del Contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, administración fiduciaria, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto, las cuales debían hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Contrato, en la oferta de la Unión Temporal Concesionaria aceptada por la entidad concedente, en el pliego de condiciones y en los adendos de la Licitación Pública No. 005-94.

### 4.5.2. Planos y especificaciones y localización y disposición de las obras

Durante la ejecución del Contrato, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a ceñirse, para la etapa de Diseño y Programación, al Anteproyecto y demás información técnica suministrada con los Pliegos de Condiciones y demás documentos del Contrato. Durante la etapa de Construcción, la Unión Temporal Concesionaria debía ceñirse al diseño elaborado por ella misma y al conjunto de bases técnicas y demás información suministrada por la entidad pública concedente.

Así mismo, el Interventor suministraría las referencias topográficas estrictamente necesarias para definir el sitio de las obras por realizar. A su vez, el Director de las Obras sería responsable por la localización correcta de todos los elementos topográficos complementarios que estimare conveniente para facilitar su realización.

Si en cualquier momento, en el curso de a ejecución de las obras, surgía o se presentaba algún error en la posición, niveles, dimensiones o alineamientos en alguna parte de ellas, el Director de éstas, al requerírselo el Interventor, debía, a costa de la Unión Temporal Concesionaria, rectificar dicho error a entera satisfacción del Interventor, a menos que dicho error estuviera basado en datos incorrectos suministrados por el Interventor, en cuyo caso los gastos de rectificar el error correrían a cargo de éste. Sería responsabilidad de la Unión Temporal Concesionaria advertir de manera inmediata al Interventor cualquier tipo de error que detectara, así como proteger y conservar cuidadosamente todos los puntos de referencia, estacas de nivelación y demás elementos que se usaran para la localización y disposición de las obras.

### 4.5.3. El alcance básico

El alcance básico de la construcción incluyó los siguientes trabajos:

- Estudios, diseños definitivos y obras para la rehabilitación y ampliación a tres carriles de las calzadas existentes en los sectores de Bogotá (calle 236) – La Caro – Briceño, de la Ruta 55 y Bogotá (calle 236) – La Caro – Cajicá y Cajicá – Zipaquirá, de la Ruta 45A.

[277] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000095 a 000168.

- Estudios, diseños definitivos y obras para la construcción de segunda calzada y paso a desnivel en los sectores La Caro – Briceño de la Ruta 55 y La Caro (Teletón) – Cajicá y Variante de Cajicá de la Ruta 45A.

- Construcción del parque del Puente El Común.

- Construcción y mantenimiento de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato.

- Ampliación del viaducto existente y construcción de uno nuevo en La Caro.

- Ampliación del puente existente y la construcción de uno nuevo sobre el Río Bogotá.

- Construcción de intercambiadores o pasos a desnivel en Sindamanoy, Hatogrande, Los Clubes, Briceño, Centro Chía y variante Cajicá, así como el paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana y de puentes peatonales; y,

- El mantenimiento y la operación de todos los sectores de carretera y obras mencionados.

### 4.5.4. El alcance físico adicional

Además de las obras y actividades del alcance básico, el Contrato contempló un alcance físico adicional, el cual corresponde a las siguientes obras:

- Construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén).

- Construcción de la variante de Portachuelo.

### 4.5.5. Las obras complementarias, esto es, obras no incluidas dentro del alcance físico establecido en el Anteproyecto entregado en el Pliego de Condiciones

Las partes acordaron que si durante la ejecución de la etapa de Construcción, la entidad pública concedente autoriza la ejecución de una obra no incluida dentro del alcance físico establecido en el Anteproyecto entregado en el Pliego de Condiciones, la entidad pública concedente debe pagar a la Unión Temporal Concesionaria la ejecución de dicha obra complementaria, previa suscripción de un documento en el que consten las cantidades y los precios unitarios, relacionados con dicha obra. Si los ítems contemplados en las obras complementarias corresponden a Ítems establecidos en la propuesta, el precio unitario con el que se debe pagar es el establecido para el ítem correspondiente ajustado a la fecha de suscripción del documento respectivo. El ajuste del precio unitario será igual al aumento en el Índice de Costos de Construcción del Ministerio de Transporte, entre la fecha de apertura de la Licitación y la fecha de suscripción de este documento.

Si la ejecución de la obra complementaria, incluye un ítem no previsto en la propuesta, el precio unitario debe ser acordado conjuntamente entre la entidad pública concedente y la Unión Temporal Concesionaria.

La construcción de obras complementarias se previó únicamente para los siguientes elementos no incluidos en el Anteproyecto que forma parte de los Pliegos de Condiciones: 1.- Pasos elevados vehiculares, férreos o peatonales; 2.- Pasos subterráneos vehiculares, férreos o peatonales; 3.- Ancho de calzada; y, 4.- Ancho de Bermas.

### 4.5.6. Las obras ejecutadas con autorización de la entidad concedente en ítems no previstos en el Contrato

Se trata de las cantidades de obra ejecutadas con autorización de la entidad pública concedente en ítems no previstos en el Contrato, las cuales deben ser valoradas para efectos de las compensaciones previstas en el Contrato, previo el establecimiento del precio unitario correspondiente a la fecha de la apertura de la licitación, por el procedimiento legal determinado por la etapa de construcción.[278]

### 4.5.7. Los sobre-costos por mayores cantidades de obra en la construcción

Las partes acordaron que si el costo de construcción aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de Construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, resultaba mayor que el Costo de Construcción establecido en la propuesta, la entidad pública concedente reconocería a la Unión Temporal Concesionaria el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los Ítems de acuerdo con los siguientes parámetros. La entidad pública concedente pagaría a la Unión Temporal Concesionaria esta mayor cantidad de obra sobre la establecida en su propuesta, valorándola por el precio unitario ofrecido, actualizando el valor resultante hasta la fecha de suscripción del "Acta de Recibo de Obras y Finalización de la Etapa de Construcción". El ajuste del valor resultante sería igual al aumento en el Índice de Precios al Consumidor establecido por el DANE, entre la fecha de apertura de la Licitación y la fecha de suscripción del acta. No obstante, la entidad pública concedente reconocería el 100% del precio unitario para un aumento en las cantidades de obra ejecutadas hasta del treinta por ciento (30%) sobre la cantidad establecida en su propuesta, para el Ítem respectivo. Cantidades superiores en 30% sobre los originales estarían a cargo de la Unión Temporal Concesionaria. El sobrecosto aquí descrito, se evaluaría una vez finalizada la etapa de construcción y la entidad pública concedente lo compensaría a la Unión Temporal Concesionaria mediante el sistema general de compensación establecido en el numeral 2.11 del pliego de condiciones. Si el costo de construcción revisado y aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de Construcción, obtenido mediante la valorización de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, referidos a la fecha de apertura de la licitación, resultaba menor que el Costo de Construcción establecido en la propuesta, la Unión Temporal Concesionaria reconocería a la entidad pública concedente el menor valor ejecutado mediante el mismo procedimiento de actualización de precios y por el sistema de compensación que acordaran las partes por acta. Las obras opcionales incluidas en el Contrato, estarían cubiertas por esta garantía.

### 4.5.8. Los plazos de ejecución

El plazo para la ejecución del Contrato se pactó en quince (15) años. El desarrollo de la ejecución debía hacerse dentro de los plazos máximos siguientes:

**4.5.8.1.** ***Etapa de diseño y programación.*** Estaba comprendida entre la fecha de perfeccionamiento del Contrato, y la fecha de Inicio del último tramo de Construcción. Constituyeron actividades de esta etapa: La constitución del Fideicomiso, la elaboración de los diseños para construcción y estudios de impacto ambiental definitivos, el ajuste de los programas de obra e inversión y la estructuración del esquema financiero, las cuales debieron realizarse en un

[278] Atendiendo las solicitudes del Concesionario y las recomendaciones de la Interventoría, los trabajos con ítems no previstos en el Contrato fueron aprobados en varios comités de obra en los cuales se trató el tema de obras necesarias para el proyecto. El Concesionario presentó los análisis de precios unitarios tomando como base los precios vigentes en Bogotá en el mes de presentación del análisis y/o los precios de la propuesta del Concesionario, los cuales fueron revisados y corregidos por la Interventoría. De conformidad con lo anterior, con la comunicación C-360.5.2.2./017600 del 21 de enero de 2000, Restrepo y Uribe Ltda. presentó al INVIAS los 231 precios unitarios de ítems no previstos en el Contrato de Concesión, de acuerdo con las consideraciones en ella expuestas y conforme a los anexos que la acompañan. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000290 a 000291 y Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000001 a 000364

período máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de perfeccionamiento del Contrato. Al comienzo y terminación de esta etapa se suscribiría el "Acta de Iniciación de la etapa de Diseño y Programación" y el "Acta de Finalización de la Etapa de Diseño y Programación" respectivamente.

**4.5.8.2. *Etapa de construcción***. Estaba comprendida entre la fecha de inicio de la construcción del primer tramo y la fecha en que las obras y los equipos necesarios para la puesta en servicio del proyecto, fueran recibidos por parte de la entidad pública concedente. Durante esta etapa, la Unión Temporal Concesionaria, a su costa, llevaría a cabo la conservación de las calzadas y demás obras civiles existentes dentro de la meta física del proyecto. La construcción de la totalidad de las obras civiles e instalaciones del proyecto, el suministro, montaje y pruebas de los equipos, y la puesta en servicio a los usuarios, debían realizarse en un todo de acuerdo con lo establecido en la Propuesta para la Construcción de las obras, Suministro, Instalación y Prueba de los equipos necesarios para la puesta en servicio del Proyecto, en un período máximo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que se suscribiera el "Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción". Esta etapa finalizaría una vez la entidad concedente, a través de la Interventoría, hubiera recibido las obras de acuerdo con la propuesta aprobada por él y se hubieran completado todos los requisitos necesarios para el inicio de la operación del proyecto. Al finalizar esta etapa se suscribiría el "Acta de Finalización de la Etapa de Construcción"

**4.5.8.3. *Etapa de operación.*** Está comprendida entre la fecha de recibo de las obras del primer tramo, por parte de la entidad pública concedente y la fecha en la que el proyecto revierta a la Nación. Durante esta etapa, la Unión Temporal Concesionaria a su costa, debe llevar a cabo la conservación de las obras civiles y administrar el proyecto al que se refiere el Contrato en un todo de acuerdo con los Pliegos de Condiciones, el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas, las Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas y el Manual sobre Dispositivos para el Control de Tránsito en Calles y Carreteras. La Unión Temporal Concesionaria debe operar y administrar las casetas de peaje ubicadas sobre la autopista del norte de Bogotá –ruta 45A- entre la calle 236 y La Caro y sobre la carretera central del norte – ruta 55 – entre la calle 236 y La Caro, según el proyecto de ubicación de casetas de peaje de la propuesta, con el esquema tarifario para la etapa de operación, establecido en la Cláusula Quinta del Contrato y, en general, debe realizar todas las actividades establecidas en la Propuesta para Operación del Proyecto.

En el Pliego de Condiciones de la Licitación se señaló que el plazo máximo de esta Etapa sería establecida en meses y sería el tiempo necesario para la recuperación total de la inversión efectuada para la realización del proyecto, su mantenimiento y operación. Para el establecimiento de la duración de esta Etapa el proponente debía tener en cuenta todos los costos, gastos y utilidad para la correcta operación de la carretera: costos financieros, costos de conservación, gastos de administración, y el costo de oportunidad de la inversión efectuada, de acuerdo con todas y cada una de las condiciones establecidas en los Pliegos. Igualmente debía acompañar la comprobación de la viabilidad financiera del proyecto, el cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel y estructura de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico y financiero del contrato durante el período de operación.

Conforme a la propuesta del proponente, la duración de esta etapa se pactó en ciento cincuenta (150) meses. No obstante, se señaló que este plazo podría variar, según aumentara o disminuyera el período acumulado para la ejecución de las etapas de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción.

En el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el plazo total de las tres etapas descritas podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo. En el Contrato se pactó que la suma de los plazos de ejecución de las tres etapas en ningún caso podría ser superior a ciento ochenta (180) meses y

que, a la terminación de ese plazo se debía suscribir el "Acta de recibo del proyecto y terminación del contrato".

En todo caso, en el Contrato se pactó que podría suspenderse temporalmente su ejecución por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual se acordó que ese tiempo de suspensión no se computará para el plazo extintivo del contrato. La suspensión debe hacerse de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de un Acta donde conste el evento que la ocasiona.

Igualmente, se acordó que las diferentes etapas del Contrato se iniciarán y terminarán por tramos de acuerdo a la propuesta de la siguiente manera:

- Tramo 1: Bogotá (Calle 236) La Caro – Briceño

- Tramo 2: Bogotá (Calle 236) – La Caro - Cajicá – Zipaquirá.

Por su parte, se pactó que las obras adicionales se ejecutarían así:

- Doble calzada Cajicá – Zipaquirá, antes del tercer mes de operación.

- Variante de Portachuelo, antes del mes sexto de operación.

### 4.5.9. Valor y forma de pago del Contrato

Para efectos fiscales y legales, el valor del Contrato se determinó por la suma agregada de las siguientes partidas, a precios de mayo de 1994, considerada como la inversión inicial del proyecto:

| | |
|---|---|
| Precio de Elaboración de Estudios y diseños | $ 1.175.862.000 |
| Precio de Construcción | $ 47.651.425.984 |
| Precio de los equipos para la operación con instalación, montaje y pruebas | $ 476.864.000 |
| Valor estimado de Interventoría durante la Etapa de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción | $2.349.220.000 |
| Precio de adquisición de predios para la zona de carretera: | $ 9.192.600.000 |
| Valor total operación | $2.433.132.000 |
| Dirección control de calidad | $1.690.221.000 |
| Comisión líder proyecto | $ 947.680.000 |
| Costos fiduciarios | $641.264.000 |
| Costos (administración) | $ 373.889.000 |
| Imprevistos | $ 1.425.809.000 |
| Otros (póliza y legalización) | $390.727.000 |
| **Valor Total de la Inversión Inicial** | **$68.748.693.984** |

El pago del valor total del Contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento durante la concesión se haría mediante:

a. La **Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta Los Andes** localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de construcción del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

| CATEGORIA. N° | DESCRIPCION | VALOR |
|---|---|---|
| I | Automóviles, Camperos y Camionetas (A) | $1.200 |
| II | Buses (B) | $1.400 |
| III | Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P) | $1.400 |
| IV | Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G) | $1.400 |
| V | Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4) | $3.600 |
| VI | Camiones de 5 ejes(C-5) | $4.800 |
| VII | Camiones de seis ejes o más | $5.400 |

b. La **Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta Los Andes** localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

| CATEGORIA. N° | DESCRIPCION | VALOR |
|---|---|---|
| I | Automóviles, Camperos y Camionetas (A) | $1.350 |
| II | Buses (B) | $2.500 |
| III | Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P) | $1.600 |
| IV | Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G) | $3.600 |
| V | Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4) | $5.500 |
| VI | Camiones de 5 ejes(C-5) | $7.500 |
| VII | Camiones de seis ejes o más | $7.900 |

c. La Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y la Caro, durante la etapa de operación del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

| CATEGORÍA No. | DESCRIPCIÓN | VALOR |
|---|---|---|
| I | Automóviles, Camperos y Camionetas (A) | $1.350 |
| II | Buses (B) | $2.500 |
| III | Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P) | $1.600 |
| IV | Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G) | $3.600 |
| V | Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4) | $5.500 |
| VI | Camiones de 5 ejes (C-5) | $7.500 |
| VII | Camiones de seis ejes o más | $7.900 |

Las tarifas se expresaron en pesos colombianos de mayo de 1994 y se acordó que éstas deben ser ajustadas de acuerdo con los Parágrafos 1° y 2° de la Cláusula Quinta del Contrato, así:

- El valor de las tarifas de peaje durante la etapa de construcción se ajustaría únicamente al comienzo de cada año calendario, por un valor igual al aumento en el Índice de Precios al Consumidor en el año anterior, establecido por el Departamento Nacional de Estadística DANE.

- El valor de las tarifas se debe mantener en Valor Constante durante la etapa de operación y se debe ajustar de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadísticas –DANE, conforme al siguiente procedimiento: a) Las tarifas de peaje se deben ajustar de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadísticas–DANE, cuando dicho índice supere el veintiuno por ciento (21%) del que prevalecía en la fecha en que se inició la etapa de operación o en la fecha en que se autorizó el último ajuste; y, b) Cuando se presente cualquiera de las situaciones señaladas en el literal anterior, la Unión Temporal Concesionaria debe informar por escrito a la entidad pública concedente, el ajuste en el valor de las tarifas de peaje, acompañando la documentación soporte correspondiente, con diez (10) días hábiles de anticipación a la fecha en que se realice el ajuste.

Si la entidad pública concedente no autoriza el ajuste en el valor de las tarifas de peaje la compensación se debe ajustar a lo establecido en la Cláusula 36 del Contrato de Concesión.

### 4.5.10. Las obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria

Las obligaciones correspondientes a cada uno de los miembros que conforman la Unión Temporal se encuentran expresamente señaladas y determinadas en el Contrato de Constitución de la misma,

la cual forma parte integral del Contrato de Concesión, así como los términos y extensión de su participación en la propuesta y su ejecución, todo lo cual no puede ser modificado sin el consentimiento previo de la entidad pública concedente. En todo caso, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión, son obligaciones a cargo de la Unión Temporal Concesionaria, además de las emanadas del Contrato, las siguientes:

a. La financiación total del proyecto descrito en el Pliego de condiciones, incluidos los costos de supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para el derecho de vía, según los procedimientos descritos en los numerales 1.11 y 1.12, respectivamente, del Pliego de Condiciones.

b. El Diseño definitivo del proyecto de acuerdo con la información técnica suministrada en el Pliego de Condiciones.

c. La Construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes, y señalización.

d. El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.

e. La puesta en funcionamiento del sistema vial.

f. El recaudo del peaje de: 1) La caseta Los andes localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de construcción del proyecto; 2) La caseta Los Andes localizada en la ruta 45A entre la calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto; 3) La caseta localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto.

g. Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula 25 del Contrato de Concesión.

h. Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Pliego de Condiciones.

i. Todas las actividades de la administración fiduciaria a cargo de la Fiduciaria del Estado S.A.

De conformidad con lo anterior se pactó que la Unión Temporal Concesionaria es la única responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos, la puesta en el sitio de trabajo de la maquinaria y equipo indispensables para ejecutar la obra y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que la entidad concedente adquiera responsabilidad alguna por los daños y perjuicios que causen tales actos.

### 4.5.11. Programas de trabajo y cronograma de inversiones

La Unión Temporal Concesionaria se obligó a ejecutar el Contrato y a realizar los desembolsos de acuerdo con los Programas de Trabajo y al cronograma de Inversión presentados en su propuesta y aprobados por la entidad pública concedente. Una vez fue aprobada la garantía única del contrato y antes de iniciar la etapa de construcción, la Unión Temporal Concesionaria debió presentar al Interventor para su aprobación los programas de ejecución detallados, ajustados al diseño definitivo: El Diagrama Lógico de Ruta Crítica (CPM) y su representación gráfica (Diagrama de Barras), acompañados del cronograma de inversiones durante la etapa de construcción. El Interventor debió verificar la coherencia y compatibilidad entre los procedimientos de consecución de los recursos y

el cronograma de inversiones definitivo. En todo caso, la presentación del detalle anterior al Interventor y su aprobación por el mismo, o la de los referidos datos, no exonera a la Unión Temporal Concesionaria de ninguna de sus responsabilidades que emanen del contrato.

Las partes acordaron que los programas de trabajo y el cronograma de inversiones no se podían modificar en forma tal que signifique variación de los plazos del Contrato. Sin embargo, se pactó que dichos programas podrán ser modificados en los siguientes casos: a) Cuando se presenten causas imputables a la entidad pública concedente; b) En los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con lo establecido en la Ley 95 de 1890; c) Si se presentan obras complementarias; d) Cuando los cambios en el proyecto lo justifiquen; e) Cuando medien razones de interés público; f) En general, por cualquier otra causa que a juicio de la entidad pública concedente haga necesaria tal determinación para el mejor cumplimiento del Contrato. En tales casos los programas deben ser revaluados y aprobados por el representante legal de la entidad pública concedente y debe suscribirse el contrato adicional correspondiente, si fuere del caso.

### 4.5.12. Equipo, materiales y ejecución

La Unión Temporal Concesionaria por intermedio de Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi & Cía. Topco S.A., Civilia Ltda., Wackenhut de Colombia S.A. y Colserautos S.A., se obligó a situar oportunamente en el lugar de las obras el equipo detallado en su propuesta siendo de su obligación la adecuación de vías y estructuras que fuesen necesarias para el transporte de los mismos. La aceptación por parte de la entidad pública concedente de la relación de equipo presentada en la propuesta no eximió a la Unión Temporal Concesionaria de la obligación de suministrar oportunamente los equipos adicionales necesarios, adecuados en capacidad y características, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de las obras.

Así mismo, la Unión Temporal Concesionaria por intermedio de Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi & Cia., Topco S.A., Civilia Ltda, Wackenhut de Colombia S.A. y Colserautos S.A., a su propia costa, se obligó a suministrar y aportar todo el equipo de construcción, los equipos de operación, los materiales, la mano de obra, así como los demás elementos de todo orden que se necesitaren para la construcción, conservación y administración del proyecto, tanto temporales como permanentes, hasta la terminación del objeto del contrato.

La ejecución, los materiales y equipos de operación deben ser de las calidades descritas en los planos y especificaciones y de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.

El Director de las Obras debe proporcionar todas las facilidades indispensables para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas, así como las facilidades para las pruebas de los equipos de operación. Los funcionarios del Ministerio de Transporte y de la entidad pública concedente debidamente autorizados, el Interventor y toda persona autorizada por él, tienen en todo momento libre acceso a las obras y a todos los talleres y lugares en que se estén realizando trabajos para la ejecución de la obra, y el Director de las Obras debe proporcionar las facilidades y toda la ayuda que corresponda para hacer efectivo dicho derecho de acceso.

### 4.5.13. Predios para la vía

En el Contrato se acordó que la entidad pública concedente o la Gerencia Inmobiliaria que se contratara, negociaría los predios que fuera necesario comprar para la zona de carretera, con cada uno de los propietarios o poseedores de los mismos y gestionaría todo lo necesario para la entrega oportuna de los predios a la Unión Temporal Concesionaria. La entidad pública concedente autorizaría las cuentas de cobro que los propietarios presentaran al fideicomiso de la Unión

Temporal Concesionaria para su cancelación, lo cual debía ocurrir una vez presentada la cuenta en un término no mayor a tres días hábiles. La Unión Temporal Concesionaria pagaría las cuentas a los propietarios, con cargo a los costos totales del contrato, a través del Fideicomiso constituido para la construcción y operación del proyecto. La entrega de los predios se haría de acuerdo con los programas de trabajo establecidos para la etapa de construcción, ajustado al diseño elaborado por la Unión Temporal Concesionaria durante la etapa de Diseño y Programación, de tal forma que la disponibilidad de la zona para la construcción de las obras no obstaculizara de manera alguna su ejecución. Si en algún caso fuere necesario recurrir a la expropiación de algún predio, la entidad pública concedente adelantaría el proceso legal necesario y el pago de las correspondientes indemnizaciones lo realizaría la Unión Temporal Concesionaria con cargo a los costos totales del Contrato, previa orden por escrito, impartida por la entidad pública concedente.

La Unión Temporal Concesionaria se obligó a aportar al Fideicomiso, los recursos necesarios para la adquisición de los predios que conforman la zona de carretera del proyecto. El valor total que la Unión Temporal Concesionaria debía aportar al Fideicomiso para tal fin, sería el valor indicado por la entidad pública concedente en el Pliego de Condiciones, esto es, la suma de Nueve Mil Ciento Noventa y Dos Millones Seiscientos Mil Pesos ($9.192.600.000). Si la suma de los desembolsos totales efectuados por la Unión Temporal Concesionaria para la adquisición de predios, incluyendo aquellos para los que hubiese sido necesario adelantar el proceso de expropiación, fuere superior a este valor, la entidad pública concedente compensaría la diferencia a la Unión Temporal Concesionaria, mediante el sistema de compensación general establecido en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión. Los costos de adquisición de predios para la zona de carretera debían ser incorporados a la inversión inicial para la realización del proyecto.

### 4.5.14. Esquema Financiero y Fondos del Contrato

La Unión Temporal Concesionaria se obligó, en un período no mayor a quince (15) días calendario contado a partir del perfeccionamiento del Contrato de Concesión, a constituir un Fideicomiso en la Fiduciaria del Estado S.A. en cuya virtud se debió constituir un patrimonio autónomo, el cual serviría de eje para la captación y administración de todos los recursos necesarios para el desarrollo del Contrato, de acuerdo con el alcance definido en las cláusulas correspondientes del contrato de constitución de la Unión Temporal Concesionaria, el cual hace parte integrante del Contrato de Concesión. La Unión Temporal Concesionaria debió transferir al patrimonio autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del Contrato de Concesión, sin desprenderse de las obligaciones relativas a la ejecución del Contrato mismo. Es directamente el Fideicomiso quien debió proveer a la Unión Temporal Concesionaria de los recursos que ésta requiriera para la elaboración de los estudios y diseños, la adquisición de predios para la zona de carretera, la construcción de las obras, el mantenimiento y la operación del proyecto, y quien distribuirá las ganancias que se perciban de la operación del proyecto y ordenar lo conducente al pago de los rendimientos y capital de los empréstitos que se contraten.

Así mismo, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a aportar como Capital de Riesgo, al Fideicomiso, la suma de Dieciocho Mil Doscientos Sesenta Millones de Pesos ($18.260.000.000). Conforme al literal c) de la cláusula quinta del Contrato de Constitución de la Unión Temporal Concesionaria se previó una modificación del equity, previa autorización de la entidad pública concedente, acogiendo esta facultad. En tal virtud, la entidad pública concedente aceptó que el valor determinado en el equity para Fiduciaria del Estado por concepto de las comisiones, fuera asumido entre los demás miembros de la Unión Temporal Concesionaria, en la proporción que determinara la Fiduciaria y en desarrollo de la cláusula atrás enunciada. El saldo restante para la inversión, más el Costo Financiero durante las etapas de Diseño y programación, y Construcción, lo debió financiar el Concesionario mediante los procedimientos establecidos en la propuesta y con el apoyo de las entidades financieras que se establecieron en la oferta financiera. Esta financiación debió asegurar un adecuado flujo de recursos para cumplir con los programas de trabajo y el cronograma de

inversiones aprobados por el interventor. La participación de las entidades financieras dentro del proceso de financiación del contrato, no eximió a la Unión Temporal Concesionaria de ninguna de las obligaciones derivadas del mismo.

### 4.5.15. Volumen de tránsito para la garantía

En el Contrato de Concesión se pactó que el volumen de tránsito, por categoría de vehículos, para efectos de la garantía de ingreso mínimo por cada año de operación, del proyecto sería el indicado en el Anexo correspondiente del Contrato. El ingreso por peaje garantizado para cada año de operación se acordó en la suma de los productos del volumen garantizado para cada categoría, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente, vigente durante ese año. Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, la entidad pública concedente se obligó a compensar la diferencia a la Unión Temporal Concesionaria, mediante el sistema de compensación general establecido en la CLAUSULA TRIGESIMA SEXTA. Este procedimiento solo se aplicaría durante la etapa de Operación. Para el establecimiento de los déficits o superávits se acordó que se considerarían en forma global todos los tramos en etapa de operación y se determinarían sobre la base de los ingresos reales acumulados durante el tiempo transcurrido de la concesión incluyendo las compensaciones ya efectuadas. Desde la fecha en que se iniciara la etapa de Operación hasta el siguiente 31 de diciembre, el volumen mínimo garantizado para cada tipo de vehículos, sería proporcional al tiempo transcurrido. De igual forma, se pactó que el volumen mínimo garantizado, desde el 1 de enero anterior, hasta la fecha en que finalice la etapa de Operación, se calculará, proporcionalmente al tiempo transcurrido.

### 4.5.16. Límite máximo de volumen de tránsito aportante a la Concesión

Las partes acordaron que el límite máximo de volumen de tránsito aportante a la concesión para cada año de operación del proyecto y para cada categoría vehicular, sería el indicado en los Anexos correspondientes del Contrato de Concesión. El ingreso por peaje, máximo aportado, para cada año de operación, sería la suma de los productos del límite máximo de volumen para cada categoría, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente, vigente durante ese año. Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere mayor que el ingreso por peaje máximo esperado para ese año, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a transferir a una cuenta especial el 50% (cincuenta por ciento) de esta diferencia, en un término máximo de treinta (30) días calendario, a partir de la fecha en que se suscriba el acta entre la Interventoría, la Unión Temporal Concesionaria y la entidad pública concedente constatando este hecho. Se acordó que estos recursos servirán para financiar la ejecución de obras adicionales prioritarias para el proyecto, las cuales se deben acordar con la entidad pública concedente, o para cubrir compensaciones por déficits generados en situaciones garantizadas por la entidad pública concedente.

Así mismo se acordó que la ejecución de obras adicionales se debía iniciar cuando se hubiere acumulado el valor correspondiente al 100% de la obra acordada. Este procedimiento se aplicaría durante la etapa de operación del proyecto. Desde la fecha en que se iniciara la operación hasta el siguiente 31 de diciembre, el ingreso máximo aportante a la concesión, sería proporcional al tiempo transcurrido. De igual forma, el ingreso máximo aportante a la concesión, desde el 1 de enero anterior, hasta la fecha en que termine la etapa de operación, se debe calcular proporcionalmente al tiempo transcurrido. El cincuenta por ciento (50%) no transferido a la cuenta especial, lo debe retener la concesión a fin de financiar los mayores costos de mantenimiento de la vía, que genera un aumento de los valores de tránsito.

### 4.5.17. Revisión de los aforos

Las partes acordaron que los aforos se revisarían cada año. A más tardar el día 15 de enero del año siguiente, debía suscribirse un acta entre la Interventoría y la Unión Temporal Concesionaria Unión Temporal Concesionaria, en la que se establecería en forma precisa el volumen de tránsito que circuló por las estaciones de peaje durante el año inmediatamente anterior, discriminado por cada categoría de vehículos. La entidad pública concedente realizaría conteos permanentes de tránsito en la zona del proyecto para lo cual la Unión Temporal Concesionaria quedó obligada a prestar todas las facilidades que se requirieran para la ejecución de esta actividad y de cualquiera otra tendiente a asegurar el control y vigilancia sobre la operación del proyecto otorgado en concesión, de acuerdo con el **Reglamento para la operación de Carreteras Concesionadas.** Este reglamento podía ser modificado por la entidad pública concedente cuando las necesidades o la protección a los usuarios así lo exijan. En caso de no disponer de la estadística de tránsito para los 365 días del año, se acordó revisar las estadísticas de recaudo, los registros informativos y contables del Concesionario y se confrontarían con estimaciones basadas en las series estadísticas del tránsito, según el día, hora y mes para estimar el del período del que se careciera de información.

### 4.5.18. Conservación y mantenimiento del proyecto

Las partes acordaron que desde la suscripción del "Acta de Iniciación de Construcción", hasta la entrega final del proyecto, al término del Contrato, la Unión Temporal Concesionaria asume entera responsabilidad por su cuidado. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto de algún elemento constitutivo del proyecto, por cualquier causa que sea, con salvedad y excepción de los hechos debidos a fuerza mayor o caso fortuito, la Unión Temporal Concesionaria deberá repararlas y reponerlas a su propia costa de manera que a su entrega a la entidad pública concedente las obras estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos del Contrato de Concesión y con las instrucciones del Interventor. Dentro del mismo término, la señalización y el mantenimiento del tránsito a todo lo largo del proyecto son obligaciones a cargo de la Unión Temporal Concesionaria quien será responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o a la entidad pública concedente por falta de señalización, o por deficiencia en ella, por su negligencia o culpa grave debidamente comprobados. La señalización temporal durante la etapa de Construcción para la prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en las obras y la señalización informativa y preventiva del proyecto durante la etapa de operación, debe cumplir con las estipulaciones y especificaciones del Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, y de las resoluciones vigentes sobre la materia expedidas por el Ministerio de Transporte.

### 4.5.19. Nivel de servicio durante la etapa de operación

También las partes acordaron que, durante la ejecución de la etapa de Operación, el funcionamiento del proyecto se debe ajustar a lo establecido en el **Reglamento de la Operación de la Carretera, anexo** al Contrato de Concesión**.** La Unión Temporal Concesionaria se obligó a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, conforme a las "**Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas",** que forman parte del Pliego de Condiciones. Las revisiones se efectuarían cada tres meses. El incumplimiento de estas obligaciones durante la ejecución del contrato, causará a la Unión Temporal Concesionaria la imposición de multas proporcionales al valor del Contrato y/o a los perjuicios sufridos por la entidad pública concedente, lo cual se debe hacer mediante resolución motivada cada vez que se compruebe esta omisión con el informe de la Interventoría o con el resultado de las diligencias ordenadas por la entidad pública concedente para tal caso.

En el numeral 9 del Reglamento para la Operación del Proyecto Vial "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá", Condiciones para el Pavimento, se prevé que la Unión Temporal Concesionaria debe realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de cuatro (4).

### 4.5.20. Entrega final

Tanto en el Contrato como en Reglamento para la Operación del Proyecto Vial anexo, las partes acordaron que al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen los predios para la zona de carreteras, la obra civil (calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales), las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán en favor de la entidad pública concedente, sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio o Índice de Estado que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, de acuerdo con las "Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas" que forman parte del Pliego de Condiciones y el procedimiento para determinar el Índice de Estado de un pavimento de concreto asfáltico.

No obstante, la entidad pública concedente, al vencimiento de la etapa de operación, podrá comprar a la Unión Temporal Concesionaria, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto en los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. De igual forma, reconocerá las mejoras realizadas sobre los predios que conforman la zona de carretera para la instalación de los servicios complementarios que hayan sido autorizados por la entidad pública concedente. Las mejoras estarán representadas en construcciones de mampostería y cubierta dura. El reconocimiento de las mejoras estará precedido por un acta en la que de común acuerdo, se fije el valor de las mismas y la forma de pago. La Unión Temporal Concesionaria, si así lo quisiera, podrá solicitar la ampliación o prórroga de la concesión para la explotación de los servicios complementarios que se hayan instalado. La entidad pública concedente, dentro de las normas legales y si lo estima conveniente, autorizará esta ampliación.

### 4.5.21. Reconocimiento de la inversión realizada

Las partes acordaron que cuando por alguna de las circunstancias previstas en el Contrato de Concesión o en la Ley, sea necesario dar por terminado el contrato antes del vencimiento del plazo extintivo del mismo: se establece que: 1) Terminado por cualesquiera de las causas estipuladas en la *CLAUSULA TRIGESIMA PRIMERA,* la entidad pública concedente conservará la obligación de pagar el precio de las obras ejecutadas y servicios prestados de acuerdo con las previsiones, calidades y exigencias del contrato, en la forma y términos allí estipulados, por lo que los respectivos recursos continuarán afectados a ese propósito hasta la concurrencia del monto adeudado. 2) En caso de terminación del Contrato de Concesión por causas no imputables a la Unión Temporal Concesionaria, y antes de que ocurra la recuperación total del capital invertido por éste, la entidad pública concedente se comprometió con la Unión Temporal Concesionaria a reembolsar el saldo de capital pendiente de recuperación, dentro de los plazos previstos para recuperación del mismo en el esquema financiero vigente a la fecha de la terminación. La Tasa de Interés que se utilizará como base para el cálculo del saldo de capital no recuperado, será la Tasa de Recuperación de Capital, especificada en la PROPUESTA FINANCIERA. La Unión Temporal Concesionaria renunció expresamente a la reclamación de tales sumas, antes de los términos señalados anteriormente.

### 4.5.22. Ecuación contractual

En la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión las partes acordaron que, si se presenta alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula QUINTA, y cláusulas DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA SÉPTIMA O VIGESIMA del Contrato de Concesión, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos:

1. Aumento en el plazo de la Etapa de Operación.

2. Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE. Este incremento no podrá ser superior al 30% del Índice de Precios al Consumidor.

3. Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante.

Los tres sistemas de compensación se aplicarán para sobre costos de construcción y déficits de la demanda.

En los casos anteriores, se acordó que se iniciará el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y, se utilizará el sistema (3), como último recurso.

El concesionario debe presentar a la entidad pública concedente la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se deba recurrir al sistema (3), la cual debe ser evaluada por una auditoría externa.

Para cubrir faltantes por compra de predios o costos de interventoría, se acordó recurrir en todos los casos al sistema (3).

El instrumento o la combinación de ellos que se debe utilizar para la compensación, debe ser acordado entre la entidad pública concedente y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo, prevalecerá la decisión de la entidad pública concedente y, una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optase por la alternativa tres, la entidad pública concedente debe proceder al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligado a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.

## 4.6. Acta de iniciación de las obras de rehabilitación

En desarrollo del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, el 12 de octubre de 1995, las partes firmaron el Acta de iniciación de las obras de rehabilitación previstas en dicho Contrato para los siguientes sectores de carretera: Sector Autopista Norte (Buda) – Carretera Central del Norte – La Caro, y Sector El Buda – La Caro (Autopista Norte), los cuales fueron entregados por el INVIAS a la Unión Temporal y recibidas por ésta en la misma fecha.[279] La iniciación de las obras de construcción previstas en el Contrato, quedaron sujetas a la aprobación de los diseños definitivos por parte del INVIAS, así como también de la expedición de la Licencia Ambiental por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

[279] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000054 a 000060

### 4.7. Otrosí No. 01 - Modificación de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión – Predios para la Vía, suscrito el 23 de noviembre de 1995[280]

En atención a que la entidad pública concedente y la Unión Temporal Concesionaria consideraron viable que la adquisición de los predios fuera adelantada directamente por ésta última, procedimiento que minimizaba los trámites y resultaba más ágil para el desarrollo del proyecto de concesión y que el artículo 34 de la Ley 105 de 1993 permite que la adquisición de predios sea delegada en el Concesionario, las partes convinieron modificar la cláusula tercera del Contrato de Concesión, en virtud de lo cual, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a adelantar la gestión necesaria para la adquisición de los predios y mejoras contenidas en las fichas prediales aprobadas por la entidad pública concedente para la zona de carretera. La entidad pública concedente se obligó a autorizar las cuentas de cobro que los propietarios presentaran al fideicomiso de la Unión Temporal Concesionaria para su cancelación con cargo a los fondos previstos por la Unión Temporal Concesionaria para estos efectos, lo cual debía ocurrir una vez presentada la cuenta acompañada de los soportes que la entidad pública concedente determinara en caso de terrenos y mejoras, en un término no mayor de tres (3) días hábiles y en la medida que subsistieran recursos destinados para estos efectos. La Unión Temporal Concesionaria pagaría las cuentas a los propietarios, con cargo al presupuesto establecido para predios en los costos generales del Contrato, a través del fideicomiso constituido para la construcción y operación del proyecto. En tal virtud, la Unión Temporal Concesionaria se obligó para con la entidad pública concedente a: 1) Verificar las áreas de los terrenos y las mejoras que se necesitaba adquirir, de conformidad con el inventario de predios elaborado con base en los diseños definitivos aprobados por la entidad pública concedente y los avalúos oficiales efectuados por Fedelonjas y otras entidades avaluadoras, debidamente aprobadas por la entidad concedente; 2) Efectuar la notificación personal a los propietarios; 3) Gestionar la adquisición de los predios con los propietarios; 4) Efectuar el estudio de títulos de propiedad; 5) Elaborar las promesas y minutas de compraventa a nombre de la entidad pública concedente; 6) Formalizar las escrituras ante Notaría y Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; 7) Hacer entrega a la entidad concedente de la primera copia de la escritura debidamente registrada y con el respectivo certificado de Tradición a nombre de la entidad pública concedente; 8) Gestionar la entrega y recibo de los inmuebles a favor de la entidad pública concedente; 9) En los casos en que fuere necesario adelantar procesos de expropiación, entregar a la entidad pública concedente los documentos necesarios para la presentación de la demanda y la culminación del proceso, con una antelación de tres (3) meses a la fecha en que se requiriera el predio para la obra; 10) Efectuar las diligencias necesarias para la negociación de la ocupación temporal de los predios necesarios para la ejecución de las obras, de manera que se encontraran disponibles de acuerdo con el programa de trabajo y cronograma de actividades aprobados por la entidad pública concedente; 11) Efectuar todas las diligencias necesarias para el cabal cumplimiento de estas obligaciones. La entidad concedente se obligó a fijar el valor por el cual se debía adquirir cada uno de los predios, sin responsabilidad alguna por parte de la Unión Temporal Concesionaria. Con esta modificación al Contrato de Concesión se pactó el valor que se le reconocería a la Unión Temporal Concesionaria por las actividades relacionadas con la negociación directa de cada predio y/o la expropiación.

### 4.8. Otrosí No. 02 - Aporte para compensación por adquisición de predios, suscrito el 22 de mayo de 1996[281]

En atención a que la Unión Temporal Concesionaria aportó al fideicomiso constituido para la captación y administración de los recursos necesarios del Contrato de Concesión la suma de $9.192.600.000 para la adquisición de los predios requeridos en la zona del proyecto; que es obligación de la Unión Temporal Concesionaria financiar la adquisición de predios, al tiempo que la entidad concedente quedó obligada a compensar a aquella la suma que sobrepasara el valor

[280] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000169 a 000174
[281] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000175 a 000179

establecido en el Contrato de Concesión por tal concepto; que según la Cláusula Trigésima Sexta "Ecuación Contractual", para cubrir faltantes por compra de predios se recurre en todos los casos al Sistema 3 de Compensación, es decir, pagos con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce meses a partir del establecimiento del faltante, para déficits superiores al 30% sobre la base prevista; que en tales casos, la entidad pública concedente debe proceder a la compensación de la inversión en el plazo establecido de doce meses; que para el 22 de mayo de 1996 la entidad concedente contaba con la suma de Seis Mil Millones de Pesos ($6.000.000.000) para cubrir una parte del valor faltante por concepto de adquisición de predios, una vez agotado el valor aportado inicialmente al fideicomiso y previa financiación de los mismos por parte de la Unión Temporal Concesionaria; que resultaba benéfico para la ejecución del Contrato de Concesión que el mismo concesionario pagara directamente a través del patrimonio autónomo el valor de los predios a los propietarios, pues ello permitía cumplir con los plazos pactados en el mismo para el pago y agilizaría la gestión de adquisición de predios en beneficio del proyecto, las partes contratantes acordaron suscribir el Otrosí del 22 de Mayo de 1996 con el fin de apropiar la suma de $6.000.000.000 para compensar a la Unión Temporal Concesionaria las sumas que a través del fideicomiso, serían canceladas a los propietarios de los predios requeridos para el Proyecto Vial, previa presentación por parte de ésta de la relación de pagos efectuados por el fideicomiso relacionados con el valor estipulado y una vez agotada la suma inicialmente aportada al patrimonio autónomo para el mismo fin.

### 4.9. Otorgamiento de la Licencia Ambiental[282]

Con la Resolución No. 703 del 28 de junio de 1996, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó al Instituto Nacional de Vías, Licencia Ambiental Ordinaria para la ejecución del Proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, en el Departamento de Cundinamarca, sujeta al cumplimiento por parte del Instituto de las obligaciones que en ella se impusieron.

### 4.10. Acta de Iniciación de las Obras de Construcción Nueva previstas dentro de la Etapa de Construcción establecida en el Contrato de Concesión, suscrita el 2 de septiembre de 1996[283]

El 2 de septiembre de 1996, las partes acordaron iniciar las obras correspondientes a la rehabilitación de las calzadas existentes, construcción de la segunda calzada y pasos a desnivel y en general de la totalidad de las obras incluidas en el alcance del proyecto, en los tramos La Caro – Briceño y La Caro – Cajicá – Zipaquirá.

A su vez, el INVIAS declaró recibidos los diseños presentados por el Concesionario y aprobados por la Interventoría de Diseño, así como las cantidades de obra, precios unitarios previstos en el Contrato, especificaciones técnicas y valor resultante de la Etapa de Diseño, que se incluyeron en el Anexo 1 del Acta de inicio.

Así mismo, el INVIAS declaró aprobados el programa de ejecución, el diagrama de barras y el cronograma de inversiones a que se refiere la Cláusula Novena del Contrato de Concesión, presentado por la Unión Temporal el cual previó que el plazo para la ejecución de las obras descritas sería de 24 meses contados a partir de esa fecha.

[282] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000136 a 000153
[283] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000061 a 000094 y Folios 000437 a 000468.

### 4.11. Otrosí No. 03 - Modificación de las Cláusulas Sexta y Décima Quinta del Contrato de Concesión, suscrito el 11 de octubre de 1996[284]

En atención a que mediante la Resolución del Ministerio de Transporte No. 0005640 del 4 de septiembre de 1996 se autorizó el recaudo en la caseta localizada en la ruta 55 (carrera séptima), entre la calle 236 y La Caro, durante la etapa de construcción, fue necesario modificar las cláusulas sexta y décima quinta del Contrato de Concesión sobre las obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria y sobre el Esquema Financiero, Fondos del Contrato, respectivamente.

En consecuencia, se pactó que en lo sucesivo serían obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria, además de las emanadas del Contrato de Concesión, la siguientes:

1. La financiación total del proyecto descrito en el Pliego de Condiciones, incluidos los costos de supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para el derecho de vía, según los procedimientos descritos en los numerales 1.11 y 1.12, respectivamente, del Pliego de Condiciones.

2. El diseño definitivo del proyecto, de acuerdo con la información técnica suministrada en el Pliego de Condiciones.

3. La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes, y señalización.

4. El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.

5. La puesta en funcionamiento del sistema vial.

6. El recaudo del peaje en las siguientes casetas: a) Los Andes, localizada en la ruta 45A entre la calle 236 y La Caro, durante las etapas de construcción y de operación del proyecto; b) Fusca, localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, durante el lapso comprendido entre su fecha de apertura y la finalización de la etapa de operación del proyecto.

7. Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula 25 del Contrato de Concesión.

8. Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Pliego de Condiciones.

9. Todas las actividades de la administración fiduciaria a cargo de la Fiduciaria del Estado S.A.

En cuanto se refiere al Esquema Financiero y a los Fondos del Contrato, en esta modificación se precisó que:

1. La Unión Temporal Concesionaria, en un período no mayor a quince (15) días calendario contado a partir del perfeccionamiento del Contrato de Concesión, constituiría un fideicomiso en la Fiduciaria del Estado S.A. en cuya virtud se constituiría un patrimonio autónomo, el cual serviría de eje para la captación y administración de todos los recursos necesarios para el desarrollo del Contrato, de acuerdo con el alcance definido en las cláusulas correspondientes del contrato de

[284] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000180 a 000185

constitución de la Unión Temporal Concesionaria, el cual hace parte integrante del Contrato de Concesión.

2. La Unión Temporal Concesionaria debe transferir al patrimonio autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del Contrato de Concesión, sin desprenderse de las obligaciones relativas a la ejecución del Contrato mismo.

3. Que será directamente el Fideicomiso el que debe proveer a la Unión Temporal Concesionaria de los recursos que ésta requiera para la elaboración de los estudios y diseños, la adquisición de predios para la zona de carretera, la construcción de las obras, el mantenimiento y la operación del proyecto, y el que distribuye las ganancias que se perciban de la operación del proyecto y ordenar lo conducente al pago de los rendimientos y capital de los empréstitos que se contraten.

4. La Unión Temporal Concesionaria debía aportar como Capital de Riesgo al Fideicomiso, la suma de Dieciocho Mil Doscientos Sesenta Millones de Pesos ($18.260.000.000).

5. Que conforme al literal c) de la cláusula quinta del Contrato de Constitución de la Unión Temporal Concesionaria se previó una modificación del equity, previa autorización de la entidad pública concedente, por lo que acogiendo esta facultad, la entidad pública concedente aceptó que el valor determinado en el equity para la Fiduciaria del Estado por concepto de las comisiones fuera asumido entre los demás miembros de la Unión Temporal Concesionaria, en la proporción que determinara la Fiduciaria y en desarrollo de la cláusula atrás enunciada. El saldo restante para la inversión, más el costo financiero durante las etapas de diseño y programación, y construcción, lo debía financiar el concesionario mediante los procedimientos establecidos en la propuesta y con el apoyo de las entidades financieras que se establecieron en la oferta financiera. Esta financiación debía asegurar un adecuado flujo de recursos para cumplir con los programas de trabajo y el cronograma de inversiones aprobados por el interventor. La participación de las entidades financieras dentro del proceso de financiación del contrato, no eximiría a la Unión Temporal Concesionaria de ninguna de las obligaciones derivadas del mismo.

6. Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 0005640 del 4 de septiembre de 1996 del Ministerio de Transporte, la entidad pública concedente autorizó a la Unión Temporal Concesionaria para cobrar a los usuarios en el sentido sur - norte en la caseta Fusca localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, las mismas tarifas cobradas en la caseta Los Andes en cada período de la etapa de construcción, a partir de la fecha de esta modificación. Se acordó igualmente que los dineros provenientes del recaudo en esta caseta durante la etapa de construcción serían consignados por el Concesionario en una cuenta especial denominada "Clip Compensaciones", creada en el fondo común ordinario de la Fiduciaria del Estado S.A. en el fideicomiso allí constituido, de la cual sólo se podrían realizar retiros mediante autorización escrita del representante legal de la entidad pública concedente o su delegado. La consignación del recaudo en la mencionada cuenta se realizaría a más tardar el día hábil bancario siguiente a la realización del mismo por el 90% del recaudo de la caseta Fusca siempre y cuando este supere el 22% neto del recaudo total de las dos casetas del proyecto (Los Andes y Fusca). Si este último valor fuese mayor, la suma a consignar será el 22% neto del recaudo total de las casetas citadas. El valor del recaudo de cada caseta se calcularía como el número de vehículos que pasan de cada categoría multiplicado por el valor de la tarifa de cada categoría. Este cálculo y el de la correspondiente consignación debería hacerse diariamente. El diez por ciento (10%) restante del valor recaudado en la caseta de Fusca correspondería a la contraprestación por todos los costos en que pudiera incurrir el concesionario por la administración de la misma durante la etapa de construcción, tales como costos de recaudo, custodia, control, transporte, etc. Así mismo se acordó que los recursos de esta cuenta, recaudados durante la etapa de construcción, servirían para financiar obras adicionales y complementarias prioritarias para el proyecto, las cuales definiría la entidad pública concedente o para cubrir compensaciones por déficits generados en situaciones garantizadas por la entidad pública concedente.

### 4.12. Otrosí No. 04 - Nueva modificación de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión y Restablecimiento de la Ecuación Contractual en lo relacionado con los predios para la vía-, suscrito el 19 de febrero de 1997[285]

En atención a que la entidad pública concedente contaba con una partida de $23.500.000.000 de la vigencia de 1997 y con una partida de $13.680.000.000 de la vigencia de 1998, para compensar parte de los faltantes por concepto de adquisición de predios y, que el valor final de los predios requeridos para la vía estimado al 19 de febrero de 1997 por la entidad concedente era la suma aproximada de $76.692.600.000 los cuales eran aportados al proyecto de la siguiente manera: a) $9.192.600.000 ya aportados por el concesionario; b) $6.000.000.000 ya aportados por la entidad concedente; c) $23.500.000.000 que serían aportados por la entidad concedente durante la vigencia de 1997; d) $13.680.000.000 que serían financiados por el Concesionario y compensados por la entidad concedente en la vigencia fiscal de 1998; y, e) El saldo restante estimado en $24.320.000.000 sería aportado por la entidad concedente mediante los mecanismos presupuestales que implementaría, las partes contratantes acordaron suscribir la Modificación al Contrato de Concesión, celebrada el 19 de febrero de 1997 con el fin de compensar la suma de $37.180.000.000 para lo cual acordaron:

1. Modificar parcialmente la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión en la cual se pactó que la Unión Temporal Concesionaria dispondría de un CLIP especial dentro del mismo fideicomiso existente para la administración de los recursos de la concesión denominada Desarrollo Vial del Norte de Bogotá UT-DEVINORTE, para el manejo de los recursos que la entidad concedente transfiera para compensar el faltante presentado por la adquisición de los predios afectados por las obras denominado CLIP-PREDIOS, en el cual se administrarían los siguientes recursos: a) Los recursos destinados exclusivamente al pago directo por parte de la fiduciaria a los propietarios de cada uno de los predios, por concepto del valor de los mismos y mejoras y edificaciones debidamente incluidas en el avalúo. b) Los recursos destinados exclusivamente a la cancelación de los siguientes costos: honorarios por avalúos, honorarios por elaboración de fichas prediales, honorarios por interventoría de predios, honorarios por la gestión, comisiones fiduciarias, honorarios de manejo administrativo, costos financieros y en general todos los costos directamente relacionados con la operación de adquisición de predios.

2. Que el Concesionario adelantaría la gestión de adquisición de predios y mejoras contenidas en las fichas prediales aprobadas y suministradas por la entidad concedente, para la zona de carretera, de acuerdo al cronograma aprobado para tal fin.

3. La entidad concedente se obligó a autorizar las cuentas de cobro que los propietarios presentaran al CLIP-PREDIOS para su cancelación con cargo a los fondos disponibles, al tiempo que reconoció y autorizó descontar, en forma mensual, de los fondos del CLIP-PREDIOS, previa aprobación por parte de las interventorías financiera y de predios del Contrato, los costos financieros que se causen y que estén relacionados con la obtención de recursos imputables a la financiación mencionada, más los siguientes costos: a) El 0.75% de la totalidad de pagos efectuados con cargo a los recursos del CLIP-PREDIOS, con excepción de comisiones, honorarios de gestión y administración, intereses y amortización de capital; b) El 9% de los rendimientos financieros del CLIP-PREDIOS, como comisión de manejo; c) El 1.5% del valor de los créditos obtenidos en el mes correspondiente, comisión generada por concepto de la banca de inversión y de los certificados de garantía expedidos para obtener los créditos que fueran necesarios para apalancar transitoriamente los recursos necesarios para la adquisición de los predios; d) El costo fijo por concepto de administración, es decir la suma de $12.093.416 mensuales.

4. Así mismo, la entidad concedente se obligó a reconocer mensualmente al concesionario por la gestión d adquisición de predios una suma fija de $45.083.730, antes de IVA, hasta por un plazo

[285] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000186 a 000196

máximo de seis meses, valor que incluyó todos los costos directamente relacionados con la operación y gestión de adquisición de predios.

5. De conformidad con todo lo anterior, la entidad pública concedente compensó anticipadamente a la Unión Temporal Concesionaria la suma de $23.500.000.000 por concepto de adquisición de predios.

6. En beneficio del proyecto, las partes acordaron invertir en la adquisición de predios los rendimientos que generara dicha suma, así como los rendimientos de los giros futuros que realizara la entidad pública concedente por el mismo concepto.

7. La Unión Temporal Concesionaria se obligó a desarrollar la gestión para la adquisición de la totalidad de los predios afectados por el proyecto en un plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de suscripción de esta Modificación.

8. Dentro de ese plazo y en un término no mayor a tres meses, el concesionario debía gestionar la adquisición de la totalidad de los predios afectados en el sector La Caro – Briceño y Variante de Teletón. El Concesionario no podría presentar a la entidad concedente para efectos de expropiación un número mayor de treinta predios.

9. Así mismo, la entidad concedente se comprometió a compensar al concesionario la suma de $13.680.000.000 por concepto de predios, una vez se incorporara dicha suma en el presupuesto para la vigencia de 1998 y se obtuviera el correspondiente registro presupuestal.

### 4.13. Otrosí No. 05 - Modificación de la Cláusula Tercera "Plazos", suscrito el 24 de julio de 1997[286]

En atención a: 1) Que la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión no previó un plazo dentro de la etapa de diseño para la revisión y aprobación por parte de la entidad concedente de los diseños definitivos elaborados por el concesionario; 2) Que el 12 de octubre de 1995, la entidad pública concedente aprobó los diseños correspondientes a la rehabilitación de los sectores Autopista Norte (El Buda) – Carretera Central del Norte – La Caro y el Buda – La Caro – Autopista Norte presentados por el Concesionario y se firmó el acta de inicio de la Etapa de Construcción en lo relacionado con la rehabilitación, en la cual se acordó que la iniciación de las obras de construcción previstas en el Contrato de Concesión quedaban sujetas a la aprobación de los diseños definitivos por parte de la entidad pública concedente, así como también a la expedición de la licencia ambiental por parte del Ministerio del Medio Ambiente; 3) Que sólo hasta el 28 de julio de 1996, mediante la Resolución No. 703, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó a la entidad pública concedente la licencia ambiental para la ejecución del proyecto; 4) Que con fecha 2 de septiembre de 1996 se firmó el acta de inicio de las obras de construcción nueva, previstas dentro de la etapa de construcción en la cual la entidad pública concedente declaró haber recibido los diseños presentados por el concesionario y aprobados por la interventoría de diseño, así como las cantidades de obra, precios unitarios previstos en el Contrato, especificaciones técnicas y valor resultante de la etapa de diseño que se incluyeron en el anexo de esa acta; a que en la cláusula cuarta de los acuerdos de la citada acta se previó un plazo de 24 meses, contados a partir del 2 de septiembre de 1996, para la ejecución de las obras descritas en la cláusula primera de la misma, por lo cual era necesario prorrogar los plazos de la etapa de diseño y de construcción, previstos en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión; y, 5) Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión y en la cláusula cuarta del acta de iniciación de la etapa de construcción del 12 de octubre de 1995, la entidad pública concedente cedió al concesionario, desde esa fecha, los derechos de recaudo de peaje de la caseta Los Andes durante la etapa de construcción del proyecto,

[286] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000197 a 000200

cesión del recaudo que generó ingresos operacionales al proyecto que debían ser tenidos en cuenta para el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, toda vez que no se dio aplicación a la cláusula séptima del acta de iniciación de la etapa de construcción, en la cual se previó la suspensión de la cesión del recaudo de peaje, por circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, como lo fue el tiempo requerido por el Ministerio del Medio Ambiente para otorgar la licencia ambiental del proyecto, las partes acordaron:

1. Modificar la cláusula tercera del Contrato de Concesión en el sentido de indicar que la etapa de diseño se ejecutaría en un plazo de diez (10) meses y tres (3) días calendario, contados a partir de la fecha del acta de iniciación de esta etapa, es decir, diciembre 9 de 1994 y que la etapa de construcción se ejecutaría en un plazo de treinta y cuatro (34) meses y veintiún (21) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del acta correspondiente, es decir, octubre 12 de 1995; y,

2. De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la citada modificación contractual y en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del mismo, harían los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio contractual a que hubiere lugar, como consecuencia del mayor tiempo de cesión del recaudo en la caseta denominada Los Andes.

En desarrollo de ese segundo acuerdo, mediante comunicación DVNB-1107 del 24 de octubre de 1997, el Gerente de la Concesión le remitió al INVIAS la actualización del Modelo Financiero del proyecto con el fin de restablecer el equilibrio financiero del Contrato,[287] la cual se realizó tomando como tiempo total de la concesión 18,08 años (217 meses), a partir de diciembre/94 hasta diciembre/12. Se calculó la Tasa Interna de Retorno del Inversionista definiendo como flujo positivo los dividendos y como flujo negativo los aportes de capital de riesgo más excedentes del ingreso por peaje; la TIR resultante fue 38.17% equivalente a 14.19% real. Así mismo, se calculó la TIR del proyecto tomando como flujos positivos los ingresos por peaje y como flujos negativos los egresos operacionales totales; la TIR resultante fue de 34.25% equivalente a una real de 10.95%.

### 4.14. Otrosí No. 06 - Compensación por adquisición de predios y suspensión temporal construcción variante Cajicá hasta tanto existan recursos para predios-, suscrito el 11 de mayo de 1998[288]

En atención a que: 1) De conformidad con la cláusula décima tercera del contrato de Concesión, cuando los desembolsos totales efectuados por el Concesionario para la adquisición de predios, incluyendo los que hubiesen sido necesarios para adelantar los procesos de expropiación fueren superiores a la suma de $9.192.600.000, la entidad concedente compensaría la diferencia al Concesionario mediante el sistema de compensación general establecido en la cláusula trigésima sexta del Contrato de Concesión, esto es, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce meses a partir del establecimiento del faltante; 2) Que mediante documento modificatorio del Contrato suscrito el 19 de febrero de 1997, las partes estimaron el valor de los predios requeridos hasta ese momento para la vía en la suma de $76.692.600.000, en pesos corrientes, de los cuales el Concesionario había aportado la suma de $9.192.600.000 y la entidad Concedente había compensado la suma de $43.179.908.000, según otrosí de mayo 22 de 1996 y el documento modificatorio del 19 de febrero de 1997, quedando un saldo estimado en la suma de $24.320.092.000; 3) Que para compensar parte de dicho saldo faltante para la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, la entidad Concedente contaba con una disponibilidad presupuestal de $8.009.520.000; 4) Que por ese momento se consideró la posibilidad de suspender la ejecución de la variante de Cajicá hasta tanto se contara con los recursos suficientes para el pago de la totalidad de los predios requeridos para el proyecto, las partes acordaron que:

[287] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000179 a 000223
[288] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000201 a 000207

1. La Concedente compensaría anticipadamente al Concesionario en la suma de $8.009.520.000, para cubrir parte del faltante para la adquisición de predios, la cual sería girada en un solo contado.

2. Tal como se acordó en el documento modificatorio del 19 de febrero de 1997, en beneficio del proyecto, las partes acordaron igualmente invertir en la adquisición de predios los rendimientos que generaran las sumas giradas al Fideicomiso por la entidad Concedente a título de compensación anticipada por adquisición de predios, así como los rendimientos por los giros futuros que realizare la entidad concedente por el mismo concepto.

3. Para efectos de este Otrosí y hacia el futuro, las partes acordaron dejar sin validez, lo relativo al costo fijo por concepto de administración, pactado en el numeral 4) de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión modificada el 19 de febrero de 1997 y lo relacionado con el pago por la gestión de adquisición de predios acordado en el parágrafo cuarto de la mencionada cláusula, tal como quedó modificada mediante el precitado documento.

4. Como contraprestación por la gestión de adquisición de los predios situados en el sector comprendido entre Capellanía y Zipaquirá y los necesarios para la Variante de Portachuelo hasta el cruce con la Vía Zipaquirá – Briceño, la entidad Concedente reconocería al Concesionario la suma de $1.300.000 más IVA, por predio adquirido, valor que sería liquidado y cancelado siguiendo en un todo los lineamientos establecidos en la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión, tal como quedó modificada.

5. Para la ejecución de la gestión de la adquisición de los predios así indicados, las partes acordaron un plazo de ocho meses contados a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos de ejecución.

6. Suspender la ejecución de la variante de Cajicá, hasta tanto se contara con los recursos suficientes para el pago de la totalidad de los predios requeridos para el proyecto.

### 4.15. Otrosí No. 07 - Modificación de la Cláusula Tercera "Plazos" del Contrato de Concesión y adición de obras complementarias -, suscrito el 6 de agosto de 1998[289]

Teniendo en cuenta: 1) Que como consecuencia de la asignación gradual de los recursos necesarios para la adquisición de predios, se había visto alterado el programa de obras establecido, tal como se expresó en los oficios números DVNB 1619 del 25 de marzo de 1998 suscrito por el Concesionario y C.171.INV.7.1/0793/98 del 6 de mayo de 1998, suscrito por la Interventoría del proyecto, de tal manera que se hacía necesario programar el plazo previsto para la etapa de construcción; 2) Que como consecuencia del incremento en los plazos establecidos para las etapas de diseño y construcción y teniendo en cuenta que el Concesionario había manifestado su acuerdo acerca de que las obras adicionales y complementarias serían compensadas a éste por parte de la entidad pública Concedente, mediante la utilización de los mecanismos 1 y 2 de la Cláusula Trigésima Sexta, "Ecuación Contractual", del Contrato de Concesión, se hacía necesario suprimir el límite máximo de los plazos de ejecución de las tres etapas, establecido en ciento ochenta (180) meses de conformidad con la Cláusula Tercera, "Plazos", del Contrato de Concesión. 3) Que las partes habían considerado la posibilidad de entregar al Concesionario parte de los recursos depositados en el Clip-Compensaciones, con el fin de cancelar parcialmente las obras complementarias surgidas a partir de los diseños definitivos, las partes acordaron:

1. Modificar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, "Plazos", cuyo contenido había sido modificado por la Cláusula Primera del Otrosí del 24 de julio de 1997, en el sentido de indicar que la etapa de construcción se ejecutaría en un plazo de cuarenta y seis (46) meses y veintiún (21) días

[289] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000208 a 000213

calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del acta correspondiente, es decir, octubre 12 de 1995, de conformidad con el cronograma de obra anexo, aprobado por la Interventoría del proyecto mediante comunicación número C-171.INV.7.1/1576/98 del 23 de julio de 1998, documentos que hacen parte integrante de esta modificación. Continuaron vigentes las demás estipulaciones de la Cláusula Tercera del Contrato principal y de la Cláusula Primera del Otrosí del 24 de julio de 1997, no modificadas por esta cláusula.

2. Por las razones expresadas en el numeral segundo de la parte considerativa de este Otrosí, suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera del contrato principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas. El plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto.

3. A través de este Otrosí, se autorizó la utilización de los recursos del Clip- Compensaciones, creado mediante modificación de octubre 11 de 1996 al Contrato de Concesión, para el pago de las obras complementarias sugeridas a partir de los diseños definitivos aprobados por la Interventoría técnica de la etapa de diseño La Vialidad Ltda., hasta por la suma de $8.000.000.00, incluido el Impuesto al Valor Agregado IVA, suma que en ese momento estaba disponible en el citado Clip, de conformidad con la certificación anexa expedida por FIDUESTADO S.A y que hace parte integrante de este Otrosí.

Las obras a las cuales se aplicarían los recursos determinados en esta cláusula y su ajuste hasta el mes de junio de 1998 de conformidad con lo previsto en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato de Concesión, serían verificados por la Interventoría técnica de la Etapa de Construcción Restrepo y Uribe Ltda. Aquí se acordó que ni la ejecución de estas obras, ni su pago serían incluidas en la ingeniería financiera del proyecto.

### 4.16. Otrosí No. 08 - Ampliación plazo final para la terminación de obras y la construcción de otras obras-, suscrito el 22(3) de diciembre de 1998[290]

Teniendo en cuenta: 1) Que en el parágrafo primero de la Cláusula Primera "Objeto" y en el numeral 2 de la Cláusula Tercera "Plazos" del Contrato de Concesión se definió el alcance básico de las obras de construcción y el plazo dentro del cual el Concesionario debía ejecutar la Etapa de Construcción del Proyecto; 2) Que la Cláusula Cuarta "Valor del Contrato", estableció los conceptos que integran el valor de la inversión que debe efectuar el Concesionario durante la etapa de construcción; 3) Que la ejecución total del alcance básico de la Etapa de Construcción se había visto afectada, entre otros factores, por la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras de construcción; 4) Que con el fin de evitar la paralización del proyecto objeto del Contrato de Concesión y las consecuencias que se derivarían en la prestación del servicio público de transporte en las vías concesionadas, se hacía necesario desarrollar las prerrogativas establecidas en los artículos 3, 14 numeral 1, y 26 numerales 1 y 14 de la Ley 80 de 1993, conducentes a realizar los fines y objetivos de la contratación estatal; 5) Que, en cumplimiento de la contratación se exigía, de una parte, reestructurar el cronograma de actividades que debía adelantar el Concesionario durante la Etapa de Construcción y, de otra parte, establecer los medios de financiamiento de tales actividades constructivas; 6) Que los recursos del "CLIP Compensaciones" podían ser destinados a cubrir los rubros garantizados por la entidad pública Concedente, de conformidad con los términos planteados en la modificación del 11 de octubre de 1996; 7) Que la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, "Forma de Pago", establece los derechos de recaudo de peaje que cedió la entidad pública Concedente al Concesionario a título de recuperación de las inversiones por éste realizadas y el esquema tarifario aplicable durante las etapas de construcción y operación del proyecto concesionado, recursos que en virtud de una reestructuración adecuada, también podrían

[290] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218

contribuir a cubrir los rubros garantizados por la entidad pública Concedente, las partes convinieron en lo siguiente:

1. El Concesionario se obligó a terminar la construcción del tramo La Caro - Briceño y la rehabilitación correspondiente a dos (2) carriles del tramo La Caro - Centro Chía a más tardar el día 30 de diciembre de 1998.

2. El Concesionario se obligó a terminar a más tardar el día 30 de abril de 1999, la construcción de las siguientes obras: a) Puentes vehiculares: Series, Viaducto La Caro, Briceño I. b) Puentes peatonales: los definidos y aprobados por la Interventoría técnica durante la etapa de diseño y programación. c) Construcción del tramo Centro Chía - Rancho JR.

3. Aplazar la ejecución de las siguientes actividades: a) Por un término de doce (12) meses contados desde la fecha de la firma de esta modificación, la construcción del puente curvo Teletón - Autopista Norte, la ampliación del trayecto La Caro - Centro Chía con la construcción del tercer carril, el box Unisabana y ampliación del Puente del Río Bogotá. b) Por un término de dieciocho (18) meses contados a partir de la firma de esta modificación, la ampliación del Viaducto existente de La Caro.

c) Aplazar la iniciación por un término de treinta y seis (36) meses, de la ejecución de las obras los tramos del sector Rancho JR - Capellanía (Variante de Cajicá), el tramo Capellanía - Zipaquirá y la Variante de Portachuelo. La ejecución de estas obras debía ceñirse al cronograma mencionado en la Cláusula Sexta de este Otrosí.

4. A partir del 1° de enero de 1999 el Concesionario tendría derecho a recaudar las tarifas de peaje de las casetas Andes y Fusca aplicando las tarifas establecidas en los literales b) y c) de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión.

5. A partir de la fecha en la cual el Concesionario terminara la construcción de las obras establecidas en las cláusulas primera y segunda de este Otrosí y la entidad pública Concedente recibiera esas obras a satisfacción, siempre y cuando se hubiera efectuado la actualización del modelo financiero descrito en la Cláusula Sexta de este mismo Otrosí, la totalidad del recaudo de las estaciones de peaje de Andes y Fusca, tendría carácter de ingreso del proyecto y en tal virtud sería consignado por él en el patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Estado S.A. Por lo tanto, hasta ese momento la entidad pública Concedente continuaría manteniendo a su favor los recursos que ingresaran al CLIP Compensaciones en el porcentaje del 22% y en las mismas condiciones ya establecidas en la modificación del 11 de octubre de 1996.

6. Los acuerdos de este Otrosí serían consignados y se involucrarían en la actualización del modelo financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial. El cronograma de obra y de inversiones correspondiente a las obras definidas en la cláusula tercera de este Otrosí, involucrados para la actualización del modelo financiero serían de obligatorio cumplimiento para el Concesionario.

7. Durante la operación parcial sería obligación del Concesionario, dar cumplimiento integral al reglamento de operación de carreteras concesionadas.

8. La garantía de ingreso mínima definida en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión solamente aplicaría a partir de la entrada en operación total del proyecto.

9. Las partes se comprometieron a que en un término máximo de noventa (90) días a partir de la firma de este Otrosí, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto.

En desarrollo de lo previsto en el numeral 6 anterior (Cláusula Novena del Otrosí No. 8), mediante la comunicación DVNB-2990 del 15 de marzo de 1999,[291] el Gerente de la Concesión le remitió al INVIAS la actualización del Modelo Financiero que, con los respectivos ajustes y manteniendo la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial, la ingeniería financiera dio como resultado una ampliación en el plazo de 47 meses en la etapa de operación.

### 4.17. Acta de Terminación de Obra – Construcción de la Vía La Caro – Briceño, Rehabilitación del Tramo La Caro – Centro Chía, Construcción de los Puentes Vehiculares Series, Viaducto Nuevo La Caro y Briceño I, Puentes Peatonales y Construcción del Tramo Centro Chía – Rancho JR, según los compromisos establecidos en las Cláusulas Primera y Segunda de la modificación del 23 de diciembre de 1998, para la reestructuración de la Etapa de Construcción, determinación de la vigencia del "Clip Compensaciones" e iniciación de la Operación Parcial del Contrato de Concesión[292], suscrita el 30 de abril de 1999

En esta Acta de Terminación de Obra – Construcción de la Vía La Caro – Briceño, Rehabilitación del Tramo La Caro – Centro Chía, Construcción de los Puentes Vehiculares Series, Viaducto Nuevo La Caro y Briceño I, Puentes Peatonales y Construcción del Tramo Centro Chía – Rancho JR, según los compromisos establecidos en las Cláusulas Primera y Segunda de la modificación del 23 de diciembre de 1998, para la reestructuración de la Etapa de Construcción, determinación de la vigencia del "Clip Compensaciones" e iniciación de la Operación Parcial del Contrato de Concesión, luego de la inspección de la obra, se constató la terminación de las obras de: 1. Construcción de la Vía La Caro – Briceño, calzadas oriental y occidental, terminadas con anterioridad al 30 de diciembre de 1998; 2. Rehabilitación correspondiente a dos carrieles del Tramo La Caro – Centro Chía, terminada con anterioridad al 30 de diciembre de 1998; 3. Construcción del Puente Vehicular de Series; 4. Construcción del Viaducto Nuevo La Caro; 5. Construcción del Puente Vehicular de Briceño I; 6. Construcción de los siguientes Puentes Peatonales: 6.1. Puente Peatonal del Parque Sopó, 6.2. Puente Peatonal Fibrit, 6.3. Puente Peatonal Variante de Teletón, 6.4. Puente Peatonal Yerbabuena (K1+060 La Caro – Briceño) y 6.5. Puente Peatonal Tres Esquinas (K3+120 Centro Chía – Cajicá); y, 7. Construcción de la Vía Centro Chía – Rancho JR, calzadas oriental y occidental (pendiente la construcción de un tramo de aprox. 40 m de longitud de la calzada oriental).

Empero, según consta en dicha Acta, las siguientes obras quedaron pendientes por la no disponibilidad de predios necesarios para su construcción: 1. Puente peatonal de Lomitas, en la Vía La Caro – Briceño; 2. Rampa sur – oriental de la intersección Hatogrande; 3. Puente Peatonal de Colombia, al norte de la entrada 3 de Centro Chía; 4. Un tramo de aprox. 40 m de longitud de la calzada oriental de la vía Centro Chía – Rancho JR, correspondiente al predio conocido como "Las Tablitas", en proceso de expropiación administrativa; y, 5. Terminación de la Rampa occidental del puente peatonal Fibrit.

### 4.18. Otrosí No. 09 - Modificación de la Cláusula Novena y Aclaración de las Cláusulas Quinta y Octava del Otrosí No. 08 del 23 de diciembre de 1998, suscrito el 24 de mayo de 1999[293]

Teniendo en cuenta: 1) Que las obras señaladas en las cláusulas primera y segunda del Otrosí suscrito el 23 diciembre de 1998, fueron culminadas por el Concesionario según el "Acta de terminación de obras de Construcción de la Vía La Caro – Briceño, Rehabilitación del tramo La Caro – Centro Chía, Construcción de los Puentes Vehiculares Series, Viaducto Nuevo La Caro, Briceño I, Puentes Peatonales y Construcción del Tramo Centro Chía – Rancho J.R." del 30 de abril

[291] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000224 a 000225
[292] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000125 a 000127
[293] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223

de 1999; 2) Que el Concesionario efectuó la actualización del modelo financiero a que hace referencia la Cláusula Quinta del citado Otrosí del 23 de diciembre de 1998, modelo financiero que en ese momento se encontraba en revisión por parte de la entidad pública Concedente; 3) Que se hacía necesario aclarar la mencionada Cláusula Quinta, con el fin de no tener en cuenta el plazo que se requería para que la entidad pública Concedente revisara el modelo financiero presentado por el Concesionario, así como el tiempo que demandaría a éste efectuar las correcciones necesarias al mismo, como condiciones previas para que la totalidad del recaudo de las estaciones de peaje de Andes y de Fusca, pudiera tener el carácter de ingreso del proyecto y ser consignado por él en el patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Estado S.A.; 4) Que se requería de un plazo superior al señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, para definir los ajustes a la ingeniería financiera del proyecto, toda vez que las partes no previeron un plazo determinado para las revisiones correspondientes con posterioridad a su presentación por parte del Concesionario; y, 5) Que las partes habían considerado la posibilidad de entregar al Concesionario parte de los recursos depositados en el CLIP – COMPENSACIONES, con el fin de cancelar parciamente las obras complementarias sugeridas a partir de los diseños definitivos, las partes acordaron:

1. Aclarar la Cláusula Quinta del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, en el sentido de indicar que para todos los efectos previstos en la misma, no se exigiría como requisito previo la revisión que del modelo financiero hiciera la entidad pública Concedente, ni las correcciones que efectuara el Concesionario como producto de la mencionada revisión. En consecuencia, a partir del 1 de mayo de 1999, la totalidad del ingreso de las estaciones de peaje de Andes y de Fusca, tendrían carácter de ingreso del proyecto y sería consignado en el patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Estado S.A.

2. Las partes acordaron modificar el plazo señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de mayo de 1998, para definir los ajustes necesarios a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación, y en su defecto, determinar un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción de este Otrosí, para culminar esta labor. Las partes, en todo caso, acordaron que mantendrán la TIR del proyecto.

3. A través del presente documento se autorizó la utilización de los recursos del CLIP – COMPENSACIONES, creado mediante modificación de octubre 11 de 1996 al Contrato de Concesión, para el pago de obras complementarias hasta por la suma de $3.940´000.000, incluido el IVA, suma que en ese momento estaba disponible en el citado Clip de conformidad con la certificación del 20 de mayo de 1999, anexa, expedida por la FIDUESTADO S.A. y que hace parte integrante de este documento. Las obras a las cuales se aplicarían los recursos determinados en esta cláusula y su ajuste a partir de la fecha de terminación de su construcción y hasta el mes de marzo de 1999, son las que determinó la Interventoría Técnica del proyecto Restrepo y Uribe Ltda., en su oficio C.360.5.2.2./1303/99 del 14 de mayo de 1999, anexo y que hace parte integrante de este Otrosí.

### 4.19. Otrosí No. 10 - Adición a la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, suscrita el 24 de mayo de 1999[294]

Mediante esta adición las partes acordaron adicionar la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, con los Parágrafos Primero y Segundo, en los cuales se pactó que:

1. Las obras básicas a que se refiere el literal c) de la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se iniciarían en cuanto la entidad pública Concedente entregara al Concesionario la totalidad de los predios requeridos por tramos, para la ejecución de dichas obras básicas. Los tramos

[294] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230

a que se refería el literal c) de la Cláusula Tercera del citado Otrosí, eran los siguientes: Sector Rancho J.R. – Capellanía (Variante de Cajicá), el tramo Capellanía – Zipaquirá y el tramo Variante de Portachuelo.

2. Modificar el plazo señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, para definir los ajustes necesarios a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la Etapa de Operación, y en su defecto, determinar un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción de esta Adición, para culminar esta labor. Las partes acordaron que, en todo caso, mantendrían la TIR del proyecto.

3. Que los plazos señalados en los literales a) y b) de la citada Cláusula Tercera del mencionado Otrosí, se entendían pactados para la finalización por parte del Concesionario de las actividades determinadas en los mismos.

### 4.20. Otrosí No. 11 - Cesión de derechos y obligaciones en el Contrato de Concesión de TOPCO S.A. a OBRAS CIVILES Y MINERÍA DE COLOMBIA S.A. MINCIVIL, con la autorización de la entidad pública Concedente, suscrita el 17 de agosto de 1999[295]

En virtud de este documento, el cedente cedió a favor del Cesionario, la totalidad de los derechos y obligaciones que le correspondían en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, la cual fue autorizada por la entidad pública concedente.

### 4.21. Otrosí No. 12 -autorización de giro para la ejecución de obras del Parque Sopó-, suscrito el 23 de diciembre de 1999[296]

Con este Otrosí, la entidad pública Concedente autorizó girar al Concesionario, a la Cuenta del Fondo Común Ordinario denominada CLIP PREDIOS, administrada por la Fiduciaria del Estado S.A., la suma de $389.949.433.88, incluido el dos por mil, con destino a la ejecución de las obras del parque del Sopó, que debían ser restituidas por la entidad Concedente en virtud del Convenio del 24 de septiembre de 1977, suscrito con la CAR, junto con los rendimientos que estos recursos generaran.

### 4.22. Otrosí No. 13 – autorización para la instalación de una caseta adicional para el peaje Andes, suscrito el 20 de junio de 2000[297]

Con este Otrosí, la entidad pública Concedente autorizó al Concesionario para instalar la caseta de control y recaudo número 13 adicional en el peaje de Andes, la cual sería ubicada en el costado oriental de la Autopista Norte en la intersección de la vía municipal que parte de la Carrera Séptima en el barrio Torquita, la cual permanecerá allí instalada hasta tanto las partes contratantes acuerden una solución o alternativa diferente para evitar la elusión del pago de la tarifa de peaje en la estación de Andes y hace parte del peaje Andes para efectos de aforo de tráfico y en general para todos los efectos.

[295] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000224 a 000227
[296] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000231 a 000235
[297] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000236 a 000239

### 4.23. Otrosí No. 14 - Modificación del Literal a) de la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998 - Acuerdo para la entrega del puente curvo Teletón, suscrito el 21 de julio de 2000[298]

Teniendo en cuenta que: 1) De conformidad con el literal a) de la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, el Concesionario se comprometió a culminar el 23 de diciembre de 1998, la construcción del puente cuervo Teletón; 2) Que el separador central de la autopista norte a la altura del puente curvo, se encontraba en posesión de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual en virtud de Convenio suscrito con el INVIAS adelantó el programa de Hojas Verdes para la siembra de árboles a lo largo del separador, lo que implicó el trámite de suscripción de un acuerdo con la mencionada entidad para el traslado de los árboles que se encontraban en el separador central en el sitio de construcción del denominado puente curvo de Teletón y el posterior traslado y siembra de los mismos en el costado oriental del antiguo puente de La Caro; 3) Que la celebración de la Semana Santa en el mes de abril del año 2000, imposibilitó el cerramiento de la calzada occidental de la autopista norte durante esos días; 4) Que la afectación de la tubería matriz de Tibitoc en el costado oriental de la autopista norte, implicó la realización de algunos estudios de Ingeniería, conjuntamente con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; 5) Que las situaciones descritas retrasaron tanto la iniciación como la culminación de las obras correspondientes a la construcción del Puente Curvo Teletón, requiriéndose en consecuencia y de común acuerdo fijar una nueva fecha para la terminación de las obras mencionadas, las partes pactaron fijar como fecha para la terminación de las obras correspondientes a la construcción del Puente Curvo Teletón, el día 15 de agosto de 2000 y para lo cual el Concesionario se obligó a entregar a la Interventoría el nuevo cronograma de obras de conformidad con la nueva fecha establecida en esta modificación.

### 4.24. Otrosí No. 15 -Estudios y diseños del Parque del Sopó, suscrito el 31 de julio de 2000[299]

En virtud de este Otrosí el Concesionario se obligó a realizar los diseños arquitectónicos y técnicos de la totalidad del Parque del Sopó, de conformidad con la propuesta presentada mediante Oficio DN-OP-0135-00 del 24 de febrero de 2000 y los términos de referencia contenido en el anexo que hace parte de este Otrosí, en un plazo de 50 días calendario a partir de la aprobación de las garantías por parte de la entidad Concedente, por un valor de $79.764.000, incluido IVA (Primer desembolso: 20%, y al finalizar el 80%), conforme a la disponibilidad de recursos en el CLIP PREDIOS del Patrimonio Autónomo constituido en la Fiduciaria del Estado S.A.

### 4.25. Otrosí No. 16 - Aclaración del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión-Ajuste del valor de las tarifas de peaje, suscrito el 18 de agosto de 2000[300]

En virtud de este Otrosí, las partes acordaron que el valor de las tarifas de peaje durante la Etapa de Operación se ajustaría de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor establecido por el DANE, conforme al siguiente procedimiento: a) Las tarifas de peaje se ajustarán de acuerdo con el IPC establecido por el DANE, cuando dicho Índice supere el 21% del que prevalecía en la fecha en que se inició la etapa de operación o en la fecha en que se autorizó el último ajuste, o cada año, lo que primero ocurra. b) En el evento de que el IPC se incremente en los 12 meses siguientes al último aumento de tarifas de peaje, en una tasa inferior a la acordada para el incremento periódico de tarifas, éstas se reajustarán, en ese término, con el incremento del IPC en los 12 meses ocurridos desde el último aumento. c) Cuando se presente cualquiera de las situaciones señaladas en los literales anteriores, el Concesionario debe informar por escrito a la entidad concedente, el ajuste en

[298] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000243 a 000245
[299] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000246 a 000251
[300] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000252 a 000257

el valor de las tarifas de peaje, acompañando la documentación soporte correspondiente, con diez días hábiles de anticipación a la fecha en que se realice el ajuste. El procedimiento de ajuste establecido en el literal b) anterior, se señaló, es equivalente a la expresión "…o cada año, lo que primero ocurra", prevista en el literal b) del numeral 5.2 del Volumen IV de los Pliegos de Condiciones de la Licitación No. 005 de 1994.

Así mismo, las partes acordaron que como consecuencia de lo expuesto en la parte considerativa de esta aclaración, señalan que los recursos que se encontraban consignados en la cuenta especial del fideicomiso a nombre de la entidad concedente son del Concesionario, conforme al monto con sus rendimientos, certificado al INVIAS por la Fiduciaria del Estado S.A. una vez producido el respetivo traslado al Clip correspondiente dentro del Fideicomiso.

A su vez, el Concesionario aceptó cubrir con los recursos de que trata esta aclaración, el valor que demandara la elaboración del diseño definitivo de la fase III, de la vía alterna rural variante de Cajicá y sus estudios ambientales que contratara la entidad concedente hasta por la suma de $170.022.103, valor que, se acordó, debe ser incorporado en el nuevo modelo financiero del proyecto, previsto en los Otrosíes al Contrato de Concesión suscritos en 23 de diciembre de 1998 y el 24 de mayo de 1999, con el fin de que de requerirse esta inversión fuera compensada por la entidad pública Concedente.

### 4.26. Actas Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 de las reuniones celebradas en el mes de agosto de 2001 por el Comité de Trabajo sobre el Modelo Financiero de la Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá - DEVINORTE[301]

En ellas constan los debates y conclusiones de las reuniones del Comité de Trabajo integrado por representantes del INVIAS, la UT DEVINORTE y la Interventoría HIDROTEC-LA VIALIDAD, sobre el Modelo Financiero de la Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – DEVINORTE.

En el Acta No. 1 del 8 de agosto de 2001 consta que una vez hecha la revisión de familiarización del **modelo financiero original** (MFO) presentado por el Concesionario (Unión Temporal Devinorte) en la oferta con la cual participó en la licitación, "se inicia el proceso de conformación del Listado de Salvedades y del Listado de Variables a incorporar al modelo a fin de establecer el nuevo plazo de la concesión con la cual se compense al Concesionario el mayor valor que alcanzó su inversión, dentro de los principios y términos establecidos en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 y demás documentos complementarios, aclaratorios o modificatorios que sean pertinentes y la metodología acordada en la reunión del celebrada en la oficina del Subdirector de Concesiones del INV el 19 de julio de 2001" y que como procedimiento para la reunión se acordó considerar ordenadamente las variables que intervienen en el modelo y plantear las observaciones o consideraciones que cada uno de los asistentes estimara pertinentes y "Una vez completo este recorrido se procederá a tratar en detalle cada caso a fin de precisar las modificaciones al modelo financiero o la existencia y las características de controversia que correspondan."

En dicha Acta No. 1 consta que se estudió y en algunos casos se hicieron observaciones, consideraciones y comentarios de los participantes al siguiente:

**Listado de variables que intervienen en el modelo**

1. **Variables macroeconómicas**

1.1. Tasa de inflación
1.2. DTF
1.3. Tasa de interés para créditos en ML

[301] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000226 a 000249

1.4. Tasa de interés para créditos en ME
1.5. Tasa de interés para Bonos

**2. Ingresos**
2.1. Peajes
2.1.1. Tráfico
2.1.2. Tarifa
2.2. Financiamiento
2.3. Capital de riesgo (Equity)
2.4. Rendimientos financieros
2.5. Aportes del Gobierno
2.5.1. Período histórico
2.5.2. Período proyectado
2.6. Ingresos de peaje en el Puente Teletón
2.7. Tarifas diferenciales

**3. Egresos**
3.1. Legalización contrato y pólizas
3.2. Comisión líder financiero
3.3. Elaboración de diseños
3.4. Infraestructura de operación
3.4.1. Caseta de Grania
3.4.2. Caseta del Puente Teletón
3.4.3. Casetas adicionales en las estaciones de peaje
3.5. Costo fiduciario
3.6. Predios
3.7. Costos de construcción
3.8. Obras de renivelación
3.9. Obras solicitadas por la comunidad
3.10. Costos de operación
3.10.1. Costos variables
3.10.2. Costos fijos
3.11. Mantenimiento
3.12. Costos de administración
3.13. Costos de interventoría
3.14. Control de calidad
3.15. Imprevistos
3.16. Impuesto de Industria y Comercio
3.17. Impuesto de renta

En el Acta No. 2 del 10 de agosto de 2001 consta que una vez leído el proyecto de Acta No. 1 y planteadas algunas correcciones que serían incorporadas en un nuevo proyecto que sería presentado en la siguiente sesión, se acordó considerar ordenadamente las variables que intervienen en el modelo y sustentar las observaciones o consideraciones que cada uno de los asistentes estimara pertinentes, a fin de establecer definiciones para la corrida del modelo o la formulación de salvedades de acuerdo con la metodología originalmente propuesta.

En el Acta No. 3 del 13 de agosto de 2001 consta que una vez se leyó el texto corregido del Acta No. 1, que fue aprobado y firmado por los asistentes, y leído el proyecto de Acta No 2 respecto del cual se plantearon algunas correcciones que serían incorporadas en un nuevo proyecto que sería presentado en la siguiente sesión, se continuaron exponiendo y sustentando las consideraciones sobre las variables que intervienen en el modelo, se plantearon algunas salvedades y se dejaron pendientes para definición final otros puntos.

En el Acta No. 4 del 14 de agosto de 2001 consta que ella tuvo por objeto presentar al Subdirector de Concesiones del INV el resultado del trabajo adelantado por el Comité en las sesiones anteriores y concretar las decisiones respecto de las variables que se incluirían en la actualización del modelo financiero, para lo cual se presentó un resumen general del trabajo adelantado y se enumeraron las salvedades que, de acuerdo con la metodología convenida, hasta ese momento se habían planteado y cuya descripción se encuentra en las Actas Nos. 1, 2 y 3. Luego de las discusiones y decisiones

adoptadas en cada caso, consta que se decidió correr el modelo ajustado incorporando las decisiones tomadas e iniciar su examen en la siguiente reunión.

En el Acta No. 5 del 24 de agosto de 2001 consta que ella tuvo por objeto considerar las diferentes posiciones en relación con el tema del reconocimiento del valor de las mayores cantidades de obra que en las reuniones anteriores había sido tratado como salvedad en relación con el cierre del modelo financiero, se acordó que el Ing. Jaime Durán de Cano Jiménez preparara un documento en el cual se presentara un resumen, con referencias documentales, de la justificación jurídica del cambio en relación con la garantía por mayor cantidad de obra y con base en dicho documento se continuaría con el trabajo para concretar un acuerdo formal y, que -en relación con la confrontación de cifras para definir el alcance que podría resultar de la definición del concepto de globalidad tanto el Concesionario como la Interventoría y el INV prepararían un análisis preliminar con la información que tenían disponible.

### 4.27. Otrosí No. 17 - Adición al Contrato de Concesión: reconocimiento de deuda y autorizaciones de giro-, suscrito el 18 de septiembre de 2001[302]

Teniendo en cuenta: 1) Que de común acuerdo por las partes, a través del documento del 23 de diciembre de 1998, aplazaron la iniciación de la ejecución de las siguientes obras que forman parte del alcance básico del proyecto: ampliación del proyecto La Caro - Centro Chía con la construcción del tercer carril, el box Unisabana, ampliación del puente sobre el Río Bogotá, ampliación del viaducto existente de La Caro, las obras de construcción correspondientes a los tramos del sector Rancho J.R. – Capellanía (Variante de Cajicá), el tramo Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo; 2) Que como consecuencia del aplazamiento de las citas obras, no había sido suscrita entre las partes el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción del proyecto; 3) Que de conformidad con lo estipulado en el parágrafo segundo de la Cláusula Vigésima, "…las cantidades de obra ejecutadas, con autorización del Instituto en ítems no previstos en el contrato, entrarán a ser valoradas para las compensaciones a que se hace referencia…" en la cláusula vigésima, "…previo el establecimiento del precio unitario correspondiente a la fecha de la apertura de la licitación, por el procedimiento legal determinado para la etapa de construcción"; 4) Que para los efectos de ese documento, el denominado tramo uno (1) del proyecto de concesión, es el correspondiente a las obras de los sectores El Buda – Carrera 7ª – La Caro – Briceño y El Buda Autopista Norte – La Caro – Rancho J.R., verificadas por la Interventoría del proyecto en acta suscrita el 30 de abril de 1999; 5) Que la Interventoría para la construcción del tramo uno (1) del proyecto de concesión, a cargo de la sociedad RESTREPO Y URIBE LTDA, determinó y cuantificó los ítems no previstos a ser reconocidos por el Instituto al Concesionario en el citado Tramo uno (1) y presentó el análisis de precio unitarios con su correspondiente justificación, en oficios número C.360.5.2.2/0176/00 del 21 de junio del 2000 y su anexo, "Precios Unitarios no Previstos" 1999 y C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001, oficios estos que parte integrante de este documento; 6) Que tal como se indicó en el citado oficio No. C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001, los sobrecostos o cantidades finales ejecutadas hasta el 30 de abril de 1999, por concepto de ítem no previstos, ascendieron a la suma de $7.091.564.823 de mayo de 1994, equivalentes a la suma de $19.167'110.621 de abril de 2001, según oficio número HC-1222/067 del 27 de julio de 2001, suscrito por la Interventoría del proyecto, oficios que hacen parte del documento; 7) Que por lo anterior, se consideró procedente realizar un abono con recursos del Presupuesto General de la Nación a lo adeudado por el Instituto al Concesionario por concepto de ítems no previstos; 8) Que se hacía necesario adelantar los diseños y la construcción de las siguientes obras adicionales y complementarias: a) Rehabilitación del sector Cajicá – Zipaquirá, b) Construcción del puente peatonal y demás obras complementarias del sector de Lomitas, c) Construcción del retorno vial sobre el separador central a la altura del Centro de Control Operacional del peaje de Andes en la Autopista Norte, d) Diseño de la cicloruta, y e) Construcción

[302] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000258 a 000265

del puente peatonal en el sector de la Universidad de la Sabana, a la altura de la entrada 1 del Centro Comercial Centro Chía; 9) Que de conformidad con lo estipulado en las cláusulas Décima Tercera "Predios para la Vía", parágrafo primero y Trigésima Sexta "Ecuación Contractual", del Contrato de Concesión, para cubrir faltantes por compra de predios se recurriría en todos los casos a pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación; y, 10) Que existía disponibilidad de recursos del Presupuesto General de la Nación para la adquisición de predios, recursos que serían utilizados para adquirir los predios requeridos en la construcción de la Variante de Cajicá, las partes acordaron:

1. Que la entidad pública concedente autorizaría girar al "CLIP ÍTEMS NO PREVISTOS" del Fideicomiso que administra los recursos del Contrato de Concesión, la suma de $8.852.857.000 de julio de 2001, por concepto de abono o pago parcial de lo adeudado al Concesionario por concepto de Ítems no previstos.

2. Que la entidad pública concedente autorizaría girar al CLIP PREDIOS del fideicomiso que administra los recursos del Contrato de Concesión, la suma de $11.293.000.000 por concepto de adquisición de los predios requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá. Los rendimientos que generaran los recursos girados al CLIP PREDIOS serían invertidos en adquisición de los predios faltantes del proyecto, previa autorización de la entidad concedente. El fideicomiso pagaría directamente a los propietarios de los predios el valor de los inmuebles.

3. Que la entidad pública concedente autorizaría girar al CLIP OBRAS COMPLEMENTARIAS Y ADICIONALES del Fideicomiso la suma de $3.076.143.000, de abril del 2001, incluido IVA, para la elaboración de los diseños de la cicloruta y la ejecución de las siguientes obras adicionales y complementarias, de conformidad con los diseños y cantidades de obra elaborados por el Concesionario y aprobados por la Interventoría del proyecto, en oficio HC-1482/072 del 18 de septiembre del 2001, suscrito por el Interventor y Acta del 18 de septiembre de 2001 suscrita por el Concesionario y el Interventor:

| Obras | Valor máximo de obras en $ de abril del 2001 |
|---|---|
| Rehabilitación Cajicá - Zipaquirá | $ 2.027.250.000 |
| Obras Sector de Lomitas | $ 429.090.000 |
| Retorno Peaje Andes | $ 259.495.000 |
| Diseño para Const. Ciclorruta | $ 90.000.000 |
| Puente Peatonal Unisabana | $ 270.308.000 |
| TOTAL | $ 3.076.143.000 |

Tales obras complementarias y adicionales se iniciarían en la fecha de la orden de iniciación impartida por la Interventoría, previa aprobación del cronograma correspondiente que debía ser presentado por el Concesionario al Interventor, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la suscripción de esta Adición.

Tales obras se pagarían por el Fideicomiso contra actas de obra ejecutada. El valor final sería el resultante de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados en el Contrato de Concesión y aprobados por la entidad Concedente para los ítems no previstos. No obstante, el valor pactado sería el máximo a ser pagado al Concesionario por las citadas obras complementarias y adicionales. Los saldos de la cuenta de que trata esta Adición, incluidos los rendimientos generados, serían invertidos en obras adicionales o complementarias previa suscripción de las partes contratantes del documento adicional correspondiente.

### 4.28. El concepto emitido por el Consorcio Hidrotec Ltda. – La Vialidad Ltda., del 1 de octubre de 2001 y el "Acta de Cierre Financiero" suscrita por las partes a través de sus representantes el 1 de octubre de 2001

En concepto del 1 de octubre de 2001, la Interventoría Operativa y Financiera ejercida por el Consorcio Hidrotec Ltda.- La Vialidad Ltda.,[303] señaló

> "La Interventoría Operativa y Financiera del Proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá revisó el modelo financiero presentado en el mes de septiembre de 2001 por el Concesionario Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte de Bogotá DEVINORTE que tiene el propósito de restablecer el equilibrio financiero del contrato mediante los siguientes mecanismos:
>
> - incorporación del mayor valor de la inversión debido a mayores cantidades de obra, ítems no previstos, obras complementarias y adicionales y obras solicitadas por la comunidad;
> - inclusión de aportes del INV para compensar el valor de los ítems no previstos y de una parte de las obras complementarias;
> - inclusión de otros asuntos considerados en los otrosí firmados hasta la fecha que complementan el contrato original de concesión;
> - ampliación del plazo de operación.
>
> "En su revisión la Interventoría encontró que los parámetros o variables de entrada del modelo, los valores y procedimientos matemáticos utilizados respetan la concepción y la metodología del modelo original aceptado por el INV en el proceso licitatorio, se ajustan a los usos y técnicas habituales en estos casos y corresponden a los conceptos y acuerdos consagrados en los otrosí firmados y en las reuniones de trabajo realizadas con participación de representantes del Concesionario, de la interventoría y del INV.
>
> "El modelo revisado tiene un carácter dinámico por cuanto involucra aquellos aspectos funcionales que se desprenden de la ampliación de los plazos de ejecución del contrato y de la variación en los montos de la inversión. Por lo tanto permite que sea actualizado posteriormente una vez se disponga de la liquidación definitiva del valor de las obras, se ajusten nuevamente los plazos de ejecución, se modifique el monto o la oportunidad del pago de las compensaciones previstas por parte del INV o se varíen algunos de los parámetros que puedan afectar el equilibrio financiero.
>
> "El cierre financiero que se logra con el modelo revisado tiene los siguientes resultados:
>
> "Plazo de operación: 256 meses, con finalización en el mes de marzo de 2016.
>
> "TIR del Proyecto 100% accionaria la cual define el equilibrio económico del contrato: 10.94% real."

A su vez, como resultado de las reuniones sostenidas entre los representantes del INVIAS, la Interventoría ejercida por el Consorcio Hidrotec Ltda.- La Vialidad Ltda., y el Concesionario, los días 8, 10, 13 y 14 de agosto de 2001, según consta en las Actas 1 a 4 de las mismas, respectivamente, los mismos representantes suscribieron el documento que denominaron "Acta de cierre financiero" en el que señalaron que revisado el modelo financiero presentado por la Concesionaria en medio magnético y en forma impresa y la documentación que lo describe y soporta, las actas del comité de trabajo constituido para la preparación del modelo y del cierre financiero y el concepto emitido por el Consorcio Hidrotec Ltda. – La Vialidad Ltda. Interventor Operativo y Financiero de la Concesión, las partes representadas por las personas firmantes "acuerdan establecer el cierre financiero de la Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá consignado en tales documentos, cuya relación se consigna a continuación y se expide en copias iguales para el Instituto Nacional de Vías, la Unión Temporal Devinorte y el Consorcio Interventor:

1. Disquete marcado Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Cierre del modelo financiero, Septiembre de 2001.
2. Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Cierre del modelo financiero. Septiembre de 2001Bases de Cálculo.
3. Actas del Comité de Trabajo No. 1 del 8 de agosto de 2001, No. 2 del 10 de agosto de 2001, No. 3 del 13 de agosto de 2001 y No. 4 del 14 de agosto de 2001.
4. Concepto de la Interventoría del 1 de octubre de 2001." [304]

[303] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folio 390
[304] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folio 000250

Así, entonces, con dicha Acta aparece el Documento denominado "DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ. CIERRE DEL MODELO FINANCIERO DE LA U.T. DEVINORTE. Bogotá, Octubre 1 de 2001", integrado por el Documento denominado "DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ. CIERRE DEL MODELO FINANCIERO. Septiembre de 2.001"[305], las Actas del Comité de Trabajo No. 1 del 8 de agosto de 2001, No. 2 del 10 de agosto de 2001, No. 3 del 13 de agosto de 2001 y No. 4 del 14 de agosto de 2001" [306] y el "Concepto de la Interventoría del 1 de octubre de 2001".

En el primero de los citados Documentos se consignó, entre otros, lo siguiente:

> "Con el propósito de cerrar la ingeniería financiera, acorde con las condiciones establecidas en los otro si firmados hasta septiembre de 2001, que generan un desequilibrio económico del contrato el cual debe ser compensado mediante uno de los mecanismos establecidos en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, cláusula 36.
>
> "El cierre del modelo financiero presenta una situación dinámica generada por la fecha real de los ingresos, la liquidación final de las obras ejecutadas, el cronograma de obras por ejecutar y en general todas las situaciones que generan algún tipo de modificación que lo afecte.
>
> "Por lo anterior, se presenta el cierre del modelo financiero, manteniendo la Tasa Interna de Retorno del Proyecto (100% Accionario) estipulada en el contrato del 10.94% real."
>
> "**PARÁMETROS**
>
> "Para el cierre financiero se mantiene la estructura del modelo de la propuesta básica.
>
> "**1. INFLACIÓN**
>
> "Para la actualización de pesos constantes a pesos corrientes se tuvo en cuenta una inflación anual del 21%, equivalente a 1.6% mensual.
>
> "**2. PLAZOS**
>
> "El siguiente cuadro presenta los plazos definidos en los diferentes otro si, al contrato de concesión, así como el resultado del cierre financiero para la etapa de operación; la cual contempla dentro de su plazo la construcción de la segunda etapa.

Cuadro No. 1

| Etapa Diseño | Etapa Construcción | Etapa de Operación | Total Proyecto |
|---|---|---|---|
| (meses) | (meses) | (meses) | (meses) |
| 10 | 43 | 203 | 256 |
| Dic/94 – Sep/95 | Oct/95 – Abr/99 | May/99 - Mar/16 | 256 |

En la variable **Ingresos** se tuvo en cuenta los siguientes:

1. Aportes de la Nación

2. Aporte Capital de Riesgo

   Aporte Operadores
   Aporte Constructores
   Aportes en efectivo
   Aporte control de calidad
   Aportes Fiduciarios
   Derechos Fiduciarios

3. Financiamiento
4. Otras fuentes de recursos
5. Ingresos Financieros
6. Ingresos por peaje

[305] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000253 a 000278
[306] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000279 a 000298

6.1. Tráfico Promedio Diario
6.2. Tarifas de Peaje
Etapa de construcción
Etapa de Operación

En la variable **Egresos** se tuvo en cuenta las siguientes:

1. Legalización Contrato y Pólizas
2. Comisión Líder Financiero
3. Elaboración Diseños
4. Infraestructura de Operación
5. Costos Fiduciarios
6. Adquisición de predios
7. Costos de Construcción
8. Obras de Renivelación
9. Obras solicitadas por la Comunidad
10. Costos de Operación
11. Costos de Mantenimiento
12. Costos de Administración
13. Costos de Interventoría
14. Costos de Control de Calidad
15. Imprevistos
16. Impuesto de Industria y Comercio

Acerca de los costos de construcción se señaló lo siguiente:

"El costo de construcción está dividido en 5 partidas así:

- Tramo I: Comprendió la Construcción del sector La Caro – Briceño, construcción del sector Centro Chía – Rancho JR y la rehabilitación de los sectores Calle 236 – La Caro (Cra 7ª) y Calle 236 – La Caro (Autopista Norte). La obra se ejecutó entre octubre del año 1995 y abril del año 1999, en un plazo de 43 meses. El costo de las obras aprobadas por la Interventoría tiene un valor de $60.975 millones de pesos de mayo/94, e incluye las obras complementarias, mayores cantidades de obra, obras adicionales y costo de ítems no previstos.

- Otras Obras Tramo I: Incluye la construcción de las siguientes obras cuyo costo estimado es de $903 millones de mayo/94 y se discriminan en el cuadro No. 9 así:

  - Puente de Teletón – Autopista: construido en la actualidad, permite la integración del tráfico de Chía con la Autopista Norte en el sentido a Briceño. Su costo final a pesos de mayo/94 fue de $876 millones.

  - Zona de Fibrit: obra ya concluida que comprendía la construcción de un alcantarillado de aguas lluvias y la terminación del puente peatonal, equivalente a $12 y $14 millones, respectivamente.

- Otras Obras Pendientes Tramo I: Incluye la construcción de las siguientes obras cuyo costo estimado es de $1.523 millones de mayo/94 y se discriminan en el cuadro No. 9 así:

  - Box Unisabana – Paradero: obras sin ejecutar que comprenden la construcción de un paradero de buses y el paso deprimido de la Universidad de la Sabana de acuerdo con el proyecto básico aprobado.

  - Zona de Lomitas: obras pendientes de ejecución que incluyen el puente peatonal, el amoblamiento urbano y la ampliación oriental de la autopista por valor de $329 millones discriminados así: Puente peatonal $101 millones, amoblamiento $55 millones y ampliación $175 millones de mayo/94.

  - Ampliación La Caro – Centro Chía: obra prevista a ejecutar de acuerdo al crecimiento del tráfico para el año 2009 y comprende la ampliación del puente sobre el río Bogotá por valor de $108 millones y la construcción del tercer carril por valor de $115 millones de mayo/94.

- Ampliación Viaducto La Caro: el costo de obra es de $877 millones de mayo/94 que incluye la ampliación del viaducto antiguo cuyo costo es de $625 millones y las obras de relleno y aproches por valor de $207 millones.

- Obras ambientales: estas obras fueron solicitadas por el Ministerio del Medio Ambiente en la resolución de aprobación de la licencia ambiental y el costo estimado es de $455 millones de mayo/94, básicamente representados en el diseño y construcción de cicloruta.

- Tramo II: Comprende la construcción del sector Rancho JR – Zipaquirá que incluye la Variante de Cajicá y Variante de Portachuelo de acuerdo al proyecto original de doble calzada. Dentro de este tramo se modificó el trazado de la Variante de Cajicá, atendiendo las solicitudes de la comunidad y con el objeto de rebajar el costo de los predios. El costo total del Tramo II equivale a la suma de $28.917 millones de mayo/94, que además incluye la rehabilitación del tramo Capellanía – Zipaquirá a ejecutarse en octubre/01 y el mes de mayo del año 2002. En el cuadro No. 9 se presenta la discriminación del costo total del Tramo II dentro del cual vale la pena hacer una descripción de los siguientes ítems:

  - Variante Cajicá: Tiene un costo de $8.518 millones de mayo/94 discriminados así:
    - Valor contractual: $5.108 millones
    - Sobrecosto Variante: $324 millones, diferencia entre el proyecto original y el aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente.
    - Recuperación Cajicá Cra 6ª: $300 millones, solicitud de la licencia ambiental.
    - Redes de Servicios: $1.388 millones, estimativo de redes no contempladas en el diseño original.
    - Retornos a nivel: $160 millones, obra no contemplada en los diseños originales pero necesaria por la no construcción de intersecciones a desnivel.

  - Capellanía – Variante Portachuelo – T. de Ubaté: tiene un costo de $11.873 millones de mayo/94 representados en obras contractuales por $9.709 millones, obras complementarias por $1.279 millones y mayores cantidades de obra por $885 millones. Dentro de las obras complementarias vale la pena destacar la construcción del salmueroducto en longitud aproximada de 4.000 mts.

  - Portachuelo – Zipaquirá: tiene un costo de $3.604 millones de mayo/94 que comprende obra básica por $2.882 millones, obras complementarias por $453 millones y un estimado de mayores cantidades de obra de $268 millones.

  - Dentro de las 'otras obras Variante de Cajicá' se encuentran los intercambiadores de Hatogrande, puente línea férrea y puente Capellanía, al igual que el ítem otras obras por valor de $394 millones que corresponden a la diferencia entre los puentes peatonales y paraderos contemplados en el diseño básico y los exigidos por la licencia ambiental.

"El costo total de la construcción es de $92.774 millones de mayo/94, tal como se presenta en el cuadro No. 9.

"Cronograma de Ejecución
"Cuadro No. 9

| | **Valor** | **Desde** | **Hasta** | **Duración (meses)** |
|---|---|---|---|---|
| **Tramo I** | | | | |
| Obra Básica, Complementarias, Adicionales y Mayores Cant. de Obra | 53,883,653 | Nov-95 | Abr-99 | 43 |
| Ítems No previstos (miles $ mayo/94) | 7.091.565 | Nov-95 | Abr-99 | 43 |
| **Costo Total** | **60.975.218** | | | |
| **Otras Obras Tramo I** | | | | |
| Puente Teletón | 876.747 | Ene-00 | Ago-00 | 8 |
| Zona Fibrit | 26.309 | Dic-00 | Dic-00 | 1 |
| **Costo Total** | **903.056** | | | |
| **Otras Obras Pendientes Tramo I** | | | | |
| Box – Unisabana Paradero | 139.050 | Ago-02 | Oct-02 | 3 |
| Zona Lomitas | 329.380 | Oct-01 | Ene-02 | 4 |
| Ampliación La Caro – Centro Chía | 223.243 | Abr-09 | Mar-10 | 12 |
| Ampliación Viaducto – La Caro | 832.000 | Abr-11 | Mar-12 | 12 |
| **Costo Total** | **1.523.673** | | | |
| **Obras solicitadas por la Comunidad** | | | | |
| Avenida Pradilla | 581.317 | Ago-97 | Abr-99 | 21 |
| Estudio Variante Hato Grande | 67.389 | Sep-00 | Oct-00 | 2 |
| **Costo Total** | **648.706** | | | |
| **Obras Ambientales** | | | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Tierra negra y Arborización | 47.438 | Feb-01 | Mar-01 | 2 |
| Diseño Cicloruta | 34.492 | Mar-08 | May-08 | 3 |
| Diseño Cicloruta OTROSÍ | 18.418 | Oct-01 | Ene-08 | 4 |
| Construcción Cicloruta OTROSÍ | 14.735 | Feb-02 | Mar-02 | 2 |
| Construcción Cicloruta | 340.265 | Abr-08 | Sep-08 | 6 |
| **Costo Total** | **455.348** | | | |
| **Tramo II** | | | | |
| Variante Cajicá | 8.518.773 | Dic-01 | Ago-02 | 9 |
| Rehabilitación Capellanía – Zipaquirá | 750.000 | Oct-01 | May-02 | 8 |
| Capellanía – Vte. Portachuelo – T. Ubaté | 11.873.825 | Sep-06 | Ene-08 | 17 |
| Portachuelo – Zipaquirá | 3.603.951 | Sep-06 | Ene-08 | 17 |
| **Otras obras Variante Cajicá** | | | | |
| Puente Cajicá – Hatogrande | 630.300 | May-09 | Ene-10 | 9 |
| Puente Línea Férrea | 1.704.247 | Sep-09 | Jul-10 | 11 |
| Puente Capellanía | 527.821 | Dic-10 | Jul-10 | 8 |
| Compensación vegetación | 135.659 | Sep-10 | Mar-11 | 7 |
| Otras obras | 394.120 | Sep-10 | Mar-11 | 7 |
| Mayores cantidades de obra | 778.716 | Dic-01 | Ago-02 | 9 |
| **Costo Total** | **28.917.412** | | | |
| **Costo Total de Obra** | **93.423.413** | | | |

Los resultados fueron:

"TIR del Proyecto (100% Accionario)

"Se calculó tomando como flujos positivos los ingresos por peaje y como flujos negativos los egresos operacionales totales, es decir, excluyendo los gastos financieros e impuestos. La TIR resultante es de 10.93% real equivalente a 34.23%."

Aquí debe tenerse en cuenta que, mediante comunicación HC 1730/079 del 8 de noviembre de 2001, la Interventoría ejercida por el Consorcio Hidrotec Ltda.- La Vialidad Limitada, dio alcance a su concepto emitido el 1 de octubre de 2003 sobre el Modelo Financiero presentado por el Concesionario, en los siguientes términos:

"Deseamos aclarar:

1. El esfuerzo que se hizo fue flexibilizar el Modelo de la Licitación y correr por primera vez un escenario, introduciendo los cambios metodológicos que sin afectar los criterios aplicados en el modelo original permiten aplicar las variaciones originadas en la prórroga de los plazos de diseño y construcción, la suspensión de algunas obras, el aumento en los valores de inversión, etc. y aplicando una serie de hipótesis que todavía deben ser validados por el INV y demás entes a quienes corresponda.

2. En ningún momento en este concepto de la Interventoría se está ampliando el período de la Concesión, pues éste solo se podrá ampliar al final del plazo inicial, cuando se llegue a un acuerdo sobre el carácter de las inversiones y se establezca la TIR real del proyecto y así conservar el equilibrio económico del contrato de Concesión.

3. Es claro que la Interventoría no puede ampliar el plazo de la Concesión y esto solo le compete al INV, una vez se surta la validación legal pertinente.

4. Para ratificar esta posición de la Interventoría, queremos transcribir lo expresado por nosotros en el Informe Mensual No. 68 de septiembre de 2001, donde establecemos:

   'Finalmente, es claro que la ampliación del plazo de la Concesión tiene el carácter de provisional por cuanto involucra diferentes asuntos cuya ocurrencia está aún sometida a incertidumbre porque se han definido en el Modelo Financiero únicamente en términos de programa, como es el caso del valor de las obras pendientes de ejecución, o está sometida a procesos contractuales de revisión o liquidación'.

5. El Modelo que se corrió, permite ahora ingresarle valores ciertos y acordados entre las partes para visualizar varios escenarios basados en las diferentes hipótesis que se puedan asumir o en los convenios a los que se llegue con el cumplimiento de los requisitos legales que sean pertinentes.

"Con la aclaración anterior deseamos establecer nuestra posición técnica y financiera ante el INV y el Concesionario, para que se llegue a algún acuerdo sobre aquellos temas que están pendientes de resolver sobre

los diseños, mayores cantidades de obras, obras adicionales, obras complementarias y demás mayores valor de inversión."[307]

De manera complementaria, con la comunicación HC-1814/081 del 20 de noviembre de 2001, la Interventoría ejercida por el Consorcio Hidrotec Ltda.- La Vialidad Limitada, señaló lo siguiente:

"Mediante comunicación HC-1730/079, indicamos nuestra posición respecto del concepto dado por esa interventoría el 1º de octubre pasado en relación con el modelo financiero presentado por el concesionario y el Acta que posteriormente se suscribió. No obstante, como al parecer no existe suficiente claridad sobre el particular, nos permitimos hacer las siguientes precisiones:

1. **El Concepto** emitido por la Interventoría, no es más que lo que su nombre indica, es decir, una opinión respecto de un asunto sometido a su consideración. Así las cosas, al no ser nada distinto a una opinión, puede ser acogido o no serlo por parte de quien tiene la potestad de tomar decisiones que afecten un contrato, que no es nadie distinto a este Instituto.

2. **El Concepto** emitido, lo hizo nuestro consorcio en virtud de la obligación contractual de hacerlo, tal y como se establece en el numeral 6.4 de los Términos de Referencia. Aquí, es importante resaltar que hasta la fecha, tal actividad no se había realizado por no haberse recibido suficiente información sobre las variables involucradas en el respectivo modelo para hacer las simulaciones del caso.

3. En ninguna parte del **Concepto** se amplió el plazo contractual de la Concesión por dos motivos principales:

3.1 No es competencia de la Interventoría ampliar el plazo de un contrato de concesión. Tal potestad tanto legal como contractualmente, radica de manera exclusiva en cabeza del Representante Legal del Instituto y por lo tanto así se hubiese hecho, no tendría valor alguno por falta de capacidad absoluta.
Los contratos estatales no se adicionan mediante CONCEPTOS u opiniones; para ello, con base en la Ley 80 de 1993 y propio contrato, debe hacerse un CONTRATO ADICIONAL, en el cual se consigne el nuevo acuerdo de voluntades, se establezcan las nuevas condiciones y se cumplan los demás requisitos de ley.

3.2 Jamás puede decirse o entenderse que el CONCEPTO amplió el plazo contractual, pues como claramente se indica en su texto, la labor desarrollada consistió en estudiar o correr un MODELO HIPOTÉTICO, estudio del cual necesariamente deben salir conclusiones pues de lo contrario sería inocuo hacerlo, conclusiones que se consignan al final del documento, donde se indica que *'El modelo revisado tiene un carácter dinámico… Por lo tanto, permite que sea actualizado posteriormente UNA VEZ SE DISPONGA LA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DEL VALOR DE LAS OBRAS, SE AJUSTEN NUEVAMENTE LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN, SE MODIFIQUE EL MONTO O LA OPORTUNIDAD DE PAGO DE LAS COMPENSACIONES PREVISTAS POR PARTE DEL I.N.V. O SE VARIEN ALGUNOS DE LOS PARÁMETROS QUE PUEDAN AFECTAR EL EQUILIBRIO FINANCIERO'.* (Mayúsculas fuera del texto).

Lo transcrito, no significa nada distinto a que, analizando un evento futuro que depende de la ocurrencia o no de determinadas situaciones, en su momento AL FINAL DEL CONTRATO, habrá que decidirse el derrotero o seguir, el cual depende solamente de la voluntad del Invías. Por lo mismo, si las circunstancias futuras y después de correr muchos otros modelos, indican la necesidad de modificarse el contrato en su plazo, valor o condiciones, se harán las modificaciones necesarias de acuerdo con dichas circunstancias acaecidas en desarrollo del contrato de Concesión. El mayor plazo a que se hace referencia en el CONCEPTO se entiende como meramente informativo y dependiente de los valores asignados a las variables en el modelo corrido y como se explica atrás, están sujetos a liquidación definitiva.

4. Como consecuencia de todo lo anterior, si en el CONCEPTO no se definió ampliación alguna, tampoco se hizo en el "Acta de cierre financiero", suscrita en todo de acuerdo con el concepto emitido. De ninguna parte de la misma se puede extractar la voluntad de las partes de suscribir un contrato adicional modificando el plazo o las condiciones pactadas, aún intentando, mediante un deliberado acto de mala fe, torcer lo allí plasmado.

Tampoco podemos olvidar que, de acuerdo con las reglas generales de interpretación, tanto de las leyes como de los contratos, las disposiciones contenidas en ellos deben interpretarse de manera armónica y sistemática de tal suerte que no es posible acogerse a un solo párrafo o renglón de un documento, en nuestro caso un concepto, para pretender que allí se dijo algo contrario a lo que se indica en todo su texto. De

[307] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 722 a 723

acuerdo con el artículo 1662 del Código civil, las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Lo anterior, no quiere decir nada distinto a que cualquier contrato o documento contractual debe interpretarse en conjunto, de manera armónica, todo ello dentro de su contexto y no de manera aislada como al parecer ha pretendido hacerse con el penúltimo reglón del concepto emitido, donde se habló de un plazo adicional, el cual obviamente estaría sujeto al cumplimiento previo de toda una serie de circunstancias, tal y como se dice en el párrafo inmediatamente anterior.

A su vez, el artículo 30 (id) dice sobre el particular, en tratándose de leyes, que *"El contexto de la ley servirá para ilustrar cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armionía (sic)".* Creemos que la claridad de la disposición transcrita no requiere superiores comentarios, pues de manera contundente indica que no pueden apreciarse disposiciones o apartes de una disposición por fuera de su contexto, com (sic) pretende hacerse en el caso examinado.

5. En últimas, si el Concesionario o cualquier otra persona desea insistir en que del texto del CONCEPTO o del Acta se pude (sic) interpretar o inferir una adición así tácita del contrato, no podemos olvidar que por Ley, según el artículo 15 del Estatuto Contractual, es potestad de la Entidad Estatal interpretar unilateralmente aquellas disposiciones o estipulaciones que ofrezcan contradicción o exista desacuerdo sobre su alcance, objeto y contenido.

6. Por todo lo anterior, insistimos en que ni mediante el CONCEPTO ni el acta respectiva se adicionó el contrato de concesión, ni ello fue la intención de las partes y por lo mismo no es posible predicar la comisión de error alguno o ligereza por parte nuestra, pues el texto de ambos documentos es suficientemente claro acerca de su propósito y origen."[308]

A su vez, mediante comunicación OJ-039864 del 26 de noviembre de 2001, suscrita por la Jefe de la Oficina Jurídica y el Subdirector de Concesiones del INVIAS, dirigida al representante legal de la Unión Temporal DEVINORTE, se precisó que luego de analizar el contenido del Acta de Cierre Financiero fechada el 1 de octubre de 2001 y el Concepto financiero de la Interventoría, "las decisiones adoptadas en el cierre financiero con base en el concepto de la Interventoría, adolecen de un sin número de falencias jurídicas que impiden que éstas tengan vinculación y efectos jurídicos para las partes contratantes", al tiempo que señaló que cualquier cambio de las cláusulas contractuales debe hacerse mediante adición, complementación o modificación del Contrato de Concesión a través de los representantes legales de las partes. En tal virtud, señalaron, "el Instituto no acepta el contenido del documento denominado 'Acta de Cierre Financiero' de fecha octubre 1° de 2001"[309] y así quedó planteada una cuestión jurídica.

Frente a lo anterior, con la comunicación del 28 de noviembre de 2001, suscrita por el Vocero Especial de la Unión Temporal Devinorte, ésta le ratificó al Director General del INVIAS lo expuesto verbalmente en reunión cumplida el 27 del mismo mes y año, "en el sentido de que el Acta suscrita por el Subdirector de Concesiones, la Interventoría y el Representante de la Unión Temporal de fecha 1 de octubre de 2001, no comporta la modificación al contrato en ninguno de sus aspectos y específicamente no significa la modificación del término de duración de la concesión; sin perjuicio de nuestra posición oficial que expresaremos posteriormente en relación con la comunicación OJ 039864 de noviembre 26 de 2001, suscrita por la Jefe de la Oficina Jurídica y el Subdirector de Concesiones."[310]

También con la comunicación calendada el 10 de diciembre de 2001 y suscrita por el mismo Señor Vocero Especial, se ratificó lo afirmado en la comunicación del 28 de noviembre de 2001 y además se señaló que "Al igual que el Instituto, no compartimos algunas de las afirmaciones que se contienen en el informe mensual número 68 de la Interventoría; que analizadas descontextuadamente pueden llevar a concluir que entre las partes firmantes del Acta de 1 de octubre se acordó una modificación del plazo contractual" y que "Para el Concesionario es claro

[308] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 724 a 726
[309] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 291 a 292
[310] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 293 a 294

que ninguno de los documentos que con el acta de octubre de 2001 conforman un todo, implica la modificación del plazo contractual." [311]

Señaló entonces el Vocero Especial que lo que se hizo en las reuniones que constan en las Actas de las reuniones del mes de agosto y en el Acta de Cierre Financiero del 1 de octubre de 2001, fue

> "…ejecutar durante la vigencia del contrato la operación o institución que, en el lenguaje de la contratación pública, se conoce como cierre financiero.
>
> "Esta institución simplemente consiste en que las partes, durante el período de ejecución del contrato, deben dedicarse periódica y conjuntamente a establecer, entre otras cosas, de que manera las inversiones reales representadas en mayores cantidades de obra, obras no previstas o solicitadas por la comunidad y aprobadas por el Instituto han determinado o pueden determinar a futuro sobreinversiones por parte del Concesionario. Por manera que, como ya se dijo, es deber contractual de las partes estudiar y definir el comportamiento de tales variables durante el lapso de tiempo en que el contrato ha venido siendo ejecutado.
>
> "En el presente caso, la obligación de producir el cierre financiero se plasmó en diversos otrosis al contrato, que consignaron tal deber contractual, que debía ejecutarse dentro del plazo que en cada ocasión se convino.
>
> "6. No obstante las reiteradas solicitudes presentadas por Devinorte al Instituto, dirigidas a lograr que esta obligación contractual se cumpliera, solo a partir del 8 de agosto de 2001 se hizo posible la iniciación del proceso dirigido a cumplir con esta expresa obligación contractual.
>
> "7. Fue así como, con el propósito de darle cabal cumplimiento, se constituyó un comité de trabajo en el que, como era elemental, debían estar representados el Instituto, la Interventoría y el Concesionario.
>
> "Dicho Comité de trabajo concretó sus posiciones, discusiones y decisiones en las reuniones celebradas los días 8, 10, 13 y 14 de agosto de 2001; sin olvidar las sesiones de trabajo que los representantes de cada partícipe debieron efectuar como preparatorias de sus intervenciones en las cuatro sesiones de agosto, premencionadas.
>
> "8. Como resultado de dichos trabajos se produjeron el concepto financiero de la interventoría sobre el modelo presentado por el concesionario en septiembre de 2001 para el cierre financiero y el acta de cierre financiero que suscriben los intervinientes en el proceso de presentación, discusión, análisis y decisión de las diferentes posturas exhibidas por los partícipes en el proceso.
>
> "Los guarismos financieros resultantes de las decisiones de quienes participaron en las discusiones se concretaron en el cierre del modelo financiero de septiembre de 2001.
>
> "Así las cosas la posición oficial de la Unión Temporal DEVINORTE en frente del Acta de 1 de octubre de 2001, se resume en lo siguiente:
>
> "1. El plazo de duración del contrato 0664 de 24 de noviembre de 1994, no ha sido modificado como consecuencia de lo abocado, discutido y acordado en términos de las actas de fecha 8, 10, 13 y 14 de agosto de 2001, ni del cierre del modelo financiero de septiembre de 2001, ni del concepto financiero de la Interventoría sobre el modelo presentado por el concesionario en septiembre de 2001 para el cierre financiero, ni del acta de cierre financiero de 1 de octubre de 2001.
>
> "2. Las decisiones resultantes de las discusiones que tuvieron lugar con ocasión de las cuatro (4) reuniones de agosto y las decisiones incorporadas en las actas han de entenderse no más allá de su exacto tenor literal, tanto desde el punto de vista de lo que disponen como desde el punto de vista de las salvedades y condicionamientos que involucran.
>
> "3. Todo el proceso llevado a cabo y sus asertos conclusivos no obedecieron al capricho o discrecionalidad de quienes intervinieron en las discusiones y decisiones, sino como al cumplimiento de una clara obligación contractual, siempre incumplida por el Instituto, que se contuvo en los otrosís al contrato 0664 de fecha 24 de noviembre de 2001 (sic), antes citados.
>
> "4. Si bien el contrato 0664 no dispone un procedimiento específico ni contempla la periodicidad con que debe hacerse la evaluación del comportamiento del modelo financiero original (MFO), nos permitimos sugerir, en

[311] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 295 a 298

beneficio del contrato y del interés general, que entre las partes contratantes se acuerde la periodicidad y procedimiento con que han de ser actualizadas y valoradas."[312]

## 4.29. Otrosí No. 18 - Aclaración a la Adición del 18 de septiembre de 2001 -Rehabilitación del Sector Cajicá - Zipaquirá, suscrito el 21 de diciembre de 2001[313]

En atención a: 1) Que en los parágrafos primero y segundo de la Cláusula Primera "Objeto" del Contrato de Concesión 664 de 1994, se prevé como obra básica, entre otras, la rehabilitación de la calzada existente en el sector Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá y como alcance físico adicional, la construcción de una segunda calzada paralela a la existente, en el mismo sector; 2) Que los diseños definitivos elaborados por el Concesionario durante la "Etapa de Diseño y Programación" del Contrato de Concesión y aprobados por el Instituto no contemplaban la rehabilitación de la calzada existente en el sector Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá, tal como estaba previsto en los pliegos de condiciones de la licitación y en el Contrato de Concesión, sino la construcción de una calzada nueva, por las razones que expresó La Vialidad Ltda., sociedad interventora en la "Etapa de Diseño y Programación", en los siguientes oficios anexos y que forman parte integrante de esta Aclaración: A) oficio número 1147-X-18-95 del 18 de octubre de 1995 dirigido al Instituto, a través del cual manifestó su aprobación a los diseños definitivos elaborados por el Concesionario, incluidos los diseños correspondientes al sector Cajicá – Zipaquirá. B) Oficio número 1160-20-X-95 del 20 de octubre de 1995, dirigido al Instituto, en el cual en relación con el aumento en las cantidades de obra producto del diseño definitivo elaborado por el Concesionario para el sector Cajicá – Zipaquirá, expresó que: "1. AUMENTO DE CANTIDADES DE OBRA: 1.1 ÍTEM 2.4.b Excavación en material común de corte, canales y préstamos, que pasó de 1.379.500 $m^3$ … adicionalmente se tienen mayores cantidades, superiores a las de la licitación, en sectores como Cajicá – Zipaquirá, donde estaba previsto rehabilitar la mayor parte de la calzada existente, 7.5km, de este tramo y solo se rehabilitarán 2.0km dadas las condiciones actuales de alineamientos, que no ofrecen garantías de seguridad en la marcha para los usuarios, lo que originó cambios en los mismo, obligando con esto al diseño, en la mayoría del tramo, de las dos calzadas como nueva." C) Oficio número 0548-23-11-01 del 23 de noviembre del 2001 dirigido al Instituto en el cual, por solicitud de éste, La Vialidad Ltda., se refiere al alcance del numeral 1.1. del citado oficio 1160-20-X-95 del 20 de octubre de 1995, expresando que: "…Las cantidades de obra del sector Capellanía – Zipaquirá sufren incremento por cuanto es muy poco el sector aprovechable de la vía existente para la nueva vía y esos sectores requieren de una ampliación, ajuste de la rasante, cambio de bombeo y mejoramiento de su estructura de acuerdo a lo establecido en el diseño correspondiente. Cabe anotar que la rehabilitación evaluada en los diseños contempla ajustar sectores de la vía existentes a la nueva vía y para ello debe cumplir con su sección transversal y diseños correspondientes. De otra parte, la rehabilitación indicada en la propuesta y plasmada en el contrato de concesión para el sector Capellanía – Zipaquirá, no se pudo llevar a cabo por cuanto la vía existente no cumple con los alineamientos tanto horizontales como verticales y su diseño de doble calzada cumple con los requerimientos establecidos en los documentos de la licitación." 3) Que los diseños definitivos presentados por el Concesionario para el sector Cajicá (Capellanía) - Zipaquirá fueron aprobados por el Instituto en los términos señalados por la Interventoría de la Etapa de Diseño y Programación, según el acta de iniciación de obras suscrita por las partes el 2 de septiembre de 1996; 4) Que el literal c) de la Cláusula Tercera del documento suscrito por las partes el 23 de diciembre de 1998, adicionada por el documento suscrito el 24 de mayo de 1999, se establece que las obras básicas a que se refiere el citado literal "se iniciarán en cuanto el Instituto entregue al Concesionario la totalidad de los predios requeridos por tramos, para la ejecución de dichas obras básicas; y, 5) Que el parágrafo segundo de la cláusula tercera de la adición suscrita por las partes el 18 de septiembre de 2001, determinó que el valor pactado en dicha cláusula sería el valor máximo a ser pagado al Concesionario por las obras complementarias y adicionales pactadas en el citado documento, las partes acordaron lo siguiente:

[312] Ibídem.
[313] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000266 a 000272

1. Complementar la parte motiva de la adición del 18 de septiembre de 2001, con lo indicado en las anteriores consideraciones y aclarar su cláusula tercera en el sentido de indicar que la rehabilitación del sector Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá, que ejecutaría el Concesionario como obra complementaria en virtud del citado documento, en ese momento no hacía parte de las obras básicas a que se obligó el Concesionario de conformidad con los diseños definitivos elaborados por él y aprobados por el Instituto. La Interventoría de las obras complementarias señaladas en la cláusula tercera de la Adición del 18 de septiembre de 2001, sería ejercida por la persona que designara el Instituto hasta tanto la interventoría del proyecto que actuaba en ese momento Consorcio Hidrotec Ltda. – La Vialidad Ltda., diera respuesta positiva a los oficios SCO-039429 del 22 de noviembre de 2001 y SCO-042194 del 12 de diciembre del 2001, caso en el cual se suscribiría un documento aclaratorio al contrato de interventoría suscrito con el citado consorcio, en los términos señalados en los mismos oficios, con el fin de que fuera el mismo consorcio interventor el que continuara ejerciendo las labores de interventoría correspondientes.

2. Con el giro de los recursos destinados a la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la variante de Cajicá, autorizado por el Instituto mediante la adición del 18 de septiembre de 2011, se entendía levantada la suspensión de dicha obra, la cual sería iniciada por el Concesionario solo en aquellos tramos que contaran con la Licencia Ambiental aprobada por la autoridad competente y con los permisos ambientales correspondientes, previa disponibilidad de predios, aprobación de cronograma de obras por parte del Instituto a través de la Interventoría que se designara para tal efecto y verificación de la constitución de la garantía única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual.

Las demás obras señaladas en el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 y que se refieren al sector Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo, serían ejecutadas por el Concesionario una vez la entidad Concedente hiciera entrega de la totalidad de los predios requeridos por tramos.

3. El valor máximo a ser pagado al Concesionario y al que hacía referencia el parágrafo segundo de la cláusula tercera de la adición del 18 de septiembre de 2001, se entendía como el valor máximo a ser pagado al Concesionario por cada una de las obras complementarias y adicionales descritas en la citada cláusula.

### 4.30. Otrosí No. 19 - Adición delega al Concesionario los avalúos para la adquisición de predios para la variante Cajicá-Rancho J.R. y La Caro, suscrito el 24 de mayo de 2002[314]

Mediante esta Adición se acordó que el Concesionario realizaría el levantamiento y elaboración de las fichas prediales necesarias para la construcción de la Variante de Cajicá, de conformidad con los diseños elaborados por el Concesionario y aprobados por el Instituto, a través de la Interventoría correspondiente; adelantaría la gestión de compra de predios determinado por el número de fichas prediales y evaluadas por una lonja de propiedad raíz, contratada por el Instituto; y, la gestión de adquisición de predios requeridos para la construcción de la variante de Cajicá y los faltantes en el sector de La Caro – Rancho J.R.. Para tal efecto se fijó un plazo de tres meses, al tiempo que se establecieron los valores a pagar al Concesionario por la elaboración de las fichas prediales y se estableció la suma de $1.000.000 por cada gestión de predio concluido.

### 4.31. Otrosí No. 20 – Solemnización de los acuerdos logrados en el "Acta de cierre financiero" del 1 de octubre de 2001 y autorización para utilizar el saldo de los

[314] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000273 a 000276

**predios de Cajicá para el pago de los ítems no previstos, suscrito el 11 de agosto de 2003**[315]

Los acuerdos logrados por los representantes de las partes con la colaboración de la Interventoría durante los meses de agosto a octubre de 2001, requerían su solemnización mediante la adición del Contrato de Concesión. Para tal efecto, mediante comunicación DVNB-0330-03 del 11 de febrero de 2003, el Concesionario solicitó del INVIAS proceder a suscribir el Otrosí correspondiente.[316] Tal solicitud fue reiterada con la comunicación DVNB-1.394-03 del 7 de mayo de 2003[317] y, posteriormente con la comunicación DVNB-2.093-03 del 9 de julio de 2003.[318]

En esta adición las partes, antes de los acuerdos, hicieron las siguientes consideraciones:

> "1) Que en cumplimiento de la obligación a cargo de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, mediante el procedimiento de actualizar el 'modelo financiero' contractualmente adoptado como consecuencia de haber sido ofertado por EL CONCESIONARIO y aceptado por EL INSTITUTO, obligación esta que, además, ha sido objeto de expresa estipulación contractual en diferentes adiciones u otrosí; a partir del mes de julio del año 2001 EL INSTITUTO representado por el Subdirector de Concesiones y por el Supervisor del contrato designado por EL INSTITUTO; y representantes del Interventor externo del contrato, EL CONSORCIO HIDROTEC LIMITADA- LA VIALIDAD LIMITADA, de una parte, y de otra, representantes de EL CONCESIONARIO, entre ellos su Gerente General, realizaron trabajos de investigación, analíticos y conclusivos, a veces separadamente, otras veces colectivamente, tendientes a establecer los montos reales de los factores constitutivos de los ingresos y egresos del flujo de caja del proyecto. Todo lo anterior con el propósito de establecer bajo que condiciones el comportamiento del flujo de caja resultante de contabilizar los factores constitutivos de sus insumos, ya ocurridos y por estimar bajo los parámetros contractuales los factores constitutitos (sic) por ocurrir, garantizaban la obtención de un 10.94% en términos reales como TASA INTERNA DE RETORNO del proyecto. Todo lo anterior observando, como les estaba obligado, la metodología propuesta por EL CONCESIONARIO en su oferta aceptada por EL INSTITUTO por el hecho de la elección de la oferta formulada por los partícipes de la que habría de ser LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE, en desarrollo del proceso licitatorio No. 005 de 1994. 2) Las posiciones unilaterales de EL INSTITUTO, de LA INTERVENTORÍA y de EL CONCESIONARIO, derivadas de las labores individuales que cada quien acometió, fueron objeto de las discusiones que finalmente desembocaron en los acuerdos que reflejan los textos de las Actas números 1, 2, 3, y 4 de agosto 8, 10, 13 y 14 de 2001, respectivamente en su orden; 3) Que la ejecución de las tareas unilaterales, análisis, discusiones y acuerdos colectivos mencionados en la consideración primera participaron las siguientes personas naturales: Por EL INSTITUTO, Luis Guillermo Velásquez López, a ese entonces Subdirector de Concesiones, y el Ingeniero Jorge Enrique Rivera, que, a ese entonces fungía como Supervisor del contrato; por LA INTERVENTORIA, el Ingeniero Álvaro Pardo, representante legal de HIDROTEC LIMITADA – LA VIALIDAD LIMITADA, y el economista Juan Maldonado, destacado por el consorcio para el efecto; por EL CONSORCIO Sergio Echevarría Hoyos, Gerente de la UNION TEMPORAL DEVINORTE; y, finalmente, el ingeniero Jaime Durán Meléndez, representante de la Firma CANO JIMENEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LIMITADA, partícipe de la Unión Temporal y encargada del control de calidad de las labores de EL CONCESIONARIO, y la economista Mónica Pardo, funcionario de la Compañía últimamente citada. 4) Como prueba documental de los trabajos, análisis, discusiones y acuerdos que ocurrieron en las reuniones de agosto 8, 10, 13 y 14 de 2001, se elaboraron las Actas

[315] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281

[316] En ella señaló que "La solemnización de este acuerdo mediante el correspondiente documento, permitiría al Concesionario fortalecer su posición frente al sector financiero, a objeto de obtener los recursos financieros necesarios para acometer las obras que forman parte del alcance básico, aún no ejecutadas." Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folio175 a 180.

[317] En ésta señaló que además de existir la obligación contractual (Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y las modificaciones suscritas el 24 de julio de 1997, el 23 de diciembre de 1998 y el 24 de mayo de 1999), consistente en realizar los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio económico y financiero del Contrato, dicha obligación constituye un imperativo legal derivado de lo dispuesto en los artículos 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993. Con base en lo que consta en las Actas de agosto de 2001 como discutido y aprobado, se corrió el Modelo mediante la observancia de la metodología adoptada por el Contrato, con el objeto de establecer las condiciones económicas y financieras que hagan posible obtener una TIR del 10.94%, en términos reales. El corrimiento del Modelo resultante de lo acordado en las previas reuniones, fue adoptado por las partes mediante el Acta de Cierre Financiero de octubre 1° de 2001. Sus consecuencias son las que de los documentos bilaterales acordados resultan y solo resta según el Instituto la solemnización mediante una adición o modificación al Contrato 0664/94 que consagre los mecanismos específicos de compensación que el mismo estipula; en la medida que éstos resulten idóneos y suficientes para lograr el restablecimiento del equilibrio contractual roto en detrimento de Devinorte. En dicha comunicación la Unión Temporal expresó que el INVIAS había incumplido con su obligación de formalizar con aquella los mecanismos de compensación necesarios para restaurar el Equilibrio Económico y Financiero de tal manera que la TIR contractual acordada pudiera ser obtenida por Devinorte, como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994. Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 181 a 183.

[318] Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 175 a 178.

1 a 4. 5) Que los predichos acuerdos definieron el valor de los factores que alimentan, componen o constituyen los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado el 'CIERRE FINANCIERO' que fue acordado, y por consiguiente aprobado por parte de EL INSTITUTO, de LA INTERVENTORÍA y del CONCESIONARIO. Todo lo anterior, según el texto del Acta suscrita entre las partes de fecha 1° de octubre de 2001; de la que forman parte integrante los siguientes documentos: 1. 'Disquete marcado Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Cierre del modelo financiero. Septiembre de 2001.' 2. Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Cierre del modelo financiero. Septiembre de 2001. Bases de cálculo'. 3. Actas del comité de trabajo No. 1 del 8 de agosto de 2001, número 2 del 10 de agosto de 2001, número 3 del 13 de agosto de 2001 y número 4 de 14 de agosto de 2001. 4 Concepto de la Interventoría del 1 de octubre de 2001. 6) Que las partes tienen claro que el llamado 'MODELO FINANCIERO' es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores. 7) Que como consecuencia de lo anterior el resultado del 'MODELO FINANCIERO' final o definitivo sólo podrá ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, bajo la metodología contractualmente acordada, hayan pasado de la condición de hipotéticos a reales. 8) Que tienen por sabido las partes que constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a) las inversiones que haya realizado y realice EL CONCESIONARIO en la ejecución de el 'alcance básico' del contrato y de su 'alcance físico opcional', b) Las inversiones que haya realizado y realice EL CONCESIONARIO en la ejecución de 'obras complementarias', c) Las inversiones que haya realizado y realice EL CONCESIONARIO en 'obras ejecutadas en ítems no previstos', d) Las inversiones que haya realizado y realice EL CONCESIONARIO en 'mayores cantidades de obra'. 9) Que como consecuencia de lo anterior, compete a las partes contractuales solemnizar los acuerdos que lograron en desarrollo de las conversaciones documentadas en las Actas del comité de trabajo 1, 2, 3, y 4 de agosto de 2001, en el 'Acta de Cierre Financiero' del 01 de octubre de la misma anualidad y en los documentos incorporados como parte integrante de ella, que en su texto de identifican. 10) Que las cantidades, precios unitarios y valores por ítem incorporados al 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001, son los establecidos por la sociedad RESTREPO Y URIBE LIMITADA, interventora del contrato 0664 de 1994. La valoración de las obras efectivamente ejecutadas y que las partes han dado en denominar para efectos del Contrato de Concesión 0664/94 como TRAMO I, se contiene en los siguientes documentos: Oficio C.360.5.2.2/0176/00 del 21 de junio de 2000 y su anexo ´precios unitarios no previstos' 1999, Oficio C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001, y Concepto de LA INTERVENTORÍA de 1 de octubre de 2001. 11) Que el 18 de septiembre de 2001 se suscribió una adición al Contrato de concesión #664 de 1994 en términos de la cual, entre otras cosas, se reconoció al Concesionario los sobrecostos o cantidades finales ejecutadas hasta el 30 de abril de 1999 en ítems no previstos, en cuantía de $7.091.564.823.00 de mayo de 1994, equivalentes a $19.167.110.621.00 de abril de 2001, según las certificaciones de las interventorías del contrato a que hacen alusión las consideraciones 5) y 6) del mencionado documento contractual. 12. Que según la CLÁSULA PRIMERA de la preidentificada adición, el Instituto ordenó girar en favor del Concesionario al 'CLIP ITEMS NO PREVISTOS' del Fideicomiso que administra los recursos del Contrato de concesión la suma de $8.852.857.000.00, por concepto de abono o pago parcial de lo adeudado al Concesionario por obras ejecutadas en ítems no previstos; quedando, en consecuencia, adeudándole la suma de $10.314'253.621.00 de abril de 2001. 13) Que en términos de la misma adición contractual el Instituto autorizó girar al CLIP PREDIOS del Fideicomiso, la suma de $11.293.000.000.00, por concepto de la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá. Que efectuados los avalúos de los predios afectados y restada su sumatoria de la consignada en el CLIP DE PREDIOS resultará un saldo disponible en cuantía, a la fecha, indeterminada, respecto de la cual el Instituto podrá disponer para los efectos derivados del Contrato de Concesión 0664."

Con fundamento en las anteriores consideraciones, las partes acordaron lo siguiente:

1. "Por el presente documento EL INSTITUTO y EL CONCESIONARIO proceden a solemnizar los acuerdos logrados entre las partes que desembocaron en la suscripción del 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001 y que se contienen en los documentos que formaron parte integrante de la misma y se identifican en la consideración 5) del presente instrumento; documentos estos que, como anteriormente se dijo, constituyeron la base para suscribir la adición al contrato 0664 de fecha 18 de septiembre de 2001." (Cláusula Primera).

De conformidad con dichos acuerdos, se amplió la etapa de operación en 56 meses -4 años y 8 meses-, pasando la etapa de operación de 150 meses -12 años y 6 meses- a 206 meses -17 años y 2 meses-.

2. "Que en consonancia con lo afirmado en la consideración 13), EL INSTITUTO autoriza desde ahora a EL CONCESIONARIO, clara y expresamente, a que finalizada la adquisición de predios necesarios para la construcción de la Variante de Cajicá y hecha la reserva pertinente para aquellos que deban ser adquiridos mediante el procedimiento de la expropiación, el saldo que resulte sea pagado a EL CONCESIONARIO por concepto de abono o pago parcial al saldo adeudado por concepto de 'obras ejecutadas en ítems no previstos'." (Cláusula Segunda).

3. "Queda expresamente acordado que EL CONCESIONARIO deberá ampliar la vigencia de las pólizas de seguro de manera que abarque todo el tiempo de vigencia del Contrato 0664 de 1994, según vaya resultando del corrimiento del modelo financiero." (Cláusula Tercera)

## 4.32. La revisión judicial en sede popular del Otrosí No. 20 - Adición al Contrato de Concesión, suscrito el 11 de agosto de 2003

En ejercicio de acción popular, el citado Otrosí No. 20 – Adición al Contrato de Concesión, suscrito el 11 de agosto de 2003, fue demandado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por presunta falta de competencia del INVIAS para suscribirlo y por la presunta lesión del patrimonio público como consecuencia de haber éste ampliado el plazo de la Etapa de Operación de dicha Concesión.

En este proceso el INVIAS intervino por conducto de apoderado judicial, el cual, en defensa de esa entidad señaló que

> "… de la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato contextuadas dentro de las consideraciones que les precedieron se puede extraer la tan mentada prórroga, ampliación o aumento de la duración de la etapa de operación del Contrato de Concesión tantas veces mentada. Desde luego todo lo anterior emana, con claridad meridiana, que eventualmente el plazo de la Etapa de Operación y, por tanto, el tiempo en que el Concesionario recaudaría para sí las tarifas de peaje solo debe ser ampliado, en la medida que el inicialmente pactado sea insuficiente para que el Concesionario recupere el valor de su inversión y obtenga la TIR contractualmente convenida y, además entre las partes no se haya convenido o convenga algún otro de los sistemas de compensación estipulados en el 664/94 para lograr el mantenimiento de la ecuación contractual definida en los términos anteriores.
>
> "Pero podría decirse que de la lectura de las actas números 1, 2, 3 y 4 de agosto de 2001 y/o del 'Acta de Cierre Financiero' del 1 de octubre de 2001 se deriva la tan cacareada ampliación. Sin embargo, ello tampoco resulta cierto.
>
> "Es más, la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá Devinorte, en su comunicación de diciembre 10 de 2001 dirigida a los, a ese entonces funcionarios del INVIAS, Patricia Fragoso Hani y Gustavo Arenas Campos, manifestó expresa y categóricamente que: '**Para el concesionario es claro que ninguno de los documentos que con el acta de octubre de 2001 conforman un todo, implica la modificación del plazo contractual**' (El destacado es nuestro). En punto a lo anterior resulta imperioso reseñar, como quedara probado, que la firma Interventora del Contrato de Concesión (Consorcio Hidrotec-La Vialidad), se expresó en idéntico sentido al manifestado por el Concesionario.
>
> "Entonces, siendo lo anterior así, mal puede decirse que el adicional de 11 de agosto de 2003, que se limita a solemnizar los acuerdos logrados en las reuniones de agosto y congregados en el 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre, contiene o connota una ampliación del plazo del contrato en cuanto se refiere a su Etapa de Operación. Por manera que sola la imaginación de la demandante, puede extraer de tales contundentes realidades documentales la fementida ampliación del término de duración de la Etapa de Operación. Abundando en los razonamientos anteriores, iteramos que la manifestación del Concesionario no podía ser distinta, desde luego que el 'modelo financiero' es un elemento absolutamente dinámico que se integra con informaciones numéricas relacionadas con asuntos ya ocurridos y que por consiguiente tienen la condición de definitivas y con otros datos numéricos relacionados con asuntos por ocurrir. Que, por consiguiente, el resultado del 'modelo financiero' solo podrá ser establecido de manera definitiva en el momento en que aquellos hechos por ocurrir, que se identifican con las obras pendientes de ejecutar dirigidas al cumplimiento del 'alcance básico' y/o del 'alcance físico adicional' del contrato se hayan construido; desde luego que es tan solo en ese momento cuando la totalidad de los elementos que constituyen los insumos o factores del modelo se entienden definitivamente

consolidados; bien sea porque ya ocurrieron; bien sea porque sin haber ocurrido la propuesta económica del contratista, asumida por el Instituto al acoger su oferta (que de consiguiente devino contractual), se pueden estimar de manera exacta e inmodificable toda vez que, independientemente de lo que ocurran en la futura realidad, las partes le han dado la condición de constantes.

"Precisamente por eso, el Contrato 664 (al igual que los otros contratos suscritos por el INVIAS y relativos a Concesiones de Primera Generación), señala en su CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA: ECUACIÓN CONTRACTUAL; lo siguiente: 'Si se presenta alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula QUINTA, y cláusulas DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA SÉPTIMA o VIGÉSIMA del presente contrato, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos (…). En el caso del Contrato 664 de 1994, por virtud de que el Instituto Nacional de Vías no ha hecho entrega de la totalidad de los predios necesarios para la construcción de la llamada Variante de Cajicá y para la construcción y rehabilitación de la parte del Sistema Vial Concesionado que desde el sitio "Capellanía" conducirá a Zipaquirá y de la Variante de Portachuelo, el Concesionario se ha visto en la imposibilidad de ejecutar parte del 'alcance básico' y la totalidad del 'alcance físico adicional'. Por tal razón las partes se vieron en la necesidad de dar inicio a la Etapa de Operación el día 1 de mayo de 1999; no obstante que, como ya se dijo, tan solo lo que entre ellas acordaron identificar como Tramo I se hallaba construido.

"Entonces, en aplicación de la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato, tan solo al finalizar la totalidad de las obras contratadas y aquellas obras complementarias que pudieran resultar se podrá proceder a establecer con exactitud el valor de las 'mayores cantidades de obra' realmente ejecutadas en desarrollo del contrato.

"De consiguiente sólo en ese preciso momento podrá saberse si el Concesionario recuperará el monto de su inversión y logrará la utilidad razonable contractualmente acordada y definida por la TIR y bajo qué condiciones podrá lograrlo. Únicamente a partir de ese momento, las partes se enfrentarán a la necesidad de acordar los mecanismos de compensación contractualmente establecidos que permitan restablecer el equilibrio contractual, en la hipótesis de que éste haya sido roto. Esa ecuación contractual desde el punto de vista del Estado se concretará en la ejecución de las obras contratadas y desagregadas en 'alcance básico', 'alcance físico adicional', 'mayores cantidades de obra', 'obras ejecutadas en ítems no previstos' y 'obras complementarias'; según la terminología del Contrato. Desde el punto de vista del Concesionario el equilibrio se mantendrá en la medida que de la explotación de la concesión extraiga o logre el retorno de su inversión y la utilidad razonable esperada definida por la TIR.

"En este orden de ideas, al proceder los cocontratantes al corte final de las obras construidas (al finalizar la Etapa de Construcción), según las resultas de la valoración final de la inversión realizada por el Concesionario, las partes deberán establecer y acordar los mecanismos de compensación que han de actuar para que se mantenga la ecuación contractual adoptada *ab initio*. Así las cosas, resulta impropio, sino mendaz; afirmar que el plazo o término de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 664 ha sido modificado. Nada más absurdo, desde luego que el estado de desarrollo del contrato torna imposible, de toda imposibilidad, establecer cuál finalmente será el período que debe durar la Etapa de Operación toda vez que existe un 30% de la obra total contratada sin ejecutar, en razón de que el INVIAS en su momento, y el INCO actualmente, no han suministrado o entregado al Concesionario los predios requeridos para la construcción de ese 30% que resta por ejecutar. Que por manera que podría resultar posible que dadas las penurias fiscales por las que atraviesa el Estado, los dineros requeridos para la adquisición de los predios afectados por la construcción de la obra que va entre Capellanía y Zipaquirá y de la Variante de Portachuelo nunca sean entregados y, como resultado de ello, la obra no pueda ser realizada; en cuyo evento muy probablemente el término de duración de la Etapa de Operación ni siquiera se extendería al inicialmente estimado.

"De todo lo anterior se extraen sin hesitación alguna, las siguientes palmarias conclusiones: - Ninguno de los otrosi, adiciones, aclaraciones o medicaciones que afectan al Contrato de Concesión 664/94 ha modificado el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato. – Tampoco es cierto que de las Actas números 1, 2, 3 y 4 de agosto de 2001 y del 'Acta de Cierre Financiero' de octubre 1 del mismo año, resulte la modificación del referido plazo. - El término de duración de la Etapa de Operación sólo podrá establecerse de manera definitiva en el momento en que la totalidad del alcance básico y del alcance físico adicional del Contrato 664 se haya ejecutado. - Ocurrirá cuando las partes acuerden de qué manera restablecerán la ecuación contractual, o lo que es lo mismo el equilibrio económico y financiero del contrato, en el evento de que éste hubiese sido roto; desde luego acudiendo a los mecanismos de compensación que consagra la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del tantas veces mencionado Contrato de Concesión. – Todo lo anterior sin perjuicio de las medidas económicas contractualmente adoptadas por las partes del contrato de concesión, que han permitido, antes de ahora, que el INVIAS con el fin de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato haya obtenido la asignación de partidas del Presupuesto General de la Nación, para los distintos propósitos de que hablan los otrosi, adiciones o modificaciones del contrato original.

"En conclusión, lo único que produjo la adición al contrato de agosto 11 de 2003 fue el reconocimiento por parte del INVIAS en favor del Concesionario del valor de la inversión real efectuada por este con ocasión de la ejecución de la parte de la obra concesionada que el INVIAS y el Concesionario acordaron identificar como TRAMO I; asunto este que no es objeto de la Litis." [319]

En similar sentido intervino en ese mismo proceso la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá por conducto de su apoderado judicial, quien entonces señaló:

"La Etapa de Operación del Contrato y su duración total, que inicialmente contemplaba un total de ciento ochenta (180) meses, solo puede resultar modificada porque así lo dispongan las partes; como de hecho lo han dispuesto en oportunidades anteriores, en cuanto a la Etapa de Diseño y Programación y a la de Construcción. (…)

"Empero, lo ocurrido con las Etapas de Diseño y Programación y de Construcción no ha sucedido con la Etapa de Operación; entre otras fundamentales razones por la potísima de que la duración de la Etapa de Operación solo podrá ser pactada por las partes para los fines de que el Instituto Nacional de Vías INVIAS, hoy subrogado por el Instituto Nacional de Concesiones INCO asegure al Concesionario la posibilidad económica de que recupere el valor de las inversiones que finalmente efectúe en ejecución del Alcance Básico del Contrato y de su Alcance Físico Adicional y logre obtener la *"Tasa Interna de Retorno"* (TIR) pactada como utilidad esperada.

"Pero resulta que el Equilibrio Económico y Financiero del contrato sólo podrá se determinado de manera definitiva, en el preciso momento en que el Concesionario termine por ejecutar la totalidad de las obras que constituyen el alcance del Contrato de Concesión; que, en sus términos, se divide en Alcance Básico y Alcance Físico Adicional.

"A la presente fecha el Concesionario ha construido las obras que le ha sido posible ejecutar, mas no aquellas respecto de las cuales el INVIAS, hoy el INCO, no ha cumplido con los prerrequisitos necesarios para construirlas. De hecho, por causas exclusivamente imputables al INVÍAS, hoy el Instituto Nacional de Concesiones-INCO, aproximadamente un 30% del total del alcance contratado no ha podido ser ejecutado.

"Algunas obras como la Variante de Cajicá, el tramo de la autopista que iniciándose en el sitio llamado Capellanía terminará en Zipaquirá, la Variante de Portachuelo, la ampliación del Viaducto de La Caro, la ampliación del Puente sobre el río Bogotá, la ampliación en un tercer carril del tramo que de La Caro conduce a Centro Chía, algunos de los puentes peatonales y otras pequeñas obras adicionales, pese a su disposición y a disponer del capital necesario pata su financiación, no han podido ser desarrolladas, ora porque no se han entregado los predios afectados, ya porque no se han girado las disponibilidades necesarias para adquirir los predios requeridos, ora porque no se han reavivado las negociaciones de algunos predios afectados como el de la Universidad de la Sabana, ya porque no se han tomado decisiones técnicas que constituyen condición sin la cual no puede ser acometida una determinada obra.

"Se tiene entonces, que si en algún próximo o remoto día el INCO cumple con las obligaciones a su cargo y hace posible que el Concesionario realice ese 30% restante; en aplicación de lo dispuesto por las cláusulas pertinentes del Contrato de Concesión, las partes establecerán el valor total y final de la inversión, como ya lo hicieron respecto del llamado TRAMO I y correrán el Modelo Financiero observando la metodología contractualmente pactada, con el fin de establecer cuál de los mecanismos de compensación acordarán y actuarán para efectos de restablecer el Equilibrio Económico y Financiero del Contrato, en el evento de que éste haya resultado roto.

"Como corolario de ello el Concesionario se encontrará en la posibilidad de obtener las contraprestaciones debidas a su favor y a cargo del Estado que le permitan recuperar la inversión realizada y, adicionalmente, lograr la *'Tasa Interna de Retorno'* (TIR) contractualmente pactada como representativa de su utilidad razonable esperada.

"De la lectura detenida de los pactado en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión, se extrae sin duda alguna, que los mecanismos de compensación para establecer la Ecuación Contractual rota, si ha lugar a ello, son tres, a saber: La prórroga del término de la Etapa de Operación; la autorización al Concesionario para elevar las Tarifas de Peaje en índices superiores a los contractualmente convenidos; y la obtención por parte del En Público de la asignación de partidas presupuestales en el Presupuesto General de la Nación destinadas a cancelar al Concesionario la parte de la inversión que no pueda ser recuperada mediante la ejecución del contrato en los términos inicialmente convenidos.

[319] Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 146 a 168

"Ahora bien, conviene decir que, a la luz del contrato, las partes deben estudiar y convenir alguno o algunos de los sistemas de compensación, observando la prioridad que el mismo contrato establece. La escogencia del sistema de compensación será futura y desde luego será elegido teniendo en cuenta las razones de conveniencia y de posibilidad económica imperantes al momento en que se convenga.

"Pero nada de lo anterior ha sucedido, desde luego que como ya se dijo, por tazón de lo contractualmente acordado no puede suceder. Repetiremos que la totalidad del alcance del contrato, en sus dos componentes no ha sido ejecutada y, por ende es imposible de toda posibilidad, establecer a esta altura del desarrollo del Contrato si las partes han de acudir a pactar cualquiera de los mecanismos de compensación para restablecer la Ecuación Contractual, si ella resulta rota.

"Por ello, la adición del 11 de Agosto de 2003 se limita a desarrollar con riguroso puntualismo los antecedentes del acuerdo a que llegaron las partes en Octubre 1° de 2001, acuerdo éste que únicamente se circunscribe a darle cifras definitivas al valor de las inversiones realizadas por el Concesionario en la ejecución de las obras que conforman lo que las partes dieron en llamar el TRAMO I y que fueron objeto de detallada relación y valorización por parte de la interventoría del contrato, la firma consultora Restrepo Uribe Limitada, y de expresa aceptación por parte del Instituto Nacional de Vías.

"De haber convenido los suscribientes de adición de Agosto 11 de 2003 la ampliación del término duración de la Etapa de Operación del Contrato, así lo habrían expresado. Pero por la elemental razón de ni siquiera haberlo soñado, nada dijeron sobre el punto. Simplemente dieron forma solemne, mediante la suscripción de un documento contractual, a los acuerdos que ya habían llegado y concretado en el '*Acta de Cierre Financiero"* de 1° de octubre de 2001. Nada más que eso; como se deduce del texto de la Cláusula Primera.

(…)

"Inclusive, en el estado actual de ejecución del contrato es plausible que de no apropiar el INCO en el futuro las partidas necesarias para la adquisición de los predios requeridos para la construcción del tramo Capellanía-Zipaquirá y de la Variante de Portachuelo, en aplicación del Modelo Financiero el plazo necesario para que el Concesionario recupere su inversión y logre embolsar la utilidad esperada y convenida como remuneración a su inversión de capital deba ser menor al de ciento cincuenta (150) meses inicialmente acordado. Todo lo anterior sin perjuicio de la eventual Acción Contractual que el Concesionario habría de oponer en búsqueda del resarcimiento el daño que eventualmente se le ocasione por virtud del incumplimiento del INCO a sus obligaciones contractuales.

"Sobre este tema acogemos los razonamientos explayados por el INVIAS bajo la línea de defensa que apeló como 'Pretensión de Objeto Imposible'.

"Es obligado entonces concluir, que si la causa eficiente que concretaría el daño al Patrimonio Público sería la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y tal extensión no se ha producido, el daño endilgado no existe y, no existiendo, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, como en la sentencia que desatara la litis, estamos seguros, habrá de disponerse.

(…)

"Además, una vez que el Concesionario termine de construir la totalidad de las obras que constituyen el alcance del contrato, como resulta obligado a sus propias voces, el INVIAS, hoy el INCO, tendrán que ocuparse, conjuntamente con el Concesionario, de establecer el valor final y definitivo de las inversiones realizadas, monitorear el estado del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato y acordar los mecanismos de compensación que han de utilizar para efectos de su restablecimiento, en el hipotético y futuro caso de que la Ecuación Contractual haya resultado rota. Recordando que, precisamente, uno de esos mecanismos de compensación (el de aplicación prioritaria) es la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación, que podrá producirse como resultado de la presentación de las hipótesis reguladas por la Cláusula Quinta, Décima Tercera, Décima Séptima y Vigésima del Contrato 0664, cuyo significado fue desarrollado por el INVIAS al contestar la demanda; el cual hacemos nuestro."[320]

También intervino en ese mismo proceso el Instituto Nacional de Concesiones INCO, por conducto de su Gerente General, quien entonces señaló:

[320] Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 209 a 227. En igual sentido se pronunciaron, a través de su mismo apoderado judicial, las sociedades integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, esto es, Cano Jiménez Concesiones S.A., Mincivil S.A., Wackenhut de Colombia S.A., Civilia S.A., Equipo Universal S.A., Castro Tcherassi S.A., Colserauto S.A., Fiduciaria del Estado S.A., Fiduestado en liquidación; Instituto de Fomento Industrial IFI, y Consorcial % Enfaseguros S.A. Corredores de Seguros. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 371 a 396

"Debe aclararse, en primer lugar, que con la adición al contrato No. 664 de 1994, suscrito el 11 de agosto de 2003 por el INVIAS y la UNIÓN TEMPORAL DEVIONORTE, no se amplió la etapa de operación del proyecto sino que simplemente se solemnizaron los acuerdos previos logrados por las partes contratantes en desarrollo del modelo financiero del contrato.

(…)

"Por otro lado, las actas números 1, 2, 3 y 4 a las que hace referencia el contrato adicional, se suscribieron con el fin de determinar las variables que ha tenido el modelo financiero del contrato No. 664 de 1994. Esta actuación concluyó con el acta del 1º de octubre de 2001, la cual se solemnizó por el contrato adicional materia de análisis, sin que dicha circunstancia implicara una ampliación a la Etapa de Operación del proyecto.

"Lo anteriores documentos están avalados por la Interventoría, quien suscribió con las partes contratantes las referidas actas y que además, rindió un concepto financiero favorable, en relación con el 'Acta de Cierre Financiero' del 1 de octubre de 2001.

"En este estado, es conveniente hacer algunas precisiones tendientes a dar claridad sobre el contenido y alcance de la adición de la adición del 11 de agosto de 2003, en el marco de definición de los documentos solemnizados en la misma, especialmente en lo que tiene que ver con el 'Acta de Cierre Financiero' del 1º de octubre de 2003, que en últimas contiene y resume los demás documentos solemnizados, tal como se desprende del objeto de la adición.

"La complejidad del contrato de concesión y el manejo financiero del mismo, exige que exista como un instrumento o herramienta indispensable para su valoración y ejecución, un modelo financiero. El modelo financiero es un esquema teórico, que generalmente se presenta en forma matemática, de las variables relacionadas con el proyecto de infraestructura (contrato de concesión), el cual se elabora para facilitar su comprensión y el estudio de su comportamiento.

"Conclusiones importantes de esta definición son las siguientes:

- Es una herramienta para valorar los aspectos de ejecución de la Concesión y como tal se puede utilizar en cualquier etapa del contrato para ir midiendo su desempeño financiero.

- Los contratos de concesión son de largo plazo, y por lo tanto su comportamiento es dinámico, razón por la cual cambia en la medida en que se modifiquen o alteren las variables que lo conforman. En este sentido las variables consignadas en el modelo financiero deben variar durante las diferentes etapas de la concesión, siendo necesario valorar constantemente el desempeño financiero del contrato.

- Muchos factores dentro de las diferentes etapas de la concesión pueden alterar la ejecución misma del contrato y por ende las variables financieras con las cuales fue estructurado.

"Estos aspectos del contrato y de la ejecución misma del proyecto, los cuales afectan el modelo financiero, se tuvieron en cuenta en la cuestionada adición, como se desprende de las consideraciones de la misma en donde, entre otras, se señaló lo siguiente:

> *'6) Que las partes tienen claro que el llamado 'MODELO FINANCIERO' es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores. 7) Que como consecuencia de lo anterior el resultado del 'modelo financiero' final o definitivo sólo podrá ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, bajo la metodología contractualmente acordada, hayan pasado de la condición de hipotéticos a reales.'*

"Dadas las características del modelo financiero, no puede afirmarse que su corrimiento (entiéndase, su aplicación en un momento determinado del contrato de concesión con las variables que se estime importante incluir en esa oportunidad) o las variaciones que sufra durante la ejecución del contrato, impliquen una violación a los intereses patrimoniales de la Nación, toda vez no comparta ningún reconocimiento específico, sino que, simplemente, refleja el estado del contrato en el momento en que le mismo se está aplicando.

"La revisión de los aspectos financieros que se presentan durante la ejecución de un contrato, dinámico como es el caso de uno de concesión, no implica reconocimiento alguno a favor del contratista. Tampoco, por supuesto, implica el desconocimiento de eventuales reconocimientos a su favor.

> "En este orden de ideas, no existen elementos de juicio para considerar que una conducta típicamente contractual, como lo es, la de revisar las variables financieras del proyecto, resulte lesiva para el patrimonio público[321] de la Nación, cuando lo que se busca fundamentalmente con ella es evaluar el estado del contrato, con el propósito de que este examen sirva para el adecuado desarrollo del proyecto y mantener el equilibrio financiero entre las partes."[322]

Mediante sentencia del 11 de diciembre de 2008, proferida en primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, denegó las pretensiones de presunta falta de competencia del INVIAS para suscribirlo y de la presunta lesión del patrimonio público como consecuencia de haber ampliado el plazo de la etapa de operación. En cuanto se refiere a la primera pretensión, el Tribunal concluyó que el INVIAS sí era competente para suscribirlo y luego, a frente a la segunda pretensión, concluyó que con él no se había producido lesión alguna al patrimonio público. Para sustentar esta última decisión, el Tribunal analizó en primer lugar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión en la que se pactaron los plazos de las Etapas de Diseño y Programación, Construcción y Operación y la modificación que a dicha Cláusula se introdujo por el Otrosí y Modificación suscrito el 6 de agosto de 1998 y concluyó que "Conforme a las estipulaciones contractuales anteriores, si bien en un principio se estableció que el plazo de la etapa de operación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, era de 150 meses, y que el plazo de las 3 etapas del contrato no podría ser superior a 180 meses, posteriormente, mediante Otrosí, reconociendo la realidad contractual, las partes acordaron establecer el plazo total de ejecución del contrato, una vez finalizada la etapa de construcción y definida la ingeniería financiera del proyecto." "Esta definición financiera del contrato, dijo el Tribunal, fue determinada el 11 de agosto de 2003, fecha en la cual se suscribió la 'ADICIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN NÚMERO 664 DE 1994, PARA LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, LAS OBRAS DE REHABILITACIÓN Y "DE CONSTRUCCIÓN, LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO VIAL PARA EL NORTE DE BOGOTÁ'," de cuyo análisis, señaló el Tribunal, "se puede establecer que para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato y garantizar con ello al contratista la tasa interna de retorno del proyecto, las partes convinieron actualizar el 'modelo financiero' contractualmente adoptado, el cual fue definido como un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende de que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores" y para lo cual "las partes convinieron adoptar el 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001, en la cual se estableció:

> "Con el propósito de cerrar la ingeniería financiera, acorde con las condiciones establecidas en los otro si firmados hasta septiembre de 2001, que generan un desequilibrio económico del contrato el cual debe ser compensado mediante uno de los mecanismos establecidos en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, cláusula 36.
>
> "El cierre del modelo financiero presenta una situación dinámica generada por la fecha real de los ingresos, la liquidación final de las obras ejecutadas, el cronograma de obras por ejecutar y en general todas las situaciones que generan algún tipo de modificación que lo afecte.
>
> "Por lo anterior, se presenta el cierre del modelo financiero, manteniendo la Tasa Interna de Retorno del Proyecto (100% Accionario) estipulada en el contrato del 10.94% real."
>
> "**PARÁMETROS**
>
> "Para el cierre financiero se mantiene la estructura del modelo de la propuesta básica.

[321] "Por patrimonio público '*debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo dispone las normas presupuestales*' (Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2002, Exp:25000-23-24-000-1999-9001-01)".

[322] Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 20, Folios 305 a 318

"**1. INFLACIÓN**

"Para la actualización de pesos constantes a pesos corrientes se tuvo en cuenta una inflación anual del 21%, equivalente a 1.6% mensual.

"**2. PLAZOS**

"El siguiente cuadro presenta los plazos definidos en los diferentes otro si, al contrato de concesión, así como el resultado del cierre financiero para la etapa de operación; la cual contempla dentro de su plazo la construcción de la segunda etapa.

| Etapa Diseño | Etapa Construcción | Etapa de Operación | Total Proyecto |
|---|---|---|---|
| (meses) | (meses) | (meses) | (meses) |
| 10 | 43 | 203 | 256 |
| Dic/94 – Sep/95 | Oct/95 – Abr/99 | May/99 - Mar/16 | 256 |

A juicio del Tribunal,

"Conforme a lo anteriormente analizado, la Sala concluye que, en efecto, existió un aumento en el plazo contractual, no solamente de la etapa de operación del Contrato de Concesión, pues mediante el Otrosí suscrito el 6 de agosto de 1998, se dejó sin efecto el plazo límite de 180 meses establecido en la cláusula tercera del contrato, en razón a que, reconociendo la realidad evidenciada por las partes durante la ejecución del contrato, se hizo necesario condicionar el plazo de las diferentes etapas del contrato a la finalización de la etapa de construcción y la definición de la ingeniería financiera del proyecto.

"Ahora bien, las decisiones adoptadas en la cuestionada Adición contractual suscrita el 11 de agosto de 2000 y en el 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001, tuvieron como fundamento el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, razón por la cual deberá la Sala entrar a analizar la figura jurídica, para posteriormente establecer si existen razones que justificaran la medida, y si con la misma se persiguieron los fines propios de este tipo de actuaciones".

Luego de revisar el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las Actas 1, 2, 3, 4 y 5 del Comité de Trabajo sobre el Modelo Financiero integrado por representantes del INVIAS, la Interventoría y el Concesionario, reunido en el mes de agosto de 2001 y el Concepto de la Interventoría Operativa y Financiera, el Tribunal señaló:

"Conforme a lo anteriormente analizado, las variables que intervinieron negativamente en el equilibrio financiero del contrato, fueron discutidas y analizadas por las partes, siendo las mismas avaladas positivamente por parte de la interventoría del contrato, por encontrar plenamente justificada la decisión de ampliar el plazo contractual, como mecanismo para restablecer el equilibrio financiero del mismo, a la luz de lo dispuesto en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión."

Así mismo, luego de analizar la prueba técnica decretada y practicada en ese proceso con el fin de determinar si con el modelo financiero, como medida de restablecimiento de la ecuación contractual, se causó o no una lesión al patrimonio público, y desestimar la objeción que por error grave formuló contra la misma la parte accionante,[323] lo mismo que al revisar el concepto técnico rendido por funcionaria experta comisionada de la Procuraduría General de la Nación[324] quien

[323] El perito en ese proceso derivado de la acción popular conceptuó, según lo dijo el Tribunal, que con la referida ampliación no se produjo perjuicio alguno para el Estado, porque el adoptar los correctivos de las variables del Modelo Financiero es proceder en sintonía con los preceptos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión. Resalta, señala el Tribunal, que los modelos financieros son esquemas de referencia dinámicos, es decir, admiten correcciones por las variaciones que se suscitan en la ejecución real del contrato, por lo que visto técnicamente el modelo financiero es objeto de modificaciones en el devenir de los hechos, y el definitivo solo se determinará una vez las variables presupuestadas pasen a ser hechos reales, y esto solo sucede una vez se ejecuten todas las actividades de ingreso y egreso derivadas del Contrato. Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folio 000350.

[324] Un primer concepto de experto asesor de la Procuraduría General de la Nación al referirse a la ecuación contractual señalo que de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, se desprende que el negocio fue concebido dentro de una igualdad o equivalencia (ecuación) económica de derechos y obligaciones contenida en la propuesta financiera de la Unión Temporal. Ese equilibrio, que inicialmente tiene unas características meramente presupuestales, es susceptible que se rompa en la ejecución de los hechos reales, es decir que, en un momento dado, en razón a que el presupuesto puede diferir de la realidad, es viable que la ecuación de igualdad

advirtió algunas observaciones en lo que respecta al "flujo de caja de ingresos operacionales", el Tribunal señaló que "en momento alguno el concepto técnico sirve para desvirtuar la existencia de las causas y factores que llevaron a las partes a ampliar el plazo de la etapa de ejecución como mecanismo para restablecer el equilibrio económico del contrato, ni se demuestra consistentemente que la ampliación del plazo contractual generara de manera automática un detrimento del patrimonio público." "Ahora, dice el Tribunal, si bien hay conceptos tales como el de 'ingresos percibidos por concepto de peaje', que de conformidad con el concepto técnico analizado, no reflejan la realidad del proyecto, pues se calculan con la aplicación de la tarifa categoría I y no con la tarifa de cada categoría de vehículos, considera la Sala que este 'error' no es propio de la Adición contractual demandada de la cual se hace consistir la presunta lesión a los derechos colectivos, sino del modelo financiero propuesto por el concesionario en su oferta, de manera que tales imprecisiones escapan de la órbita de competencia de esta Corporación, puesto que el objeto de la presente acción popular no es la legalidad del contrato estatal desde su etapa precontractual." "De igual forma, añade el Tribunal, las observaciones efectuadas por la experta financiera, en momento alguno permiten establecer que los factores establecidos por las partes como determinantes del rompimiento del equilibrio contractual, en perjuicio del contratista, fueran inexistentes, razón por la cual no es posible para la Sala establecer que la suscripción de la adición contractual de 11 de [agosto de] 2003, hubiese perseguido un fin diferente al interés general, que debe perseguir esta clase de actuaciones."

De conformidad con tales consideraciones, la Sala encontró que ninguno de los derechos colectivos invocados como lesionados, fueron vulnerados por razón de la suscripción de la actuación contractual demandada y, al no existir el detrimento patrimonial pregonado por la accionante por cuanto al establecerse que la ampliación en el plazo de operación era necesaria para equilibrar el modelo financiero no hay vulneración a los derechos e intereses colectivos, razón por la cual, se itera, negó la súplicas de la demanda.

Apelada la Sentencia por el agente del Ministerio Público, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, la confirmó, mediante Sentencia proferida el 13 de agosto de 2014, en la cual se señaló que el INVIAS sí estaba facultado para suscribir el Adicional del 11 de agosto de 2003, por una parte y, por la otra, que con dicho acto contractual no se vulneraron los derechos colectivos a la moral administrativa o al patrimonio público, sin entrar a

---

no perdure. Para corregir estas desviaciones, y en cumplimiento a lo previsto en el Artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y tal y como quedó señalado en la citada cláusula del contrato, se instauran unos mecanismos correctores que son: a. aumento en el plazo de operación. b. Aumento en el valor de las tarifas del peaje, dentro de los límites definidos. c. Acudir a recursos del Presupuesto General de la Nación. Se define que para efectos de corregir el posible desequilibrio se iniciará el proceso e compensación en el orden los literales anteriores. A su vez, el experto señaló que el Modelo Económico y Financiero, es un esquema de referencia que desagrega los objetivos financieros del negocio en sus variables de ingresos y egresos que conjugadas en una dinámica de operación arrojan unos resultados predeterminados. En el Modelo interactúan variables como inflación, plazos, aportes de la Nación, aportes de capital de riesgo, ingresos financieros, ingresos por peajes, entre otros. Estos en número significativo e importante tienen un componente incierto de realización, a pesar de que se efectúen estudios técnicos, no hay certeza absoluta de los niveles de inflación del número de vehículos que harán paso por el peaje, de las obras imprevistas, de los costos definitivos de los predios, y otros tantos. Dentro de los objetivos financieros y económicos del Modelo, subyace una rentabilidad intrínseca del negocio, que se conoce como la Tasa Interna de Retorno – TIR. Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000357 a 000366. Un segundo concepto rendido por la experta de la Procuraduría General de la Nación señaló que el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 corresponde a un Contrato de Concesión Vial de Primera Generación, cuya política de riesgo fue establecida en el Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, en la que básicamente la entidad contratante garantizaba al contratista el flujo de caja presentado en su oferta, esto es, garantizaba unos ingresos mínimos y asumía los sobrecostos que se presentaran en las obras, al igual que garantizaba una TIR, es decir, la rentabilidad del proyecto. Sin embargo, dijo, para el momento en que salieron las licitaciones, no se contaba con la totalidad de los estudios de ingeniería a nivel de detalle, los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios, ni estudios de demanda de tráfico rigurosos, así como tampoco se tuvo en cuenta el cobro de tarifas especiales por problemas con la comunidad, aunado a que la Nación no consideró estructurar un mecanismo que asegurara su liquidez para cubrir las garantías, lo que influyó en demoras en los desembolsos por trámites presupuestales. Así mismo, señaló la experta de la Procuraduría que, para la fecha en que se adoptó el Modelo Financiero de septiembre de 2001, el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, ya había culminado la etapa de construcción del Tramo I y se encontraba en operación parcial sobre el recaudo de los peajes, e igualmente comportaba diferentes otrosíes modificatorios que daban cuenta de la necesidad de ajustar el modelo financiero primigenio, a las condiciones presentadas en la ejecución de la concesión. Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000367 a 000381.

analizar ni mucho menos resolver la legalidad de dicha Adición por no ser el escenario procesal pertinente para el efecto.[325]

### 4.33. Modificación al Contrato de Concesión, suscrita el 28 de enero de 2004[326]

Teniendo en cuenta que en virtud de la Resolución No. 003783 del 26 de septiembre de 2003, por medio de la cual el INVIAS dispuso ceder y subrogar a favor del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO, creado por Decreto No.1800 del 26 de junio de 2003, a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, celebrado con la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE, así como las modificaciones, adiciones, otrosí y demás documentos que se hayan generado en desarrollo del mismo, por virtud de esta modificación,[327] el INSTITUTO y EL CONCESIONARIO entienden, que en el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 y todas sus modificaciones, adiciones, otrosí y demás documentos que se hayan generado en desarrollo del mismo, donde se diga INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y/o INVIAS se entenderá INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y/o INCO, y en este sentido, y para todos los efectos se entenderá que la entidad contratante es ésta. Igualmente, el Concesionario se obligó a modificar las pólizas del contrato de acuerdo con los términos de esta modificación, en el sentido de que el asegurado y/o beneficiario sea el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO.

### 4.34. Otrosí No. 21 - Adición – Definición avalúos y gestión predial Variante de Cajicá, suscrito el 8 de marzo de 2004[328]

En virtud de esta Adición y en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, éste tendría a su cargo la realización de los avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales, requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá, labor para la cual contaría con un plazo de dos meses contados a partir de la firma del Acta de inicio correspondiente. En la misma se acordó el valor de tales actividades. Mediante Acta suscrita el 30 de abril de 2004 se suspendió el término de ejecución de esta Adición[329], suspensión que se levantó mediante acta del 4 de junio de 2004.[330] Posteriormente, mediante documento suscrito el 16 de julio de 2004, se amplió el plazo por un término de cuatro meses, es decir, hasta el 22 de noviembre de 2004.[331]

### 4.35. Otrosí No. 22 – Adición al Contrato de Concesión para la realización de los Avalúos para la Etapa II de la Variante Cajicá, suscrito el 22 de marzo de 2004

De conformidad con las consideraciones en él expuestas, mediante este Otrosí y en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, las partes acordaron que éste tendría a su cargo la realización de los avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá. Tales actividades se sujetarían en todo al contenido de los términos de referencia anexos a dicho Otrosí y que hacen parte integrante del mismo y de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia. El INCO verificaría que los avalúos

[325] Cuaderno de Pruebas No. 6. Folios 000823 a 000875
[326] Cuaderno de Pruebas No. 5. Folios 000282 a 000283
[327] El Artículo 3 de la Resolución 003783 del 26 de septiembre de 2003 determinó que el INCO debía suscribir con el Concesionario la respectiva modificación para dar cumplimiento al acto administrativo en dicha Resolución contenida.
[328] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000284 a 000288
[329] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000296 a 000297
[330] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000298 a 000299
[331] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000300 a 000301

practicados se ajusten a los parámetros valuatorios y las zonas homogéneas físicas y geoeconómicas de la zona, actividad que se realizaría en un término no mayor a cinco (5) días después de la entrega de los mismos al INCO. El Concesionario tendría para la ejecución de tales actividades un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la firma del acta de inicio correspondiente. En dicho Otrosí se definió su valor y forma de pago, al tiempo que se señaló que dicho acuerdo no afectaría el presupuesto del Instituto, puesto que existía disponibilidad de recursos de conformidad con la certificación del saldo del Clip Aportes Predios INVIAS 060-00067-6 de predios, existente en el Fideicomiso "Concesión Desarrollo Vial del Norte", que para esa fecha contaba con un saldo de $9.706´615.587, 51.

### 4.36. Otrosí No. 23 - Adicional inicio construcción variante de Cajicá, valor e inclusión en el Modelo Financiero, suscrito el 6 de abril de 2004[332]

En virtud de este Adicional las partes acordaron:

1. El Concesionario se comprometió a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la Variante de Cajicá, de acuerdo con los estudios, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en este Contrato Adicional.

2. El valor de esta obra se pactó en la suma de $8.756.649.664.00 en pesos de origen. Los capítulos de inversión denominados "Acometidas y conducciones de servicios públicos" y "Obras ambientales", constituyeron los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que con ocasión del proceso de construcción de la Variante de Cajicá se detectaran situaciones imprevistas que determinarán una mayor o menor cantidad de obra a ejecutar, mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría.

3. Entendieron las partes que dentro del valor del adicional no está comprendido el reconocimiento por las actividades que tengan que ver con el traslado y/o relocalización de redes de servicios realizado en áreas diferentes al cajón de la vía. En el evento de requerirse este tipo de intervención por fuera del cajón de la vía, deberá mediar previa y expresamente la aprobación y certificación de la Interventoría para que se pueda dar el reconocimiento de su valor al Concesionario.

4. Dado que la construcción de la Variante de Cajicá es una obra que hace parte del alcance básico del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y por lo mismo está contemplada como insumo de egreso en el Modelo Financiero del mismo Contrato, las partes acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio del trazado de la Variante de Cajicá y que finalmente resulte como consecuencia de lo señalado en la consideración 22 y en la cláusula segunda.

5. El plazo para la ejecución de las obras de la Variante de Cajicá se pactó en 14 meses, contados a partir de la firma del acta de inicio, previa presentación al INCO de la totalidad de los permisos ambientales.

6. El Concesionario se comprometió a iniciar las obras aún cuando no estaban disponibles el 100% de los predios y además renunció a cualquier reclamación por vía judicial y/o administrativa derivada de la no disponibilidad de predios.

[332] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000304 a 000320

### 4.37. Acta de reinicio del Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 4 de junio de 2004

Teniendo en cuenta: 1) Que el 30 de abril de 2004 las partes acordaron suspender el término de ejecución del contrato adicional del 8 de marzo a partir del 30 de abril de 2004 inclusive; 2) Que dicha suspensión se levantaría una vez el Concesionario entregara la totalidad de los permisos ambientales requeridos; 3) Que mediante la comunicación DVNB-1.1.732-04 del junio 2 de 2004 el Concesionario adjuntó los permisos ambientales requeridos (Autorización de la Alcaldía Municipal de Cajicá a favor de Mincivil S. A., para realizar las obras de nivelación topográfica en el predio El Vergel, conjuntamente con la relación del plan de manejo respectivo; Autorización de la Alcaldía Municipal de Cajicá a favor de Mincivil S.A., para realizar las obras de nivelación topográfica en el predio Hacienda El Redil, conjuntamente con la relación del plan de trabajo respectivo; Certificado de Registro Minero del Instituto Colombiano de Geología y Minería "INGEOMINAS", a favor de Gravillera Albania S.A., para la extracción de los materiales de construcción, con su respectiva prórroga del plan de manejo y restauración ambiental; Copia de la Resolución 111 del 20 de abril de 2004 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, por la cual se prórroga un plan de manejo y restauración ambiental y se toma otras determinaciones), las partes acordaron levantar la suspensión del término de ejecución del contrato adicional del 8 de marzo de 2004, a partir de la fecha de suscripción de esta acta.

### 4.38. Acta de inicio de la construcción de la Variante Cajicá y obras ambientales, suscrita el 7 de junio de 2004

Las partes suscribieron el Acta de inicio de las obras de construcción de la variante Cajicá y obras ambientales, el 7 de junio de 2004.

### 4.39. Otrosí No. 24 - Adición inicio construcción retorno peaje Andes, suscrito el 28 de junio de 2004[333]

En virtud de este Adicional las partes acordaron:

1. Que el Concesionario daría inicio a la construcción del Retorno peaje Andes, de acuerdo con los estudios, diseños, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en este adicional, previa la obtención por el INCO de la autorización de la Corporación Hojas Verdes para intervenir la porción de terreno afectada y trasladar las especies arbóreas plantadas sobre la misma, el cual, con el fin de evitar la elusión en el pago de las tarifas de peaje, las partes acordaron dotar de los elementos constructivos que impidan el tránsito por éste de vehículos de las categorías II, III, IV, V, VI y VII.

2. El valor de la obra se pactó en la suma de $518.119.309.38, a precios de mayo de 2004, incluyendo la estructura de restricción.

3. El plazo para la ejecución de las obras sería de 4 meses contados a partir de la firma del acta de inicio.

Las partes suscribieron el acta de inicio de las obras de construcción del Retorno Andes según el anterior adicional el 13 de enero de 2005.

[333] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000321 a 000325

### 4.40. Otrosí No. 25 – Construcción estación de peaje Teletón, suscrito el 7 de julio de 2004[334]

En virtud de este Otrosí, las partes acordaron:

1. Que el Concesionario construiría la estación de Peaje de Teletón y a suministrar e instalar los equipos, elementos y sistemas de control necesarios para la administración y operación de la citada estación, de conformidad con los planos y el presupuesto de obra presentado por el Concesionario y revisado por la Interventoría.

2. El valor de este Otrosí se estimó en la suma fija de $428.784.058.00 de abril de 2004, incluido el IVA.

3. El plazo para la ejecución de la obra se acordó en cuatro (4) meses contados a partir de la firma del acta de inicio.

4. El pago se haría con cargo al CLIP Recaudo Peaje Teletón, cuya propiedad en ese momento estaba sujeta al resultado del análisis técnico y financiero que en ese momento adelantaba el INCO, por lo que las partes acordaron que el INCO y/o el Concesionario asumirían a su costa el valor que implicara la construcción de la caseta de peaje y del suministro e instalación de los equipos necesarios para el mismo, en la misma proporción en que el INCO y/o el Concesionario participen en la propiedad de los recaudos.

### 4.41. Prórroga al Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 16 de julio de 2004

Teniendo en cuenta: 1) Que, mediante la adición del 08 de marzo de 2004, las partes acordaron que, en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, éste tendría a su cargo la realización de los avalúos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales, requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá; 2) Que el 19 de abril de 2004 se suscribió el acta de inicio de que trata la cláusula segunda del contrato adicional; 3) Que mediante Acta del 30 de abril de 2004 se suspendió el plazo del contrato adicional del 08 de marzo de 2004, hasta tanto se obtuviera por parte del Concesionario la totalidad de los permisos ambientales; 4) Que mediante Acta del 04 de junio de 2004 se levantó la suspensión del término de ejecución establecida en el Acta del 30 de abril de 2004; 5) Que durante el tiempo de ejecución comprendido entre los periodos 19 de abril de 2004 – 29 de abril de 2004 y 04 de junio de 2004 a la fecha de este Otrosí, se habían realizado nueve (9) avalúos comerciales de la Variante de Cajicá – Fase I; 6) Que en el desarrollo del proyecto y por razones de tipo técnico y socio–predial se había venido adelantando un trabajo de campo para verificar el impacto del proyecto, motivo por el cual no se había definido la afectación total generada por las obras de la Variante de Cajicá – Fase II; 7) Que en consideración a lo anterior y hasta tanto se obtuviera de manera definitiva los requerimientos prediales plasmados en las fichas prediales, no era posible continuar de manera oportuna con la elaboración de los avalúos comerciales requeridos; y, 8) Que se requería ampliar el plazo para la elaboración de los avalúos comerciales requeridos, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato adicional del 08 de marzo de 2004, por un término de cuatro (4) meses, a partir del 23 de julio de 2004, esto es, hasta el 22 de noviembre de 2004.

### 4.42. Otrosí No. 26 -Adición – Acuerdo con la Concesión BTS, suscrito el 21 de julio de 2004[335]

[334] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000326 a 000328
[335] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000336 a 000339

En virtud de esta Adición, se acordó que:

1. DEVINORTE se obligó para con el INCO a seguir adelantando las gestiones conducentes a adquirir la porción del terreno que forma parte de la mayor extensión de propiedad de Agafano S.A., que resulta afectada por la construcción del tramo de vía que constituye la zona de transición entre la Concesión DEVINORTE y la Concesión BTS.

2. El mantenimiento y operación de la zona de transición correrá a cargo de Devinorte luego de su recibo a su satisfacción y a la del INCO, de manos de BTS, dado que dicha transición se encuentra situada dentro de la zona concesionada a DEVINORTE.

### 4.43. Prórroga al Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 22 de noviembre de 2004

Teniendo en cuenta las consideraciones en este documento expuestas, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato adicional del 08 de marzo de 2004, por un término de seis (6) meses, a partir del 23 de noviembre de 2004, esto es, hasta el 22 de mayo de 2005.

### 4.44. Otrosí No. 27 - Modificación - Establece que la segunda estación de pesaje de los vehículos de carga tenga carácter móvil que se establecerá en el Modelo Financiero, suscrito el 16 de diciembre de 2004[336]

En virtud de esta Modificación, se acordó que:

1. Establecer que la segunda estación de pesaje de los vehículos de carga a que se refieren los documentos contractuales identificados en los considerandos de esta modificación, tenga la condición de móvil.

2. El Concesionario queda autorizado por el INCO para dotar a la concesión de una estación móvil de control de peso con las siguientes especificaciones:

- Capacidad de peso por rampa: 15 ton.
- Precisión de peso: 10 Kg.
- Sistema automático de impresión del peso.
- Peso máximo de la báscula móvil: 650 Kg.

Los costos de compra, mantenimiento y operación de la báscula móvil, serán incluidos dentro del "Modelo Financiero" de la concesión.

### 4.45. Otrosí No. 28 – Modificación – Recaudo de la nueva estación peaje Teletón: distribución el recaudo en partes iguales para INCO y DEVINORTE, suscrito el 16 de diciembre de 2004[337]

En virtud de esta Modificación, se acordó que:

1. Los ingresos que se hayan generado con anterioridad a la fecha de este adicional, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la Resolución No.03084 de octubre 25 de 2000,

[336] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000347 a 000350
[337] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000343 a 000346

expedida por el Ministerio de Transporte y que se encuentran depositados en el CLIP PEAJE TELETÓN, en Fiducolombia S.A., se distribuirán por partes iguales entre el INCO y el Concesionario.

De su valor neto certificado al momento de que se proceda a hacer la distribución, se descontará por mitades el valor erogado con destino a la construcción de las obras de infraestructura de casetas de recolección de peaje situada en el "Puente Curvo Teletón", a que dice relación el adicional contractual firmado el 7 de julio de 2004.

2. Los ingresos que se generen con posterioridad a la fecha de este adicional, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la Resolución antes mencionada, se distribuirán por partes iguales entre el INCO y el Concesionario.

3. El mismo tratamiento tendrán los ingresos adicionales que eventualmente se generen en el caso de que el cobro de las tarifas de peaje se extienda a las categorías II, III y IV, hoy exentas de su pago.

4. Los dineros pertenecientes al INCO como resultado de este adicional se destinarán así: 70% para predios faltantes de la concesión y obras complementarias, y 30% para Gestión Institucional del INCO.

5. Los ingresos que reciba el Concesionario como resultado de este adicional, sean estos pasados o futuros, se contabilizarán como parte de los ingresos en el "Modelo Financiero", contractualmente acordado y, en consecuencia, producirán todos los efectos que resultan de su contabilización.

### 4.46. Otrosí No. 29 - Pospone la ejecución de la ampliación del Viaducto antiguo de La Caro para 2008 y del tercer carril La Caro – Centro Chía y puente sobre el Río Bogotá para el 2012, suscrito el 16 de diciembre de 2004[338]

En virtud de esta Modificación, se acordó que:

1. Posponer la ejecución de algunas de las obras que forman parte del alcance básico del Contrato 664 de 1994, así: a) La ampliación en un tercer carril del tramo de vía que desde La Caro conduce al Centro Chía, y la ampliación del puente existente sobre el Río Bogotá, hasta el 01 de enero del año 2012; y, b) La ampliación del Antiguo Viaducto de La Caro, hasta el 01 de enero de 2008.

2. Con el fin de garantizar la calidad, oportunidad y eficiencia del servicio, el Concesionario se obligó a aforar y presentar al INCO, y a valorar conjuntamente con éste y con la Interventoría, al cierre de cada vigencia anual, las mediciones del volumen del tránsito, con el fin de que si éste experimentaba incrementos que significara el alcanzar o superar los volúmenes proyectados para los años 2012 y 2008 por sobre los corredores viales a que corresponden las obras propuestas, las ejecuciones de las mismas se anticiparan para el día 01 de enero del año siguiente a aquel en que el volumen esperado resulte superado por el real.

3. Dado que las ampliaciones en un tercer carril del tramo entre La Caro y Centro Chía, del Antiguo Viaducto de La Caro y del Puente existente sobre el Río Bogotá constituían obras que hacen parte del alcance básico del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y por lo mismo están contempladas como insumos de egreso en el Modelo Financiero, las partes acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de posponer el tiempo de ejecución de las restantes obras para las épocas que señala la cláusula primera.

[338] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000340 a 000342

El nuevo plazo para la ejecución de las obras sería el que establecieran de común acuerdo las partes y se contaría a partir de las fechas señaladas en la cláusula primera.

4. El Concesionario se obligó a iniciar las ampliaciones en un Tercer Carril del Tramo de carretera entre La Caro y Centro Chía y del Puente existente sobre el Río Bogotá, en el sector de La Caro en la fecha indicada.

### 4.47. Acta de inicio de las obras de construcción del Retorno Andes según adicional firmado el 28 de junio de 2004, suscrita el 13 de enero de 2005

Luego de declarar que se cumplió con lo establecido en la Cláusula Primera del Contrato Adicional del 28 de junio de 2004 en lo referente a la obtención por parte del INCO del permiso por parte de la CAR, por medio de ésta y dentro del plazo establecido, las partes procedieron a suscribir el Acta de inicio de las obras de construcción del Retorno Andes, pactadas en el Contrato Adicional del 28 de junio de 2004.

### 4.48. Otrosí No. 30 -Adición- Realización de avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de predios, mejoras, servidumbres y zonas para disposición de materiales para la Variante Cajicá, suscrito el 17 de enero de 2005[339]

En virtud de esta Adición y en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, éste tendría a su cargo la realización de los avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales, requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá, actividades que se deben sujetar como mínimo al contenido de los parámetros del Anexo Técnico y de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia y para las cual contaría con un plazo de seis meses contados a partir de la firma de esta Adición. En la misma se acordó el valor y la forma de pago de tales actividades.

### 4.49. Acta de recibo de obra de los accesos al Parque Sopó, suscrita el 18 de abril de 2005[340]

El 18 de abril de 2005, se aprobó y recibió al Concesionario la construcción de los accesos al Parque Sopó como parte de la obra básica del Tramo I, por un valor de $70.869.779 de mayo de 1994, los cuales, se acordó por las partes, deben ser incluidos en el Modelo Financiero.

### 4.50. El Acta de actualización del modelo financiero, suscrita el 31 de mayo de 2005[341]

En las oficinas del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO, el 31 de mayo de 2005, representantes de ese Instituto Javier Delgado, Oscar Solórzano, Pablo Andrés Pulido y Marcelo Cano), de la Interventoría Consorcio La Vialidad Ltda -PGP Ltda. (Pablo Castillo, Fabio Moreno y Claudia Acero), y de la Unión Temporal DEVINORTE (Sergio Echavarría y Mónica Pardo), levantaron el documento que denominaron "Acta de actualización del modelo financiero" que, señalaron, "desarrolla las siguientes constancias":

- En lo corrido del presente año de 2005, representantes del INCO, de la Interventoría y del Concesionario nos hemos reunido de manera periódica en las oficinas del Instituto Nacional de Concesiones-INCO, y en las oficinas de Cano Jiménez, responsable del control de calidad del

[339] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000352 a 000356
[340] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000240 a 000242
[341] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000366 a 000367

Contrato de Concesión 0664 de 1994 – Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, con el propósito de incorporar en el Modelo Financiero las novedades registradas desde la última actualización del mismo, efectuada el 1 de octubre de 2001.

- Para este ejercicio se aplica como base el modelo y la metodología acordada por las partes en la actualización presentada el 1 de octubre de 2001, incorporando los siguientes ajustes y actualizaciones:

  - Variante de Cajicá.
  - Obras ambientales.
  - Distribución de ingreso y egresos de la caseta de Teletón
  - Accesos al parque Sopó.
  - Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue).
  - Retorno Briceño I.
  - Plan de inversiones a ejecutar en el futuro (Relacionadas en la página 1 de 2 del cuadro resumen de la Actualización del modelo financiero de mayo 24 de 2005).

- Las partes coinciden en que la presente simulación del modelo financiero no tiene un alcance definitivo, y sus variables son susceptibles de ajuste y modificación posterior en la medida en que para varias de ellas no se conocen sus resultados finales, o no se ha adoptado un acuerdo formal entre las partes.

- Teniendo en cuenta lo anterior, los trabajos conjuntos que se adelantan tienen como resultados los siguientes documentos:

  a). CD marcado "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero – mayo 24 de 2005."
  b). Documento llamado: "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Actualización Modelo Financiero – Mayo 24 de 2005. Bases de cálculo."
  c). Concepto de la Interventoría del 31 de Mayo de 2005.

En el Memorando Interno 1242 del 23 de mayo de 2005 del Subgerente de Estructuración y Adjudicación dirigido al Subgerente de Gestión Contractual del INCO relacionado con la actualización del modelo financiero,[342] remitido al Asesor del Modo Carretero mediante Memorando No. 1280 del 24 de mayo de 2005,[343] ya se había señalado que

"Una vez revisado el modelo financiero presentado por el concesionario en febrero de 2005 (anexo a este memorando), en el cual se incluye la variante de Cajicá y el puente sobre la línea férrea, utilizando la metodología de evaluación contractual del otrosí del 11 de agosto de 2003 mediante el cual queda solemnizado el modelo, vemos que el modelo incluyendo los ítems de la variante de la variante de Cajicá y el puente sobre la línea férrea duraría hasta llegar a la TIR contractualmente pactada en dicho otrosí en la fecha de noviembre de 2013. Es importante aclarar que el modelo contempla todas las inversiones que quedaron incluidas en el acta de actualización del modelo financiero solemnizado mediante otrosí del 11 de agosto de 2003.

"Cabe mencionar que al modelo financiero deberá incluirse los ingresos recibidos por el peaje de teletón una vez esté protocolizado el porcentaje que percibirá el concesionario."

Por su parte, en el concepto financiero de la Interventoría emitido el 31 de mayo de 2005[344] sobre la actualización del modelo financiero presentado por el Concesionario en mayo de 2005, que forma parte del Acta de actualización del modelo financiero suscrita en esa misma fecha, se señaló lo siguiente:

"La interventoría operativa y financiera del Proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, revisó el modelo financiero presentado en el mes de mayo de 2005 por el Concesionario Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte de Bogotá DEVINORTE que tiene el propósito de verificar las condiciones de equilibrio financiero del contrato.

"Para este ejercicio se aplicó como base el modelo y la metodología acordados por las partes, los cuales se aplicaron en la actualización realizada el 1 de octubre de 2001, verificando la incorporación del plan de

[342] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 000360
[343] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 000359
[344] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000357 a 000358

inversiones a ejecutar en el futuro y de los acuerdos a que llegaron las partes contratantes de conformidad con la siguiente relación:

| **Elementos adicionales modelo 2005 vs. 2001** | | | |
|---|---|---|---|
| **Elemento adicional** | **Valor (miles de pesos)** | **Documento** | **Observación** |
| Ingresos y costos operación Peaje Teletón | | Otrosí 16 de diciembre de 2004 | |
| Construcción cicloruta | $717.041,09 | Otrosí 6 de abril de 2004. | |
| Recuperación Cra. 6ª. -Vte. Cajicá | $300.000.00 | Otrosí 6 de abril de 2004 | |
| Redes de servicios -Vte. Cajicá | $534.783,00 | Contrato inicial | |
| Accesos Parque Sopó | $70.869,77 | Contrato inicial – alcance básico. | |
| Peatonal restaurante Colombia | $67.890,00 | Por definir | |
| Retorno Briceño I | $77.188,83 | Acuerdo en vía de formalización | |
| Peatonal Unisabana | $100.625,00 | Otrosí 18 de septiembre de 2001 | Recursos entregados por el INSTITUTO incluidos en el modelo como menor valor de construcción. |
| Retorno Peaje Andes | $96.000,00 | Otrosí 18 de septiembre de 2001 | Recursos entregados por el INSTITUTO incluidos en el modelo como menor valor de construcción. |
| Jarillón – Variante Cajicá | $76.465,00 | Otrosí 6 de abril de 2004. | |
| Nuevo valor sector lomitas | $158.746,00 | Otrosí 18 de septiembre de 2001 | Recursos entregados por el INSTITUTO incluidos en el modelo como menor valor de construcción. |
| Nuevo valor Variante Cajicá | $7.663.134,80 | Otrosí 6 de abril de 2004. | |

"En su revisión la Interventoría encontró que si bien el modelo respeta los acuerdos consagrados en los otrosí firmados y en las reuniones de trabajo realizadas con participación del representantes del Concesionario, la Interventoría y el Instituto, no tiene un alcance definitivo, ya que sus variables son susceptibles de ajuste y modificación posterior en la medida en que para varias de ellas no se conocen sus resultados finales, o no se ha adoptado un acuerdo formal entre las partes.

"Bajo un escenario 100% accionario y para la TIR real antes de impuestos señalada en la propuesta del concesionario de 10.94%, se obtienen los siguientes resultados:

"1. Incluyendo la obra ejecutada y los acuerdos entre las partes hasta la definición del costo fijo de la variante de Cajicá, se obtiene un plazo de operación de 226 meses, con lo cual la finalización del mismo sería el 30 de septiembre del 2013.

"2. Incluyendo las obras faltantes de alcance básico, más las adicionales y complementarias cuyo desarrollo se ha convenido entre las partes, se obtendría un plazo de operación de 269 meses, con lo cual la finalización del mismo sería el 30 de abril del 2017."

## 4.51. Otrosí No. 31 Modificación- Actualización del Modelo Financiero en aplicación de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y se ajusta la duración de la Etapa de Operación para que el Concesionario amortice las inversiones ejecutadas y en ejecución a esa fecha, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005[345]

Esta modificación se hizo para solemnizar el Acta de actualización del modelo financiero suscrita en la misma fecha a que se refiere el numeral anterior y, en ella, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

(…)

"5. Que el día once (11) de agosto de 2003, el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS** y el **CONCESIONARIO** suscribieron el adicional al Contrato de Concesión mediante el cual se solemnizaron los acuerdos logrados entre las partes que desembocaron en la suscripción del 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001.

(…)

[345] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

"7. Que es obligación de las partes verificar permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, a fin de mantener la Ecuación Contractual mediante el procedimiento de actualizar el 'Modelo Financiero' contractualmente adoptado; observando la metodología propuesta por **EL CONCESIONARIO** en su oferta y aceptada por **EL INSTITUTO**; todo lo anterior dirigido a conservar la TIR acordada en favor de **EL CONCESIONARIO.**

"8. Que en desarrollo de lo anterior, **EL INSTITUTO, LA INTERVENTORIA** y **EL CONCESIONARIO,** procedieron a actualizar y correr el 'Modelo Financiero' tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del modelo financiero que fue acordado por parte de **EL INSTITUTO,** de **LA INTERVENTORIA** y de **EL CONCESIONARIO,** como consta en el texto del Acta suscrita entre las partes de fecha 31 de mayo de 2005, de la que forman parte integrante los siguientes documentos: a). CD marcado 'Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero – mayo 24 de 2005'. b). Documento llamado: 'Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, Actualización Modelo Financiero – mayo 24 de 2005. Bases de cálculo'. c). Concepto de la Interventoría del 31 de Mayo de 2005 radicado en INCO bajo el número 007410. d) Memorando interno No. 1242 del 23 de mayo de 2005.

"9. Que las partes tienen claro que el llamado 'MODELO FINANCIERO' es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o suceden los susodichos insumos o factores. Por lo que la actualización del modelo financiero que por el presente adicional se adopta contractualmente, refleja lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 desde el día 11 de agosto de 2003 hasta el día 24 de Mayo de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, a partir del 11 de agosto de 2003, fecha en la cual se suscribió el Acta de solemnización de los acuerdos financieros del año 2001 como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se ha iniciado. Unas y otras se relacionan plenamente en la actualización del Modelo Financiero, que como ya se dijo, hace parte de esta adición y, específicamente, en el Anexo denominado 'Cuadro Resumen' (Página 1 de 2); identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados; esto último según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro; bajo el entendido de que la actualización, como ya se expresó, tan solo añade las ejecutadas a partir del 11 de agosto de 2003.

"10. Que en consonancia con lo anterior el 'Modelo Financiero' final o definitivo sólo podrá ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales.

"11. Que con sujeción a las condiciones del contrato y de los acuerdos establecidos por las partes constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a). Las inversiones que haya realizado y realice **EL CONCESIONARIO** en la ejecución de el 'alcance básico' del contrato y de su 'alcance físico opcional', b). Las inversiones que haya realizado y realice **EL CONCESIONARIO** en la ejecución de obras complementarias; c). Las inversiones que haya realizado y realice **EL CONCESIONARIO** en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d). Las inversiones que haya realizado y realice **EL CONCESIONARIO** en 'mayores cantidades de obra', y e). Las inversiones que haya realizado y realice **EL CONCESIONARIO** en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores, hayan sido ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos.

"12. En la actualización del Modelo Financiero que se solemniza mediante este adicional se incluye la Variante de Cajicá, cuyo costo de construcción se estableció en el adicional al contrato principal de fecha 6 de abril de 2004 y sus anexos y también la construcción del retorno Briceño I, la del Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue) y los ingresos por el Peaje de Teletón; todo como aparece en el cuadro denominado 'Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá , incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón' (Página 1 de 2).

"13. Que luego de correr el modelo las partes han establecido que para lograr restablecer la Ecuación Contractual es necesario modificar, en el sentido de ampliar, el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2013."

Como consecuencia de todo lo anterior, las partes acordaron lo siguiente:

1. "Por el presente documento **EL INSTITUTO** reconoce que **EL CONCESIONARIO** ha realizado o está realizando las inversiones que se incorporaron al modelo financiero aprobado por ellas mediante el Acta de 31 de Mayo de 2005 y cuya descripción, naturaleza y cuantía se reseñaron

en el mismo, que hace parte de la mencionada acta, y, adicionalmente, se relacionan en el 'Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá, incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón'." (Cláusula Primera)

2. "En aplicación de la CLAUSULA TRIGESIMA SEXTA del Contrato de Concesión 0664 de 1994; se acuerda que para que **EL CONCESIONARIO** pueda recuperar la inversión en las obras ya ejecutadas o que se encuentran en estado de ejecución, que aparecen relacionadas en el Cuadro Resumen determinado en la cláusula anterior, el término de duración de la Etapa de Operación se modifica, en el sentido de ampliarlo, hasta el día treinta (30) de septiembre de 2013, como aquí se conviene." (Cláusula Segunda).

3. "En acatamiento a su deber legal y contractual de hacer evaluaciones permanentes del comportamiento de la 'Educación Contractual', **EL INSTITUTO** y **EL CONCESIONARIO** se obligan desde ahora a aplicar los mecanismos contractuales de compensación que sean necesarios para restablecer la 'Ecuación Contractual'." (Cláusula Tercera).

4. "Como corolario de lo acordado, las partes se obligan a tener en cuenta el valor de la inversión objeto de este otrosí efectuada por **EL CONCESIONARIO,** como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y cuyo valor se establece en el Anexo mencionado en la **CLAUSULA PRIMERA,** para todos los efectos contractuales." (Cláusula Cuarta).

### 4.52. Otrosí No. 32 - Modificación – Cambio de fiduciaria asume BANCOLOMBIA en reemplazo de FIDUESTADO, suscrito el 31 de mayo de 2005[346]

Teniendo en cuenta las consideraciones en ella contenidas, con la Modificación al Contrato de Concesión suscrita también el 31 de mayo de 2005, el INCO y el Concesionario acordaron que, en adelante, la condición de Agente Fiduciario enfrente del Contrato de Fiducia Mercantil de fecha 06 de diciembre de 1994, suscrito entre los partícipes de la Unión Temporal y la Fiduciaria del Estado S.A., sería asumida por parte de FIDUCOLOMBIA S.A., quien, en consecuencia deberá cumplir con todas las obligaciones que del mencionado contrato surgen a cargo del Agente Fiduciario, sin que lo anterior implique que FIDUCOLOMBIA S.A. quede vinculada como parte del Contrato de Concesión No. 0664/94, ni haga parte de la Unión Temporal DEVINORTE.

Igualmente se precisó que FIDUESTADO – en liquidación, conservó su condición de parte contractual en el Contrato de Concesión No. 0664/94, al igual que siguió siendo partícipe de la U. T. DEVINORTE, motivo por el cual, consecuentemente, FIDUESTADO siguió siendo titular de los derechos y responsable de las obligaciones que a su cargo emergen tanto del Contrato de Concesión como del de la U.T., hasta tanto por cualquier causa legal o contractual posterior se produzca su desvinculación de alguno o de los dos mencionados contratos.

A su vez, como resultado de lo expuesto en la parte considerativa, el Concesionario fue expresa y previamente autorizado por el INCO para transferir a FIDUCOLOMBIA S.A. la administración fiduciaria del Patrimonio Autónomo constituido en desarrollo del Contrato de Concesión 0664/94, bajo los términos y responsabilidades de que hablan sus estipulaciones.

Finalmente, se autorizó a los partícipes de la Unión Temporal para modificar el Contrato de Unión Temporal en el sentido de formalizar la exclusión de FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. FIDUESTADO en liquidación, por FIDUCOLOMBIA S.A. como agente fiduciario del Contrato de fiducia celebrado en desarrollo de las obligaciones contractuales.

[346] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000368 a 000374

### 4.53. Otrosí No. 33 - Modificación – Exclusión como parte co-contratante a COLSERAUTO S.A., suscrita el 2 de junio de 2005[347]

Teniendo en cuenta las consideraciones en ella contenidas, con la Modificación al Contrato de Concesión suscrita el 2 de junio de 2005, el INCO y el Concesionario acordaron excluir como parte co–contratante a COLSERAUTO S.A., cuyo representante legal, por encontrarse de acuerdo con lo que en ese adicional se convino lo suscribió conjuntamente, y autorizar a los partícipes de la U.T. DEVINORTE, para modificar el Contrato de Unión Temporal, en el sentido de formalizar la exclusión de COLSERAUTO S.A, como parte del mismo.

### 4.54. Otrosí No. 34 – Modificación- Exclusión como parte co-contratante a FIDUESTADO S.A., suscrita el 2 de junio de 2005[348]

Teniendo en cuenta las consideraciones en ella contenidas, con la Modificación al Contrato de Concesión suscrita el 2 de junio de 2005, el INCO y el Concesionario acordaron excluir como parte co–contratante a FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. disuelta y en estado de liquidación, cuyo Gerente Liquidador y representante legal de la entidad excluida, suscribió conjuntamente este instrumento, y autorizar a los partícipes de la U.T. DEVINORTE, para modificar el Contrato de Unión Temporal, en el sentido de formalizar la exclusión de FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. FIDUESTADO como parte del mismo.

### 4.55. Otrosí No. 35 – Modificación - Exclusión como parte co-contratante a CORFITOLIMA, suscrito el 2 de junio de 2005[349]

Teniendo en cuenta las consideraciones en ella contenidas, con la Modificación al Contrato de Concesión suscrita el 2 de junio de 2005, el INCO y el Concesionario acordaron excluir como parte co–contratante a la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA disuelta por la vía de la fusión por absorción y autorizar a los partícipes de la U.T. DEVINORTE, para modificar el Contrato de Unión Temporal, en el sentido de formalizar la exclusión de CORFITOLIMA S.A., como parte del mismo.

### 4.56. Otrosí No. 36 - Modificación al Otrosí No. 23 del Contrato de Concesión- Adición para predios, incluyendo gestión predial, suscrito el 15 de junio de 2005[350]

Teniendo en cuenta que "por razones conocidas por las partes, ninguna de ellas imputables ni al INSTITUTO ni a EL CONCESIONARIO, la adquisición de los predios necesarios para construir el Sector 2 de la identificada variante, se retardó notoriamente, al punto de que solo el a partir del 5 de Abril de 2005 fueron colocadas a disposición de EL CONCESIONARIO algunas de las franjas de terreno afectadas, labor que culminó el 15 de junio de 2005", las partes acordaron modificar el Otrosí No. 23 al Contrato de Concesión 0664 de 1994 de fecha 6 de abril de 2004, en el sentido de ampliar el plazo para la ejecución de las obras que conforman la Variante de Cajicá hasta el día 30 de marzo de 2006. Todas las demás cláusulas del otrosí No. 23 continuaron vigentes.

[347] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000379 a 000382
[348] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000383 a 000389
[349] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000375 a 000378
[350] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000390 a 000392

### 4.57. Otrosí No. 37 - Adición incluye la construcción de puente sobre línea férrea en jardines Zhue, suscrito el 15 de junio de 2005[351]

Teniendo en cuenta que el trazado de la variante de Cajicá contemplaba un paso a nivel de la vía, sobre la línea férrea que de Bogotá conduce a Nemocón y que según lo dispone la Ley 146 de 1963, las vías construidas con posterioridad a la línea férrea y por cuenta de la entidad que la haya hecho "procederá a construir los pasos inferiores o superiores, según la técnica aconsejable, para evitar la existencia de los llamados PASOS A NIVEL sobre las líneas férreas" y, que la citada obra tiene la condición de obra complementaria, según se definió en el numeral 1 del parágrafo único de la Cláusula Vigésima Primera del Contrato de Concesión, las partes acordaron adicionar el alcance del Contrato de Concesión 0664 de 1994 en el sentido de incluir dentro del mismo la construcción del puente elevado en el sector de Jardines Zue (abscisas K0 + 250 al K0 + 450, de la Variante de Cajicá), bajo el diseño, las especificaciones y el presupuesto definitivos que posteriormente convendrían las partes, previo aval por parte de la Interventoría para que, una vez definidos los documentos, los planos y las memorias técnicas que los contengan, pasarán automáticamente a formar parte de este adicional.[352]

### 4.58. Otrosí No. 38 - Adición Gestión predial para la adquisición de predios en el sector Capellanía - Zipaquirá, suscrito el 15 de junio de 2005[353]

Con fundamento en las consideraciones en él contenidas, con esta adición al Contrato de Concesión y en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, se acordó que éste tendrá a su cargo el desarrollo de las siguientes actividades: a) Elaboración de fichas prediales y de un diagnóstico socioeconómico de los predios requeridos y aplicación de la ficha social; b) Elaboración de estudio de títulos; c) Elaboración de avalúos comerciales; d) Adelantar el proceso de enajenación voluntaria; y, e) Proyectar las resoluciones de expropiación requeridas, interponer las demandas y llevar el proceso hasta la entrega anticipada del predio por parte de la autoridad competente, de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) – y la Variante de Portachuelo, actividades que debían sujetarse a la normatividad vigente y a los parámetros establecidos en los Anexos Técnicos sobre fichas prediales y diagnóstico socioeconómico de los predios requeridos y aplicación de la ficha social, estudios de títulos, avalúos comerciales, enajenación voluntaria directa y expropiaciones, y ejecutarse en un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir del perfeccionamiento de la citada Adición.

El valor de la adición se fijó en la suma de $21.400.000.000, los cuales procederían de la Disponibilidad de Recursos libres de afectación del Presupuesto General de la Nación por valor de $18.000.000.000, y la disponibilidad de recursos en la Cuenta Predios Variante Cajicá del Patrimonio Autónomo del Fideicomiso Concesión Desarrollo Vial del Norte – UT Devinorte por $3.400.000.000.

Aquí se pactó el valor a precios unitarios y la forma de pago a favor del Concesionario por cada una de las actividades encomendadas.

---

[351] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000429 a 000431

[352] Con la comunicación DN-OP-0574-05 del 12 de octubre de 2005, la Unión Temporal presentó a la Interventoría el Presupuesto del Puente Vehicular ($ 1.827.476.274 Mayo/94) o su alternativa Paso Elevado Ferro Box ($ 1.521.827.800 Mayo/94) y el Box de Zhue ($ 86.625.000 Mayo/94). Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000172 a 000182. Con la comunicación INCO-DVNB-195-04-11-05, la Interventoría consideró necesario, bajo el concepto de la gradualidad y optimización en la construcción de las obras, aplazar la ejecución de dicha obra hasta cuando la demanda de tránsito ferroviario lo justifique. En todo caso, su costo fue implementado en el modelo financiero como inversión por valor de $1.704.427.000 en los años 2015 y 2016. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000183 a 000186.

[353] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000393 a 000428

### 4.59. Otrosí No. 39 - Aclaración y modificación del Otrosí 37 - Adicional del 15 de junio de 2005, suscrito el 25 de octubre de 2005[354]

De conformidad con las consideraciones en él contenidas, las partes acordaron modificar la Cláusula Cuarta del Adicional suscrito el 15 de junio de 2005, para señalar que el valor de la citada adición sería indeterminado pero determinable el cual resultaría de aplicar el valor unitario convenido en los términos de la cláusula octava del citado contrato adicional y el anexo de actividades que en desarrollo de esa adición acometa el Concesionario. En todo caso, para todos los efectos fiscales y en especial para la constitución y expedición de la póliza de Garantía Única de Cumplimiento del Contrato adicional suscrito el 15 de junio de 2005, el valor del mismo se fijó en $395.000.000.

Así mismo se precisó que todos los costos de la gestión para la adquisición de la totalidad de los predios afectados por el Proyecto se financiarán de una parte con cargo al CDP No.381del 10 de junio de 2005, por valor de $18.000.000.000, expedido por la Subgerencia Administrativa y Financiera del INCO y de otra con cargo a los recursos en ese momento disponibles en la cuenta Predios Variante Cajicá del P.A. DEVINORTE.

### 4.60. Otrosí No. 40 - Aclaración – El establecimiento de las mayores y menores cantidades de obra se hará tomando las mismas de manera globalizada, y no ítem por ítem, al finalizar la etapa de construcción, suscrito el 12 de diciembre de 2005[355]

Esta aclaración está precedida, entre otras, de las siguientes consideraciones:

> "7. La CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato de Concesión 0664 de 1994, al regular lo relativo a los sobre costos por mayores cantidades de obra en la construcción, señala, entre otras cosas: *'Si el costo de construcción aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de Construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, resulta mayor que el costo de construcción establecido en la propuesta, el INSTITUTO reconocerá a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems de acuerdo con los siguientes parámetros. EL INSTITUTO pagará a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA esta mayor cantidad de obra sobre la establecida en su propuesta, valorándola por el precio unitario ofrecido, actualizando el valor resultante hasta la fecha de suscripción del 'Acta de Recibo de Obras y Finalización de la Etapa de Construcción'. El ajuste del valor resultante será igual al aumento en el Índice de Precios al Consumidor establecido por el DANE, entre la fecha de apertura de la licitación y la fecha de suscripción del acta. No obstante, EL INSTITUTO reconocerá el 100% del precio unitario para un aumento en las cantidades de obra ejecutadas hasta el treinta por ciento (30%) sobre la cantidad establecida en su propuesta, para el ítem respectivo. Cantidades superiores en 30% sobre las originales estarán a cargo de LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA. El sobrecosto sólo se compensará si la mayor cantidad de obra es producida por causas no imputables a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA. El sobrecosto aquí descrito, se evaluará, una vez finalizada la etapa de Construcción y el Instituto Nacional de Vías lo compensará a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA mediante el sistema general de compensación, establecido en el numeral 2.11, del pliego de condiciones. PARÁGRAFO PRIMERO. Si el costo de construcción revisado y aprobado por la Interventoría al finalizar la etapa de construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, referidos a la fecha de apertura de la licitación, resulta menor que el costo de construcción establecido en la propuesta, LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA reconocerá al INSTITUTO el menor valor ejecutado mediante el mismo procedimiento de actualización de precios y por el sistema de compensación que acuerden las partes por acta. PARAGRAFO SEGUNDO. Las obras opcionales incluidas en el contrato, estarán cubiertas por esta garantía. Las cantidades de obra ejecutadas, con autorización del instituto en Ítems no previstos en el contrato, entrarán a ser valoradas para las compensaciones a que se hace referencia en este numeral, previo el establecimiento del precio unitario correspondiente a la fecha de la apertura de la licitación, por el procedimiento legal determinado para la etapa de construcción.'*
>
> "8. Que en el tiempo transcurrido entre la presentación de la propuesta por el concesionario y la elaboración de los diseños definitivos, ocurrieron hechos no imputables al concesionario y derivados de la actuación de entidades gubernamentales con poder vinculante que determinaron cambios sustanciales en los diseños de las vías contratadas, que alteran de manera significativa las probables cantidades de obra a ejecutar como se muestra en el anexo No. 1.

[354] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000432 a 000436
[355] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000001 a 000004

"9. Como consecuencia de lo anterior, la cláusula vigésima del contrato, en sus disposiciones transcritas, se tornó inaplicable.

"10. El Instituto Nacional de Vías ante la situación planteada, en desarrollo de su facultad de interpretación del contrato consagrada por el artículo quince (15) de la Ley 80 de 1993 y la cláusula trigésima del contrato de concesión, definió en acuerdo con el concesionario que el cálculo de las mayores cantidades ha de ser referido a las cantidades de obra globalizadas y no a las mismas desagregadas ítem por ítem.

"11. Aprobado como fue el diseño definitivo del '*Proyecto para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá'* por parte de las Interventorías de construcción, financiera y de predios y del Instituto Nacional de Vías; las partes, en cumplimiento de lo estatuido por el numeral 2 de la CLÁUSULA TERCERA del contrato, el día dos (2) de septiembre de 1996, procedieron a suscribir el documento que dieron en llamar "ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE".

"12. El referido documento, suscrito por los representantes legales de las partes contractuales y por las interventorías actuantes en el proceso, a voces de lo señalado por la CLÁUSULA SEGUNDA del contrato de concesión No. 664 de 1994 constituye parte de éste, y lo reforma en lo que de su texto resulta."

Como consecuencia de lo anterior, las partes acordaron lo siguiente:

1. "Ratificar lo ya acordado, según quedó narrado en las consideraciones antecedentes, que para los efectos de establecer, al finalizar la etapa de construcción de las obras que constituyen el objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las mayores y menores cantidades de obra a que dice relación la CLÁUSULA VIGÉSIMA del mismo, la interpretación de lo señalado en su texto ha de ser la misma acordada entre el CONCESIONARIO y el INVIAS, hoy subrogado por el INCO, en términos del '**ACTA INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE'** de fecha 2 de Septiembre de 1996 y su Anexo1; documentos que forman parte de la presente aclaración" (Cláusula Primera).

2. "Por tanto el establecimiento de las mayores y menores cantidades de obra se hará tomando las mismas de manera globalizada y no ítem por ítem, al finalizar la etapa de construcción" (Cláusula Segunda).

### 4.61. Acta de Reconocimiento de Obra Retorno Briceño I, suscrita el 15 de diciembre de 2005[356]

Teniendo en cuenta: a) Que dentro del alcance básico del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se incluyó, entre otras muchas obras, la construcción del Intercambiador de Briceño; b) Que al elaborar el diseño definitivo de las obras comprendidas dentro del objeto del Contrato se diseñó el citado intercambiador y que las partes identifican bajo el nombre específico de Briceño I; c) Que a la época en que se realizó el diseño definitivo del "Proyecto Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá" y la posterior durante la que se construyó el intercambiador de Briceño I, sobre el costado occidental de la autopista, no existían desarrollos urbanísticos importantes capaces de generar el masivo paso de vehículo automotores en el sentido sur-norte, que por la ubicación de las unidades de viviendas construidas en terrenos contiguos a la calzada occidental de la autopista, se viesen precisados a retornar por la misma vía en el inverso sentido, norte-sur; d) Que en consonancia con lo anterior, en el diseño del intercambiador Briceño I, no se contempló la construcción de una oreja o retorno que permitiera retomar la carretera en el sentido norte-sur; e) Que el número de vehículos que debían retornar en el expresado sentido norte-sur, se veían obligados a acceder a la calzada occidental de la autopista atravesando la calle principal que atraviesa la municipalidad de Briceño, generando interrupciones en el tráfico vehicular y situaciones de riesgo que frecuentemente

[356] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000005 a 000008

ocasionan colisiones de vehículos; f) Que esta problemática fue abordada en reunión de fecha 13 de abril de 2005 entre el Director del INCO, el Supervisor del contrato, el Concesionario y la Interventoría, reunión en la cual el Concesionario señaló que con el fin de eliminar los riesgos creados y mejorar el servicio público que se presta, era necesaria la construcción de una oreja o retorno que permita que vehículos que circulan en el sentido sur-norte, se puedan devolver para tomar la autopista en el sentido norte-sur, a la altura del Intercambiador Briceño I; g) Que en la misma reunión la interventoría conceptuó favorablemente en relación con la conveniencia y necesidad urgente de ejecutar las obras correspondientes al retorno Briceño a fin de evitar la ocurrencia de cualquier potencial accidente que se deriva de esta condición de riesgo, ante lo cual el Director del INCO autorizó la pronta ejecución de la obra, previo desarrollo del estudio de conveniencia y oportunidad, y ordenó a la Interventoría revisar los diseños y presupuestos que presentara el Concesionario para el desarrollo de este retorno; h) Que dada la urgencia de la obra el concesionario ofreció el financiamiento total de la obra Retorno Briceño I, hasta tanto el INCO consiguiera los recursos necesarios para su cancelación, en atención de lo cual se acordó que para este caso específico se aplicarían los precios de la propuesta de la concesión; i) Que la Interventoría verificó y aprobó las cantidades de obra y valores unitarios a precios de la propuesta de la Concesión del retorno Briceño I, determinado como valor final de las mismas la suma de $ 81´951.643 a precios de mayo de 1994, incluidos los estudios y diseños del mismo, y resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios del contrato de Concesión; j) Que existían recursos en una cuenta especial del fideicomiso principal, derivados del peaje Teletón, que constituyen ingresos adicionales de la concesión, los cuales de conformidad con el Otrosí del 16 de diciembre de 2005, por acuerdo entre las partes, podían ser destinados a la construcción de obras adicionales y/o complementarias del proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá; k) Que mediante comunicación No. INCO-139-169-08-05 del 16 de agosto de 2005 la Interventoría se pronunció favorablemente sobre la utilización de los recursos del peaje de Teletón para el pago de la obra del retorno denominado Briceño I; y, l) Que mediante memorando No. 2256 del 17 de agosto de 2005, la oficina jurídica de INCO se pronunció favorablemente sobre la utilización de estos recursos adicionales para el pago de la obra, las partes acordaron:

1. Que el INCO reconocería al Concesionario la suma de $ 81´951.643, a precios de mayo de 1994, incluido el IVA, por concepto de ejecución de la obra Retorno Briceño I, la cual sería cancelada con recursos provenientes de la cuenta especial Peaje Teletón (INCO-70%) del Fideicomiso principal, previa suscripción del acta de recibo a satisfacción de la obra por parte de la Interventoría.

2. Que esta oreja o retorno sería atendida dentro de las labores de mantenimiento y operación de la concesión.

### 4.62. Acta de Reinicio de las Obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y nueva Actualización del Modelo Financiero, relativa al Contrato de Concesión, suscrita el 29 de diciembre de 2005[357]

El Acta se refiere a dos temas: a) El reinicio de las obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo; y, b) La nueva Actualización del Modelo Financiero.

En cuanto se refiere al reinicio de las obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "6. En la cláusula primera, parágrafo primero, numeral 1 del Contrato de Concesión 664 de 1994, se señala como partes de su objeto, entre otras obras, la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y la construcción de la Variante Portachuelo.

[357] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

"7. En la cláusula tercera, literal c) del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se determinó aplazar la construcción del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras.

"8. La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras básicas a que se refiere el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se iniciarán en cuanto EL INSTITUTO entregue al CONCESIONARIO la totalidad de los predios requeridos por tramos, para la ejecución de dichas obras básicas.

"9. La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispone entregar a el **CONCESIONARIO** la suma de DIECIOCHO MIL MILONES DE PESOS ($18.000.000.000,oo), como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y la Variante de portachuelo.

"10. Lo anterior permitirá que el **CONCESIONARIO** inicie la construcción del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) de manera racional y escalonada en la medida que le vayan siendo entregados tramos continuos de predios, en el sentido Sur-Norte; esto es, empezando desde el sitio denominado Capellanía y específicamente desde su intersección con la Variante de Cajicá; por lo cual es posible levantar el aplazamiento en la construcción de las obras: segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y la Variante Portachuelo, las cua[les] serán iniciadas por EL CONCESINARIO sólo respecto de aquellos tramos que cuenten con (i) licencia ambiental aprobada; (ii) los permisos ambientales correspondientes; (iii) la disponibilidad de los predios requeridos; y (iv) la aprobación del cronograma de obra por parte del **INCO.**

"11. Según el adicional del quince (15) de junio de 2005 y su aclaración del veinticinco (25) de octubre de 2005, el **INCO** delegó en el **CONCESIONARIO** la gestión de adquisición de los predios requeridos para la construcción del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo; actividad que debe ser desarrollada en un plazo de doce (12) meses, una vez aprobados por el **INCO** las fichas prediales y los avalúos.

"12. El **CONCESIONARIO** presentó a consideración del INVIAS, hoy subrogado por el **INCO,** y de la INTERVENTORIA actuante en su momento, la valoración de las obras (i) segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y (ii) Variante de Portachuelo. Dicho valor fue el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades de obra resultantes de los diseños definitivos aprobados, y de los precios convenidos al efecto para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración de la obra es la que aparece en Anexo que se adjunta a la presente acta para que forme parte integral de ella. En todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es el inicialmente presupuestado y aprobado según el 'ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE', suscrita el 2 de Septiembre de 1996, pero que el valor final de las referidas obras será el que finalmente certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la construcción de las mismas, en consonancia con las estipulaciones del Contrato 0664-94. El estimado en construcción se establece en esta misma Acta y sus anexos; todo como aparece en el cuadro denominado '*Anexo No.1- PRESUPUESTOS DE CONSTRUCCIÓN CAPELLANIA – ZIPAQUIRA Y VARIANTE PORTACHUELO'.*"

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se refiere al reinicio de las obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron lo siguiente:

1. El Concesionario se comprometió para con el INCO "a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo de acuerdo con los estudios, diseños, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados" en el Acuerdo Tercero de esta Acta.

2. El valor de tales obras, correspondería a los diseños presentados por el Concesionario, "el cual asciende a la suma de ($15.032.286.576 a precios de mayo de 1994), desagregados de la siguiente forma:

| DESCRIPCION | VALOR (precios de mayo de 1994) |
|---|---|
| COSTO OBRA BASICA (Incluida rehabilitación) | $ 12.061.704.369 |
| REDES DE SERVICIOS | $ 1.050.670.378 |
| SALMUERODUCTO | $ 328.940.400 |

| | |
|---|---|
| RETORNOS A NIVEL | $ 240.013.865 |
| PUENTES PEATONALES Y PARADEROS | $ 183.125.000 |
| CICLORUTA | $ 1.167.832.564 |

| | |
|---|---|
| **TOTAL SECTOR II ($/MAYO/94)** | **$15.032.286.576** |

"Sin embargo, su valor final será el que certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la obra y resulte de la aplicación de las cláusulas del contrato y de lo señalado en la consideración 12 y 18."

Aquí se acordó que "Se debe descontar del valor total de la obra básica del tramo II, los valores reconocidos por Restrepo y Uribe en las cantidades de obra ejecutada del tramo I, en lo relacionado con los ítem: 70.40 Estudio, Diseño y Construcción del intercambiador a desnivel de Portachuelo L = 220 m con un valor ejecutado de $38.893.120 de mayo de 1994 y el ítem 70.70 Estudio, diseño y construcción del paso elevado en Santana sobre el FFCC L = 160 m con un valor ejecutado de $35.893.438 de mayo de 1994". Así mismo se pactó que el trazado de la cicloruta debería ser previamente concertado por las partes.

3. Con el fin de dar claridad a lo convenido, al igual que a las consideraciones precedentes, las partes acordaron integrar al texto de esta Acta, para que forme parte de ella, los siguientes documentos: (i) diseño geométrico; (ii) pavimentos, (iii) geotecnia; (iv) presupuesto, (v) especificaciones de construcción generales y particulares, (vi) cronograma de inversiones, (vii) tráfico; (viii) hidráulica; (ix) hidrología; (x) geología; (xi) presupuesto presentado por el Concesionario; (xii) "ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE" y su correspondiente Anexo; (xiii) Anexo N° 1, mencionado en el considerando 12; y, xiv) los demás que resultaran conexos según las consideraciones precedentes.

4. Dado que la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo es parte del "*alcance físico adicional*" del Contrato de Concesión N° 664 de 1994 y por lo mismo está contemplada como insumo de egreso en el Modelo Financiero del Contrato de Concesión, las partes efectuaron la actualización resultante de la determinación de la fecha de inicio y duración de la ejecución de las obras.

5. Se acordó que el plazo para la ejecución de las obras sería de veinticuatro (24) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previa presentación al INCO, de la totalidad de los permisos ambientales, tales como disposición de materiales, fuentes de materiales, plantas de trituración, concreto y asfaltos, concesiones de aguas, vertimientos, aprovechamientos forestales, etc.

6. Finalmente, de conformidad con lo establecido en las consideraciones de esta Acta, el Concesionario se comprometió a iniciar las obras de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, a partir del momento en que la totalidad de los predios necesarios para la construcción de cada uno de los tramos en que se habían dividido las dos obras a que se refiere esta Acta estuvieren a su disposición, según lo acordado en el adicional de 15 de junio de 2005.

En cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "13. Es obligación de las partes establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre las partes en materia de riesgos y garantías en términos del contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosí y demás documentos suscritos entre las partes durante la vigencia del Contrato 0664-94.

"14. En desarrollo de lo anterior, el **INCO,** la INTERVENTORIA y el **CONCESIONARIO** procedieron ha (sic) actualizar y correr el *'Modelo Financiero'* tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del '*Modelo Financiero'* que aquí se presenta por parte del **INCO,** de la **INTERVENTORIA** y de el **CONCESIONARIO,** y se contiene en los siguientes documentos: a). CD marcado *'Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero – de diciembre 28 de 2005.'* b). Documento llamado: '*Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero- diciembre 28 de 2005*. Bases de cálculo.'[358] C). Concepto Interventoría diciembre 27 de 2005 radicado en INCO con el No. 019316. [359]

"15. Las partes tienen claro que el llamado '*Modelo Financiero'* es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores. Por lo que la actualización del '*Modelo Financiero',* que sirve de referencia para el presente documento, refleja parcialmente lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 hasta el día 30 de Noviembre (sic) de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se ha iniciado. Unas y otras se relacionan detalladamente en la actualización del modelo financiero, que, como ya se dijo, hace parte de esta Acta y, específicamente en el Anexo No. 1; identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados; esto último según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro.

"16. En consonancia con lo anterior, el '*Modelo Financiero'* final o definitivo será establecido una vez que la totalidad de las variables que se constituyen sus factores de egreso y de ingreso, a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales, en la medida en que se conozcan sus valores y oportunidades de ejecución y se puedan aplicar de manera cierta todas las estipulaciones del contrato y determinar en ese momento la duración real del mismo.

"17. Con sujeción a las estipulaciones del contrato, constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en la ejecución del 'alcance físico adicional' del contrato y de su 'alcance físico opcional'; b). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en la ejecución de obras complementarias en ítems previstos; c). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en '*mayores cantidades de obra'* de acuerdo con las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del 12 de diciembre de 2005; y e). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores; hayan sido éstas ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos, previa y expresa aprobación de el (sic) **INCO.**

"18. En la actualización del modelo financiero que se presenta mediante esta acta se actualiza la fecha de construcción de la segunda calzada del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, lo mismo que la fecha de construcción de las obras complementarias y ambientales, se excluye el retorno de Briceño I y ante la imposibilidad de aplicar la cláusula 20 del contrato en este momento de ejecución del mismo, se deja constancia que se toma como referencia provisionalmente para el valor de las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, el valor que se deriva de los diseños aprobados y que la cifra que aparece reflejada en el ítem Tramo I- Obra básica, complementarias, adicionales y mayores cantidades de obra ($53.883.653.111 a precios de mayo/94) no ha sido desagregada y por tanto, no ha sido aplicado sobre éstos valores lo dispuesto respecto de las 'mayores cantidades de obra'.

"En consideración a lo anterior el valor real final será el que resulte de la aplicación de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del 12 de diciembre de 2005 que aplicará respecto de las '*mayores cantidades de obra'* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el **CONCESIONARIO** ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).

"19. Luego de correr el modelo, con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final total que alcancen las obras que se ejecuten."

[358] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000199 a 000217
[359] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000189 a 000191

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron lo siguiente:

1. Que "Luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten." "Por lo tanto, precisaron las partes, el valor real final será el que resulte de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del doce (12) de diciembre 2005 que aplicará respecto de las *'mayores cantidades de obra'* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el **CONCESIONARIO** ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994)." (Acuerdo Séptimo del Acta)

2. Que "EL **CONCESIONARIO** deberá ampliar las garantías de que trata la cláusula vigésima segunda del contrato de concesión, previamente a la suscripción del acta de inicio de obra." (Acuerdo Octavo del Acta).

En el Documento Actualización del Modelo Financiero se lee:

> "La actualización del modelo financiero presenta una situación dinámica generada por la fecha real de los ingresos, la liquidación de las obras ejecutadas, el cronograma y el costo de las obras por ejecutar y en general todas las situaciones que generan algún tipo de modificación que lo afecte.
>
> "Por lo anterior, se presenta la actualización del modelo financiero, manteniendo la Tasa Interna de Retorno del proyecto (100% accionario) estipulada en el contrato del 10.94% real.
>
> "**PARÁMETROS**
>
> "Para la actualización del modelo financiero se mantiene la estructura del modelo de la propuesta básica.
>
> "**1. INFLACIÓN**
>
> "Para la actualización de pesos constantes a pesos corrientes se tuvo en cuenta una inflación anual del 21%, equivalente a 1.6% mensual.
>
> "**2. PLAZOS**
>
> "El siguiente cuadro presenta los plazos definidos en los diferentes otrosi, al contrato de concesión, así como el resultado del cierre financiero para la etapa de operación; la cual contempla dentro de su plazo la construcción de la segunda etapa.

Cuadro No. 1

| Etapa Diseño | Etapa Construcción | Etapa de Operación | Total Proyecto |
|---|---|---|---|
| (meses) | (meses) | (meses) | (meses) |
| 10 | 43 | 216 | 265 |
| Dic/94 – Sep/95 | Oct/95 – Abr/99 | May/99 - Dic/16 | |

En la variable **Ingresos** se tuvo en cuenta los siguientes:

1. Aportes de la Nación

2. Aporte Capital de Riesgo

Aporte Operadores
Aporte Constructores
Aportes en efectivo
Aporte control de calidad
Aportes Fiduciarios
Derechos Fiduciarios

3. Financiamiento
4. Otras fuentes de recursos
5. Ingresos Financieros
6. Ingresos por peaje

6.1. Tráfico Promedio Diario
6.2. Tarifas de Peaje
Etapa de construcción
Etapa de Operación

En la variable **Egresos** se tuvo en cuenta las siguientes:

1. Legalización Contrato y Pólizas
2. Comisión Líder Financiero
3. Elaboración Diseños
4. Infraestructura de Operación
5. Costos Fiduciarios
6. Adquisición de predios
7. Costos de Construcción
8. Obras de Renivelación
9. Obras solicitadas por la Comunidad
10. Costos de Operación
11. Costos de Mantenimiento
12. Costos de Administración
13. Costos de Interventoría
14. Costos de Control de Calidad
15. Imprevistos
16. Impuesto de Industria y Comercio

Acerca de los costos de construcción se señaló lo siguiente:

"El costo de construcción está dividido en 6 partidas así:

- Tramo I: Comprendió la Construcción del sector La Caro – Briceño, construcción del sector Centro Chía – Rancho JR y la rehabilitación de los sectores Calle 236 – La Caro (Cra 7ª) y Calle 236 – La Carp (Autopista Norte). La obra se ejecutó entre octubre del año 1995 y abril del año 1999, en un plazo de 43 meses. El costo de las obras aprobadas por la Interventoría tiene un valor de $60.975 millones de pesos de mayo/94, e incluye las obras complementarias, mayores cantidades de obra, obras adicionales y costo de ítems no previstos.

- Otras Obras Tramo I: Incluye la construcción de las siguientes obras cuyo costo estimado es de $903 millones de mayo/94 y se discriminan en el cuadro No. 9 así:

  - Puente de Teletón – Autopista: obra construida, permite la integración del tráfico de Chía con la Autopista Norte en el sentido a Briceño. Su costo final a pesos de mayo/94 fue de $876 millones.

  - Zona de Fibrit: obra ya concluida que comprendía la construcción de un alcantarillado de aguas lluvias y la terminación del puente peatonal, equivalente a $12 y $14 millones, respectivamente.

- Otras Obras Pendientes Tramo I: Incluye la construcción de las siguientes obras cuyo costo estimado es de $1.194 millones de mayo/94 y se discriminan en el cuadro No. 9 así:

  - Box Unisabana – Paradero: obras por ejecutar que comprenden la construcción de un paradero de buses y el paso deprimido de la Universidad de la Sabana de acuerdo con el proyecto básico aprobado por valor de $139 millones de may/94.

  - Ampliación La Caro – Centro Chía: obra prevista a ejecutar de acuerdo al crecimiento del tráfico para el año 2012 y comprende la ampliación del puente sobre el río Bogotá por valor de $108 millones y la construcción del tercer carril por valor de $115 millones de mayo/94.

  - Ampliación Viaducto La Caro: el costo de obra es de $832 millones de mayo/94 que incluye la ampliación del viaducto antiguo cuyo costo es de $625 millones y las obras de relleno y aproches por valor de $207 millones.

- Obras ambientales: estas obras fueron solicitadas por el Ministerio del Medio Ambiente en la resolución de aprobación de la licencia ambiental y el costo estimado es de $213 millones de mayo/94, representados en la arborización y tierra negra y el saldo estimado para la terminación de la construcción de cicloruta en el sector de la entrada 3 de Centro Chía al Puente El Común ($165 millones de mayo/94).

Se eliminó la partida de $34.000 millones de may/94 correspondiente al diseño de la ciclorruta debido a que se involucró dentro del proceso de Capellanía – Zipaquirá. Igualmente se eliminó la partida de $340 millones de mayo/94 destinada a la construcción de cicloruta, la cual se encuentra dentro del mismo proceso, quedando únicamente el rubro correspondiente a la construcción del sector mencionado en el párrafo anterior.

- Tramo II: Comprende la construcción del sector Rancho JR – Zipaquirá que incluye la Variante de Cajicá y Variante de Portochuelo de acuerdo al proyecto original de doble calzada. Dentro de este tramo se modificó el trazado de la Variante de Cajicá, atendiendo las solicitudes de la comunidad y con el objeto de reducir el costo de los predios. El costo total del Tramo II equivale a la suma de $27.872 millones de mayo/94. En el cuadro No. 9 se presenta la discriminación del costo total del Tramo II dentro del cual vale la pena hacer una descripción de los siguientes ítems:

  - Variante Cajicá: Tiene un costo de $8.887 millones de mayo/94 discriminados así:
    - Valor global: $7.663 millones
    - Recuperación Cajicá Cra 6ª: $300 millones, solicitud de la licencia ambiental.
    - Redes de Servicios: $534 millones, estimativo de redes no contempladas en el diseño original.
    - Jarillón: $76 millones, solicitud de la licencia ambiental.

  - Construcción Cicloruta: Tiene un costo de $717 millones de mayo/94 y corresponde a la construcción de 6.5 km.

  - Capellanía – Zipaquirá: tiene un costo de $8.392 millones de mayo/94 los cuales se discriminan en el Anexo No. 1. Este costo contempla el saldo de la Rehabilitación del sector La Caro – Zipaquirá por valor de $987 millones de mayo/94.

  - Variante Portachuelo: tiene un costo de $3.670 millones de mayo/94 los cuales se discriminan en el Anexo 1.

  - Dentro de las 'Otras obras Variante de Cajicá' se encuentran los intercambiadores de Hatogrande ($630 millones de mayo/94), el puente sobre la línea férrea ($1.704 millones de mayo/94), puente Capellanía ($528 millones de mayo/94) y paso a nivel Zue ($61. Millones de mayo/94).

    Se eliminaron las partidas correspondientes a Otras Obras y mayores cantidades de obra; partidas pertenecientes al tramo Capellanía -Zipaquirá. El costo de 'otras obras' se contempló dentro del ítem 'otras obras Capellanía – Zipaquirá' por valor de $1.803 millones.

    Debido al aplazamiento de la construcción del puente sobre la línea ferrea se hace necesario la construcción de un paso a nivel con estructura especial sobre ferrocarril, barreras, caseta y la correspondiente señalización. Igualmente, se hace necesario La construcción de dos retornos a nivel a la altura del intercambiador de JR a fin de solucionar el acceso a la Vereda Calahorra interrumpido por la construcción de la variante y del aplazamiento del puente sobre la línea férrea.

  - Otras Obras: tiene un costo de $3.672 millones de mayo/94 discriminados así:
    - Compensación vegetación: $134 millones
    - Diseño y construcción de ciclorruta Capellanía – Zipaquirá: $1.168 millones, contempla $32 millones de diseño y $1.136 millones para la construcción.
    - Otras obras Capellanía – Zipaquirá: $1.803 millones y comprende redes de servicios, salmueruducto, otras obras (red eléctrica aérea, alcantarillado aguas lluvias y aguas negras y señalización correspondientes a los sectores Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo) (Ver anexo No. 1)
    - Peatonal Teletón: $351 millones.

  Se incluyen las obras correspondientes a los accesos del Parque Sopó y peatonal Restaurante Colombia, equivalente a $70 y $68 millones de mayo/94, respectivamente.

  Se elimina la partida destinada al pago del Retorno Briceño I, puesto que será cancelada directamente al Concesionario con recursos provenientes del Clip Peaje Teletón.

- Obras Complementarias Otrosi Sep/01: El costo total de estas obras asciende a $1.138 millones de mayo/94 y comprende lo siguiente:

- Zona de Lomitas: $158 millones
- Diseño Cicloruta: $33 millones
- Rehabilitación Capellanía – Zipaquirá: $750 millones
- Peatonal Unisabana: $100 millones
- Retorno Peaje Andes: $96 millones

"Cronograma de Ejecución

"Cuadro No. 9

| | Valor | Desde | Hasta | Duración (meses) |
|---|---|---|---|---|
| **Tramo I** | | | | |
| Obra Básica, Complementarias, Adicionales y Mayores Cant. de Obra | 53.883.653 | Nov-95 | Abr-99 | 43 |
| Ítems No previstos (miles $ mayo/94) | 7.091.565 | Nov-95 | Abr-99 | 43 |
| **Costo Total** | **60.975.218** | | | |
| **Otras Obras Tramo I** | | | | |
| Puente Teletón | 876.747 | Ene-00 | Ago-00 | 8 |
| Zona Fibrit | 26.309 | Dic-00 | Dic-00 | 1 |
| **Costo Total** | **903.056** | | | |
| **Otras Obras Pendientes Tramo I** | | | | |
| Box Unisabana – Paradero | 42.431 | Jul-06 | Dic-06 | 6 |
| Ampliación La Caro – Centro Chía | 223.243 | Ene-12 | Jun-12 | 6 |
| Ampliación Viaducto La Caro | 810.100 | Abr-08 | Mar-09 | 12 |
| **Costo Total** | **1.194.293** | | | |
| **Obras Ambientales** | | | | |
| Tierra negra y Arborización | 47.438 | Feb-01 | Mar-01 | 2 |
| Construcción Cicloruta | 165.471 | Ene-12 | Jun-12 | 6 |
| **Costo Total** | **212.909** | | | |
| **Tramo II** | | | | |
| Variante Cajicá (GL) | 7.663.135 | Jun-04 | Mar-06 | 22 |
| Recuperación Cra. 6a – Vte Cajicá | 300.000 | Feb-06 | Jun-06 | 5 |
| Redes de Servicios - Vte. Cajicá | 534.783 | Jun-04 | Mar-06 | 22 |
| Jarillón Vía Cajicá | 76.465 | Jun-04 | Mar-06 | 22 |
| Construcción Cicloruta | 717.041 | Jun-04 | Mar-06 | 22 |
| Capellanía – Zipaquirá | 8.391.905 | Ene-06 | Dic-07 | 24 |
| Vte Portachuelo | 3.669.800 | Ene-06 | Dic-07 | 24 |
| **Otras obras Variante Cajicá** | | | | |
| Puente Cajicá – Hatogrande | 630.300 | May-09 | Dic-09 | 8 |
| Paso a nivel Zue | 61.543 | Feb-06 | Jul-06 | 6 |
| Puente Línea Férrea | 1.704.247 | Abri-10 | Feb-11 | 11 |
| Puente Capellanía | 527.821 | Dic-10 | May-11 | 6 |
| **Otras obras** | | | | |
| Compensación vegetación | 135.659 | Ene-06 | Dic-07 | 24 |
| Cicloruta Capellanía – Zipaquirá | 1.167.833 | Ene-06 | Dic-07 | 24 |
| Otras obras Capellanía – Zipaquirá | 1.802.750 | Ene-06 | Dic-07 | 24 |
| Peatonal Teletón | 350.802 | Feb-06 | Jul-06 | 6 |
| Accesos Parque Sopó | 70.870 | Oct-04 | Oct-04 | 1 |
| Peatonal Restaurante Colombia | 67.890 | Mar-06 | Jul-06 | 5 |
| **Costo Total** | **28.872.841** | | | |
| **Otras Obras Complementarias Otrosí** | | | | |
| Zona Lomitas | 158.746 | Sep-02 | Mar-03 | 7 |
| Diseño Cicloruta | 18.418 | Mar-03 | Mar-03 | 1 |
| Diseño Cicloruta | 14.735 | Nov-05 | Ene-06 | 3 |
| Rehabilitación Capellanía - Zipaquirá | 750.000 | Ene-02 | Mar-02 | 3 |
| Peatonal Unisabana | 100.625 | Nov-02 | Abr-03 | 6 |
| Retorno Peaje Andes | 96.000 | Ene-05 | Mar-05 | 3 |
| **Costo Total** | **1.138.523** | | | |
| **Costo Total de Obra** | **92.296.841** | | | |

Los **Resultados** fueron:

"**TIR del Proyecto (100% Accionario)**

"Se calculó tomando como flujos positivos los ingresos por peaje y como flujos negativos los egresos operacionales totales, es decir, excluyendo los gastos financieros e impuestos. La TIR resultante es de 10.93% real equivalente a 34.22% corriente"

Téngase en cuenta que en el concepto financiero de la Interventoría emitido el 27 de diciembre de 2005[360] sobre la actualización del modelo financiero presentado por el Concesionario en diciembre de 2005, que forma parte del Acta de actualización del modelo financiero suscrita el 29 de diciembre de 2005, atrás transcrita, se señaló lo siguiente:

"La Interventoría operativa y financiera del Proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, revisó el Modelo Financiero presentado en el mes de diciembre de 2005 por el Concesionario Unión Temporal Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE que tiene el propósito de verificar las condiciones de equilibrio financiero del contrato.

"Para este ejercicio se aplicó como base el modelo y la metodología acordada por las partes en la actualización presentada el 1 de octubre de 2001, sobre lo cual se actualiza la fecha de construcción de la segunda calzada del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, lo mismo que la fecha de construcción de las obras complementarias y ambientales, se excluye el retorno de Briceño I y, ante la imposibilidad de aplicar la cláusula 20 del Contrato en este momento de ejecución del mismo, se deja como constancia que se toma como referencia provisionalmente para el valor de las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, el valor que se deriva de los diseños aprobados y que la cifra que aparece reflejada en el ítem Tramo I – Obra básica, complementarias, adicionales y mayores cantidades de obra ($53.883.653.111 a precios de mayo/94) no ha sido desagregada y por tanto, no ha sido aplicado sobre estos valores lo dispuesto respecto de las 'mayores cantidades de obra'.

"El valor de referencia para las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, asciende a la suma de ($15.032.286.576 a precios de mayo de 1994), desagregados de la siguiente forma:

| **DESCRIPCION** | **VALOR (precios de mayo de 1994)** |
|---|---|
| COSTO OBRA BASICA (Incluida rehabilitación) | $ 12.061.704.369 |
| REDES DE SERVICIOS | $ 1.050.670.378 |
| SALMUERODUCTO | $ 328.940.400 |
| RETORNOS A NIVEL | $ 240.013.865 |
| PUENTES PEATONALES Y PARADEROS | $ 183.125.000 |
| CICLORUTA | $ 1.167.832.564 |

| | |
|---|---|
| **TOTAL SECTOR II ($/MAYO/94)** | **$15.032.286.576** |

"En su revisión la Interventoría encontró que si bien el modelo respeta los acuerdos consagrados en los otrosí firmados y en las reuniones de trabajo realizadas con participación de representantes del Concesionario, la Interventoría y el Instituto, no tiene un alcance de cierre definitivo, el cual será establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso, a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales, en la medida en que se conozcan sus valores y oportunidades de ejecución y se puedan aplicar de manera cierta todas las estipulaciones del contrato y determinar en ese momento la duración real del contrato.

"En consonancia con lo anterior, el valor real final será el que resulte de las (sic) aplicación de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del 12 de diciembre de 2005 que procederá respecto de las 'mayores cantidades de obra' resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el CONCESIONARIO ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).

"Luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que, bajo un escenario 100% accionario y para la TIR real antes de impuestos señalada en la propuesta del concesionario de 10.94%, se obtiene el siguiente resultado:

"El término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten."

[360] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000016 a 000018

### 4.63. Acta de inicio de obra en el Municipio de Cajicá, suscrita el 2 de marzo de 2006

En cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Resolución 703 del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de conformidad con las consideraciones en ella expuestas, en esta Acta las partes acordaron destinar los recursos disponibles en los otrosíes de 18 de septiembre de 2001 y de 6 de abril de 2004 ($300´000.000 de mayo de 1994) a la ejecución de las siguientes obras, en el Municipio de Cajicá: 1. Pavimentación de la Diagonal Cuarta o vía a Hatogrande, en una longitud aproximada de 950 metros, entre el cruce de esta con la Línea Férrea y la intersección con la Carrera Octava hoy Variante de Cajicá, tramo que hace parte de la vía que de Cajicá conduce a Hatogrande; y, 2. La adecuación de empalmes, con la variante de Cajicá de las vías urbanas en las longitudes que se definen, ubicados en las siguientes abscisas: K 0+260 (Ambos costados) Longitud 60 metros; K 1+650 (Costado Oriental) Longitud 40 metros; K 1+800 (Costado Oriental) Longitud 40 metros; K 1+940 (Costado Occidental) Longitud 10 metros; K 2+050 (Costado Occidental) Longitud 25 metros; K 2+700 (Costado Oriental) Longitud 26 metros; K 3+050 (Ambos costados) Longitud 40 metros; K 3+500 (Costado Occidental) Longitud 50 metros; y, K 4+850 (costado Occidental) Longitud 30 metros. Las obras de rehabilitación que se financiarían y construirían son las que aparecen en este anexo único de la citada Acta y son mencionadas identificando su naturaleza, localización, cantidad y valor unitario. Tales obras no contemplan la pavimentación del tramo comprendido entre la variante de Cajicá, hacia el oriente, para llegar a Hatogrande.

Las mencionadas obras debían ser ejecutadas por el Concesionario en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha de suscripción de esta Acta. A su vez, el valor final de las obras de compensación ambiental sería el que resultara de multiplicar las cantidades ejecutadas, por el valor unitario, previo visto bueno y aceptación por parte de la Interventoría y en ningún caso podría sobreasar la suma atrás definida. Así, mediante la inversión de la suma de dinero precitada en la ejecución de las obras identificadas en el anexo, se entendería cumplida la obligación impuesta inicialmente a la entidad concedente por la Resolución 703 de 1996, por la cual el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó Licencia Ambiental para la construcción del proyecto "DESARROLLO VIAL PARA EL NORTE DE BOGOTÁ", al igual que, en lo pertinente, los otrosíes del 18 de septiembre de 2001 y del 6 de abril de 2004.

### 4.64. Acta que determina la desagregación de las inversiones efectuadas por la U.T. en ejecución de las obras agrupadas bajo el nombre de Tramo I, suscrita el 19 de abril de 2006[361]

En esta Acta suscrita el 19 de abril de 2006, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "7.- Según lo dispuesto en la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Concesión, este contempla tres etapas de ejecución a saber: Etapa de Diseño y Programación; Etapa de Construcción; y Etapa de Operación.
>
> "8.- La Etapa de Diseño fue cumplida a cabalidad por EL CONCESIONARIO y finalizó el día 2 de Septiembre de 1996.
>
> "9.- La Etapa de Construcción se vio interrumpida por razón de no haber dispuesto EL CONCESIONARIO de los predios afectados por la construcción de la Variante de Cajicá, del tramo que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, ni de los dineros necesarios para cubrir su valor. Sin embargo de lo anterior EL CONCESIONARIO acometió y culminó las obras respecto de las cuales le habían sido entregados los predios requeridos para su construcción y que en su conjunto las partes dieron en denominar '*Tramo I*'.

[361] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000022 a 000025

"10.- Según la misma CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Concesión, la Etapa de Operación del proyecto se debía iniciar concomitantemente con la culminación de las obras correspondientes al '*primer tramo*'. No obstante y dada la imposibilidad física de continuar con la ejecución de las obras que se suspendieron y se identifican en el numeral anterior, se hizo necesario dar inicio a la Etapa de Operación, al día siguiente de la fecha en que se culminaron las obras del denominado 'Tramo I', o 'primer tramo' en los términos del contrato; esto es el 1° de mayo de 1999.

"11.- Según lo establece la misma CLÁUSULA TERCERA del contrato, en su numeral 2, la Etapa de Construcción finaliza '*una vez el Instituto, a través de la Interventoría, haya recibido las obras, de acuerdo con la propuesta aprobada por él; para cuyo efecto se suscribirá, el 'Acta de Finalización de la Etapa de Construcción'*.

"12.- En cumplimiento de lo atrás señalado EL INCO, la Interventoría y EL CONCESIONARIO suscribieron el documento exigido por la CLÁUSULA TERCERA con fecha 30 de abril de 1999; como corolario de lo cual se inició la Etapa de Operación del contrato a partir del ya mencionado día 1° de mayo de 1999.

"13.- Eb cumplimiento de las obligaciones derivadas a su cargo, la Interventoría de obra a cargo, a ese entonces, de la firma Restrepo Uribe Ltda., procedió, como consta en la antes citada Acta, a recibir las obras y a expresar su conformidad con las mismas. De la misma manera como acto posterior procedió a valorar y a desagregar las mismas. Dichas actividades de desagregación, cuantificación y valoración (todo lo anterior por ítem) las plasmó en los Oficios C-360.5.2.2/0176/00 del 21 de junio de 2000 y su anexo '*Precios unitarios no previstos'* 1999", y C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001.

"14.- Según el contenido del Contrato de Concesión, y especialmente según lo estipulado en la CLÁUSULA PRIMERA, la VIGESIMA y la VIGÉSIMA PRIMERA, las obras que se ejecuten en desarrollo del contrato o como consecuencia de órdenes adicionales impartidas por la entidad concedente se agrupan en los siguientes tipos: obras constitutivas del alcance básico (básico propiamente tal y físico adicional); mayores cantidades de obra; obras adicionales ejecutadas en ítems previstos; y obras adicionales ejecutadas en ítems no previstos.

"15.- De conformidad con el informe final relacionado con la descripción y valoración de las obras a que se refiere el numeral 13, la firma Restrepo y Uribe Ltda., certificó que dichas obras habían alcanzado un valor de $61.749´385.698; valor resultante de la siguiente sumatoria: por obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos: $7.091.564.824; por obras de mantenimiento: $192.850.562; por obras para la comunidad $559.917.915; por obras de adecuación de predios $21.399.286; y por obras básicas, complementarias y mayores cantidades de obras (todas las anteriores como globalidad) $53.883.653.111.

"16.- Dado que el informe de la Interventoría contenido en los oficios identificados en el numeral 13 y cuya cuantía se discrimina en el numeral anterior, no contenía la desagregación del valor total resultante en los diferentes tipos de obra definidas por el contrato, EL INCO solicitó a EL CONCESIONARIO la desagregación del valor de las obras, en los tipos que se mencionan en el numeral 14.

"17.- EL CONCESIONARIO procedió a ejecutar la tarea solicitada por EL INCO y presentó la discriminación de las obras en el folleto denominado '*Resumen Obras de Construcción Tramo I', de febrero de 2006';* el cual agrupa únicamente las obras básicas, complementarias y mayores cantidades de obra a las que se alude en el numeral 15 y cuyo valor (como globalidad) asciende a la suma de $53.883.653.111.

"18.- El trabajo presentado fue examinado conjuntamente por las partes y éstas le dieron su conformidad."

Como consecuencia de los antecedentes y consideraciones narrados, las partes acordaron lo siguiente:

1. Que el valor total de las obras que componen el denominado "*Tramo I"* asciende a la suma de $53.883.653.111, exceptuados de dicha sumatoria los valores correspondientes a obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; a obras de mantenimiento; a obras para la comunidad; y a obras de adecuación de predios. Las obras cuyo valor resultó excluido de la presente Acta fueron objeto de reconocimiento previo escrito, así: (1) en cuanto a las obras complementarias en ítems no previstos en el otrosí de 18 de septiembre de 2001; y (2) en cuanto a las obras de mantenimiento, obras para la comunidad y obras de adecuación de predios en el otrosí de 11 de agosto de 2003 (Acuerdo Primero del Acta).

2. Que dicho valor total de la inversión realizada en ejecución total del *"Tramo I",* en ejecución de las obras a que dice relación el numeral 17, se desagrega así: 1) Por obras complementarias ejecutadas en ítems previstos $7.664.227.522; y, 2) Por mayores cantidades de obra $7.435.057.455. Todo ello como aparece en el folleto anexo denominado "*Resumen Obras de Construcción Tramo I"*

*(*Anexo N° 1), que se agregó a esta Acta para que forme parte integral de ella. Los restantes $38.784.368.134 son de obra básica y mayores cantidades de obra que se desagregarán una vez termine toda la etapa de construcción.

Aclararon las partes que la cuantía señalada bajo la denominación "*Mayores cantidades de obra",* se refiere exclusiva y excluyentemente a la porción correspondiente a las obras que componen el "*Tramo I".*

3. Que el valor total de la inversión y los subtotales por naturaleza de obra que lo componen, agrupa las obras que se relacionan detalladamente en el folleto anexo denominado "*Resumen Obras De Construcción Tramo I".*

4. Que el valor correspondiente a las obras complementarias en ítems previstos que pertenecen al denominado "*Tramo I"* se tendrá como cierto y definitivo para todos los efectos relacionados con la ejecución y liquidación futura del Contrato de Concesión. No. 0664 de 1994.

### 4.65. Acta de inicio de construcción de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo y otras obras pertenecientes al alcance físico adicional del Contrato de Concesión, suscrita el 8 de junio de 2006[362]

En ella las partes declararon que una vez cumplidas las condiciones previas requeridas para el inicio de las obras, establecidas en el Acta firmada el 29 de diciembre de 2005, el INCO, el Concesionario y la Interventoría acordaron iniciar a partir del día 08 de junio de 2006 la construcción de las siguientes obras identificadas en la citada Acta del 29 de diciembre de 2005, esto es: la doble calzada del tramo que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (reten), la Variante de Portachuelo y Redes de Servicio, Salmueroducto, retornos a nivel, puentes peatonales y paraderos, ciclorruta Capellanía – Zipaquirá, todo de acuerdo con el cuadro anexo que hace parte del Modelo Financiero vigente.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que en relación con el plazo de ejecución se señala en la consideración 3), esto es que dicho plazo de ejecución de la obra debe entenderse como obligatorio si respecto de cada uno de los cinco sectores en que se ha dividido el tramo Cajicá (Capellanía) - Zipaquirá (reten) y Variante de Portachuelo, el INCO haya puesto a disposición del Concesionario, todos y cada uno de los predios afectados por la construcción de la obra, a más tardar en las siguientes fechas: Sector I, el 20 de mayo de 2006; Sector II, el 30 de junio de 2006; Sector III, el 30 de agosto de 2006; Sector IV, el 30 de octubre de 2006; y, Sector V, el 30 de noviembre de 2006.

### 4.66. Otrosí No. 41 - Modificación del Adicional del 15 de junio de 2005 – amplía en 12 meses el plazo para el proceso de gestión predial Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, suscrito el 13 de junio de 2006[363]

En ella las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Segunda del Adicional del 15 de junio de 2005, por el término de doce (12) meses más, es decir, hasta el 15 de junio de 2007, para la ejecución de las actividades de gestión predial, estudio de títulos, elaboración de avalúos, enajenación voluntaria, o actividades de expropiación cuando aplique, para los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y la Variante de Portachuelo. Las partes acordaron que esta Adición en plazo no afecta las condiciones

362 Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000026 a 000028
363 Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000029 a 000030

económicas del Contrato Adicional celebrado el 15 de junio de 2005, ni constituye causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario desequilibrio económico.

### 4.67. Otrosí No. 42 - Adición del Adicional de 15 de junio de 2005 – Aplazamiento por 4 años de la construcción del Paso a Nivel – Puente elevado, Intersección de Jardines Zhue, suscrito el 7 de julio de 2006[364]

De conformidad con los antecedentes y consideraciones en él expuestos, en esta Adición suscrita el 7 de julio de 2006, el INCO y el Concesionario acordaron posponer la ejecución del puente elevado objeto del adicional de 15 de junio de 2005, por cuatro (4) años.

Vencido este plazo, se acordó que el INCO y el Concesionario analizarán el tráfico de trenes existente y determinarán la fecha de construcción del puente vehicular.

Así mismo, para efectos de definir la razonable necesidad del paso elevado, anualmente el Concesionario deberá realizar un estudio de volumen de tráfico para ser evaluado conjuntamente con el INCO.

Por el entretanto, se autorizó al Concesionario a construir los elementos de seguridad y control necesarios para garantizar la seguridad en el paso a nivel en la intersección de Jardines Zhue, al igual que a sufragar los costos que genere la existencia de dicho paso a nivel, todo de acuerdo con los diseños y presupuesto que el Concesionario presente a consideración del INCO.

### 4.68. Otrosí No. 43 - Nova la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo insoluto por concepto de las "Obras ejecutadas en ítems no previstos", realizadas en ejecución del "*Tramo I",* suscrito el 11 de agosto de 2006[365]

En esta Adición suscrita el 11 de agosto de 2006, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "7.- Según lo establece la CLÁUSULA TERCERA del Contrato, en su numeral 2, la Etapa de Construcción finaliza *'una vez el Instituto, a través de la Interventoría, haya recibido las obras, de acuerdo con la propuesta aprobada por él; para cuyo efecto se suscribirá, el 'Acta de Finalización de la Etapa de Construcción'.*
>
> "8.- En cumplimiento de lo atrás señalado EL INVÍAS, la Interventoría y **EL CONCESIONARIO** suscribieron el documento exigido por la CLÁUSULA TERCERA, citado en el numeral precedente, con fecha 30 de abril de 1999.
>
> "9.- De su lado, la Interventoría de obra a cargo, a ese entonces, de la firma Restrepo y Uribe Ltda., procedió, como consta en la antes citada Acta, a recibir las obras y a expresar su conformidad con las mismas. De la misma manera como acto posterior procedió a valorar y a desagregar las mismas. Dichas actividades de desagregación, cuantificación y valoración (todo lo anterior por ítem) las plasmó en los Oficios C-360.5.2.2 /0176/00 del 21 de junio de 2000 y su anexo 'Precios *unitarios no previstos' 1999',* y C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001.
>
> *"*10. Mediante oficio de Restrepo & Uribe No C360.5.22 del/1303/99 del 14 de Mayo de 1999 presentó el 'Cuadro de Resumen Parcial de Obra con ítems no Previstos', por un valor de $1.722´481.538,42 de Mayo del 1994.

[364] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000031 a 000034
[365] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000035 a 000038

"11. Mediante documento de fecha 24 de mayo de 1999 el INVIAS, efectuó un abono a **EL CONCESIONARIO** por la suma $ 3.940´000.000 de Mayo de 1999, equivalente a $1.722.481.537,73 de Mayo de 1994, por concepto de ITEMS NO PREVISTOS.

"12. Mediante oficio de Restrepo & Uribe C.360.5.2/0385/01 del 22 de marzo de 2001 presentó las 'Cantidades finales de obra ejecutada Ítems no previstos en el contrato original' por un valor de $7.091.564.823 de Mayo de 1994, que incluye las cantidades de obra relacionadas en el informe del considerando 10.

"13. Mediante adicional de fecha 18 de septiembre de 2001 el INVIAS, autorizó girar en favor de aquel, con cargo al '*CLIP ÍTEMS NO PREVISTOS* del fideicomiso que administra los recursos del contrato de concesión', la suma de *OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL PESOS ($8.852.857.000)* de julio de 2001, equivalentes a $3.215´896.601 a pesos de mayo de 1994 por concepto de segundo abono o pago parcial de lo adeudado a **EL CONCESIONARIO** por concepto de ítems no previstos".

"14. Posteriormente, el Instituto Nacional de Vías-INVIAS, mediante adicional del 11 de agosto de 2003, autorizó a **EL CONCESIONARIO,** clara y expresamente, a que '*finalizada la adquisición de predios necesarios para la construcción de la Variante de Cajicá y hecha la reserva pertinente para aquellos que deba ser adquiridos mediante el procedimiento de la expropiación, el saldo que resulte sea pagado a* ***EL CONCESIONARIO*** *por concepto de abono o pago parcial al saldo adeudado por concepto de 'Obras ejecutadas en ítems no previstos*'.

"15. Sin embargo de lo anterior, mediante el adicional de fecha 15 de junio de 2005, **EL CONCESIONARIO,** a solicitud de **EL INCO,** autorizó a que el saldo a que se refiere el numeral 14, fuese destinado para la adquisición de los predios necesarios para la construcción del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y la Variante de Portachuelo.

"16. Para compensar lo anterior, con ocasión de la firma del Acta de reinicio de los tramos Capellanía (Cajicá) – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, el saldo pendiente de pago por parte de **EL INCO** a **EL CONCESIONARIO** por concepto de obras ejecutadas en ítems no previstos, fue involucrado al Modelo Financiero adoptado y aprobado por las partes, como partida de egreso , y compensado mediante el mecanismo que consagra la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión, consistente en la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación de la Concesión.

"17. Como consecuencia de lo anterior, el saldo adeudado a **EL CONCESIONARIO** a la fecha del 29 de diciembre de 2005, pero compensado mediante la ampliación del plazo de la etapa de operación se entenderá cancelado al finalizar y liquidar el contrato, mediante la aplicación de este mecanismo.

"18. El estado de cuentas relacionado con el valor de la inversión hecha por **EL CONCESIONARIO** en '*obras ejecutadas en ítems no previstos',* a fecha de 29 de diciembre de 2005, es el que se contiene en el anexo único del presente adicional, que suscrito por las partes formará parte integral del mismo."

Con base en los anteriores antecedentes y consideraciones, las partes acordaron

1. Novar la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo insoluto por concepto de las "Obras ejecutadas en ítems no previstos", realizadas en ejecución del "*Tramo I",* que a fecha 29 de diciembre de 2005 ascendía a la suma de $2.153.186.684,27, en pesos de mayo de 1994, en el sentido de que, en lugar de pagarla con dinero en efectivo, la compensará mediante su inclusión dentro del Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994. Sin embargo de lo anterior, se acordó igualmente que, el INCO podría, a su discreción, cancelar al Concesionario el saldo adeudado en dinero efectivo proveniente de recursos del Presupuesto General de la Nación, en cuyo caso, para los efectos del Modelo Financiero, se excluiría esta partida de los egresos del mismo, con las consecuencias que respecto del término de duración de la etapa de operación resultare.

2. Finalmente se pactó que el período a que se dice relación en el acuerdo anterior de este adicional, está incluido dentro del lapso de duración de la Etapa de Operación que se consagra en el Acta de reinicio de obras de los tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y la Actualización del Modelo Financiero, de fecha 29 de diciembre de 2005.

## 4.69. Otrosí No. 44 - Adición - Modificación Diseños de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo - Ancho separador a seis metros, suscrito el 22 de agosto de 2006[366]

En esta Adición suscrita el 22 de agosto de 2006, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

"7.- Dentro del objeto del Contrato 664 de 1994 y, específicamente, de su 'alcance físico adicional' se encuentra comprendida la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo.

"8. En la cláusula tercera, literal c) del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se determinó aplazar la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras.

"9. La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras a que se refiere el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se iniciarían en cuanto el **INVIAS** entregara a **EL CONCESIONARIO** la totalidad de los predios requeridos para la ejecución de dichas obras básicas, por tramos.

"10. La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispuso entregar a **EL CONCESIONARIO** la suma de DIECIOCHO MIL MILLONES DE PESOS ($18.000.000.000), como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo.

"11. Lo anterior permitió que **EL CONCESIONARIO** iniciara la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo el día 8 de Junio de 2006, como se desprende del 'Acta de inicio de construcción' de la misma fecha, de manera racional y escalonada en la medida que le fueran siendo entregados tramos continuos de predios, en el sentido Sur-Norte; como lo señala la consideración 3) del mentado documento.

"12. **EL CONCESIONARIO** presentó a consideración del **INVIAS,** hoy subrogado por el **INCO,** y de la **INTERVENTORÍA** actuante en su momento, la valoración de las obras (i) segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y (ii) Variante de Portachuelo. Dicho valor fue el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades de obra resultantes de los diseños definitivos aprobados, y de los precios convenidos al efecto para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración de la obra es la que aparece en Anexo que se adjuntó al documento denominado 'Acta de reinicio de obras' de fecha 29 de Diciembre de 2005; bajo el entendido que, en todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es el inicialmente presupuestado y aprobado según el 'ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE', suscrita el 2 de septiembre de 1996, pero que el valor final de las referidas obras será el que finalmente certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la construcción de las mismas, en consonancia con las estipulaciones del Contrato 0664-94 y que, además, los capítulos de inversión denominados 'Acometidas y conducciones de Servicios Públicos' y 'Obras Ambientales', constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor por concepto distinto al de 'mayores cantidades de obra', en el evento de que con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo se detecten situaciones imprevistas que determinen la necesidad de acometer obras no contempladas en el presupuesto original, vertido en el Anexo. Lo anterior, siempre y cuando medie la previa y expresa aprobación y certificación de la **INTERVENTORIA.**

"13. Una vez iniciadas las obras, **EL INCO,** mediante Oficio SGC - 008494 de agosto 1 de 2006, informó a **EL CONCESIONARIO** que era decisión del Gobierno Nacional y del Ministerio de Transporte, modificar el diseño de las obras atrás identificadas en el sentido de que los tramos de carretera Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y Variante Portachuelo debían ser rediseñados en el sentido de que los mismos contemplaran un separador entre las calzadas de seis (6) [metros] de ancho.[367]

[366] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000039 a 000044

[367] La comunicación SGC-008494 calendada el 1 de agosto de 2006, suscrita por el Subgerente de Gestión Contractual del INCO y dirigida al representante legal de la Unión Temporal Devinorte, le expresa "…que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ha adoptado la decisión de que el tramo de carretera que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (retén) y la Variante de Portachuelo se construyan (sic) de manera que queden dotadas con un separador, entre calzadas, de seis (6) metros de ancho. // Como consecuencia de lo anterior el diseño definitivo aprobado por el INVIAS para los mencionados tramos de carretera no debe ser tenido en cuenta. // Por consiguiente les solicitamos que procedan a elaborar los nuevos estudios, diseños y presupuesto de las

"14. Como consecuencia de lo anterior y a solicitud de **EL CONCESIONARIO** se hace necesario que éste elabore los nuevos estudios, diseño y presupuesto de las obras resultantes de la orden impartida por **EL INCO,** para lo cual se le concedió un plazo de dos (2) meses. Lo anterior bajo el entendido de que la responsabilidad por los diseños y por la ejecución de las obras corresponde exclusivamente a **EL CONCESIONARIO.**

"15. Que como corolario de la modificación del diseño definitivo que había sido aprobado por el **INVIAS, EL CONCESIONARIO** presentó a consideración de **EL INCO** y de la **INTERVENTORIA** mediante comunicación DVNB - 1.936, de Agosto 03 de 2006, el valor total estimado que supondría la ejecución de las obras de los tramos Cajicá (Capellanía) - Zipaquirá (retén) y Variante Portachuelo, siguiendo el nuevo diseño. El valor estimado que supondría la ejecución de las obras Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y variante Portachuelo, siguiendo el nuevo diseño. El valor estimado es de $16,944,353,016 a precios de mayo de 1994. Dicho valor ha sido el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades estimadas resultantes de la nueva geometría de las vías y de los precios sugeridos para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración total estimada de la obra es la que aparece el anexo que se adjunta al presente escrito para que forme parte integral de él. En todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es global fijo, sin lugar a ningún tipo de ajuste ni de reconocimientos posteriores ni anteriores por concepto de mayores cantidades o de ítems no previstos, con la excepción que seguidamente se consagra y que además se protocoliza en la cláusula segunda del presente adicional. Aclaran los suscribientes que los capítulos de inversión denominados 'Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos' y 'Obras Ambientales', constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor o menor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la expresa y previa aprobación y certificación de la **INTERVENTORIA.**

"16. Las partes acordaran que el precio total fijo de la segunda calzada del Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, será el que resulte de aplicar la metodología señalada en la consideración precedente al diseño definitivo que resulte aprobado por **EL INCO** y por la **INTERVENTORIA** del contrato, una vez haya sido presentado por el **CONCESIONARIO** en el plazo fijado."

Con base en los anteriores antecedentes y consideraciones, las partes acordaron

1. El Concesionario se comprometió para con el INCO a ejecutar las obras de construcción de la doble calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo de acuerdo con los estudios y especificaciones y demás documentos relacionados en el contrato original y siguiendo el nuevo diseño que resulte aprobado (Cláusula Primera).

2. El Concesionario dispondría de un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la fecha de este adicional, para presentar a la consideración y aprobación del INCO y de la Interventoría los nuevos estudios, diseño y presupuesto de las obras señaladas en la cláusula anterior (Cláusula Segunda). El Concesionario se comprometió a entregar los siguientes documentos: diseño geométrico, pavimentos, geotecnia, presupuesto, especificaciones de construcción generales, particulares, cronograma de inversión, tráfico, hidráulica e hidrología y geología, para aprobación del **INCO** y de la Interventoría (Cláusula Cuarta).

3. El valor estimado de las obras ascendió a la suma de $16.944.353.016 en pesos de mayo de 1994, valor que se estableció como lo señala la consideración 14 de este adicional, tomando como base las cantidades de obra estimadas por el Concesionario**.** Sin embargo, una vez éste presentara al **INCO** los nuevos estudios, diseño y presupuesto y éstos fueran aprobados por el **INCO** y por la Interventoría, las partes procederían a establecer el valor de las obras bajo el nuevo diseño que resulte aprobado. Así mismo se acordó que el valor establecido siguiendo la metodología acordada y definida sería adoptado mediante Acta suscrita por el **INCO,** la Interventoría y el Concesionario, la cual hará parte integral de este adicional. Este valor será global fijo, sin lugar a ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra.

---

mencionadas obras, a fin de que sean considerados y aprobados por el INCO y la INTERVENTORÍA del Contrato. // Consideramos razonable el plazo de dos (2) meses solicitado por ustedes para proceder a su elaboración, presentación y aprobación, tanto de los estudios y diseños como del presupuesto de obra. En estos diseños deberá estar incluida la cicloruta. // Así mismo, hemos impartido las instrucciones para que se proceda a elaborar el texto adicional al Contrato de Concesión, que incorpore estos acuerdos. // Aceptamos el sistema de precio máximo ofrecido; siguiendo los mismos lineamientos adoptados para el caso de la Variante de Cajicá." Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000391 a 000392 y Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000019 a 000020.

No obstante lo anterior, los capítulos de inversión denominados "Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos" y "Obras Ambientales" constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor o menor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría.

Entendieron las partes que dentro del valor de este adicional no está comprendido el reconocimiento por las actividades que tengan que ver con el traslado y/o relocalización de redes de servicios realizados en áreas diferentes al cajón de la vía. En el evento de ser requerido este tipo intervención por fuera del cajón de la vía, debe mediar previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría para que se pueda dar el reconocimiento de su valor al Concesionario.

4. Dado que la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo es una obra que hace parte del "alcance físico adicional" del Contrato de Concesión 664 de 1994 y, por lo mismo, se contempla como insumo de egreso en el "Modelo Financiero" del Contrato, las partes acordaron que efectuarán su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio de diseño de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo a que se alude en la consideración 13 y que finalmente resulte como consecuencia de lo señalado en la consideración 14 y en la Cláusula Segunda de este adicional.

5. Todas las cláusulas, estipulaciones y condiciones del contrato principal 664 de 1994 y sus modificaciones y adiciones no modificadas expresamente en el presente adicional continúan vigentes.

6. Para efectos de amparar los compromisos adquiridos en este Adicional, el Concesionario se obligó a ajustar y ampliar las garantías constituidas frente al Contrato inicial.

### 4.70. Acta de Liquidación / Variante Cajicá, Obras Ambientales y Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos, suscrita el 30 de agosto de 2006[368]

En esta Acta se hace además del resumen de la obra ejecutada por el Concesionario, su descripción (Variante Cajicá, Cicloruta La Caro – Cajicá, Jarillones Ambientales, Recuperación de la Cra 6 y calles 5, 5A, 6 y 6A, Redes de Servicios y Box Peatonal El Redil), se incorporan las observaciones de la Interventoría.

### 4.71. Acta de Acuerdo de Cantidades de obra y Presupuesto, incluyendo el separador central de seis (6) metros y otras modificaciones, conforme a la Adición al Contrato de Concesión del 22 de agosto de 2006), suscrita el 7 de diciembre de 2006[369]

En desarrollo de la Adición al Contrato de Concesión (Modificación Diseños de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo - Ancho separador a seis metros), suscrito el 22 de agosto de 2006 y teniendo en cuenta las consideraciones en ella expuestas, las partes acordaron lo siguiente:

1. Que el Concesionario presentaría a la Interventoría, 30 días después de firmada esta Acta, un cronograma detallado para el estudio, diseño y construcción de los intercambiadores a desnivel y los puentes peatonales del sector Capellanía – Zipaquirá.

2. Que el Concesionario presentaría a la Interventoría los siguientes documentos correspondientes a la construcción de la cicloruta: Cronograma de actividades y Presupuesto de obra; Planos geométricos, Estudio de Suelos y cantidades de Obra, el día 30 de enero de 2007.

[368] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000382 a 000389
[369] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000056 a 000060

3. Aprobar por las partes que intervinieron esta Acta -el INCO, la Interventoría y el Concesionario- el siguiente resumen de presupuesto y cantidades de obra para la Vía Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y Variante de Portachuelo:

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALORES DE 1994 |
|---|---|---|
| 1 | COSTOS DE OBRA BÁSICA (Incluida Rehabilitación) | $15,932,551,417 |
| 2 | REDES DE SERVICIOS | $1,050,670.378 |
| 3 | SAMUERODUCTO | $328,940,400 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $43,334,265 |
| 5 | PUENTES PEATONALES (3) Y (2) PARADEROS | $283,687,500 |
| 6 | CICLORUTA | $1.167.832.564 |
| | **VALOR TOTAL** | **$18,807,016,524** |

4. El valor del Ítem 1 (Costo de Obra Básica -Incluida Rehabilitación), será a Precio Global Fijo, siguiendo la metodología adoptada en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sin lugar a ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra.

5. No obstante lo anterior, los capítulos de inversión denominados "Redes de Servicios Públicos" y otras Obras, Salmueroducto, Puentes Peatonales y Paraderos y Cicloruta constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría.

6. Entendieron las partes que dentro del valor de este adicional no está comprendido el reconocimiento por las actividades que tengan que ver con el traslado y/o relocalización de redes de servicios realizados en áreas diferentes al cajón de la vía. En el evento de ser requerido este tipo intervención por fuera del cajón de la vía, deberá mediar previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría para que se pueda dar el reconocimiento de su valor al Concesionario.

7. Para efectos de amparar los compromisos adquiridos en esta Acta, el Concesionario se obligó a ajustar y ampliar las garantías constituidas frente al Contrato Principal.

### 4.72. Acta de Acuerdo (Reconocimiento por parte del INCO al Concesionario de los valores dejados de percibir por éste, como consecuencia de la aplicación de tarifas diferenciales, las disposiciones de la Ley 787 de 2002 y la Circular INCO No. SGC-003 del 12 de enero de 2006), suscrita el 7 de diciembre de 2006[370]

De conformidad con los antecedentes a los cuales se refieren las consideraciones de esta Acta, las partes acordaron que los valores a ser tenidos en cuenta para la determinación de las sumas reconocidas por el INCO al Concesionario, son las siguientes:

a) Valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de las tarifas diferenciales en peajes de Andes y Fusca, durante el período comprendido entre el 01 de enero de 2000 y el 30 de septiembre de 2006.
b) Más el valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de la Ley 787 de 2003 y la Resolución 17717 del 5 de noviembre de 2002.
c) Más valor dejado de recaudar por el aplazamiento del cobro de las tarifas hasta el 17 de enero de 2006, según Circular No. SGC-003 del 12 de enero de 2006.
d) Menos el valor recaudado por el mayor valor cobrado en las tarifas de peaje en los años 2000 a 2006 ($100 adicionales a la categoría I), 2005 (Incremento superior al IPC reportado por el DANE para todas las categorías vehiculares) y 2006 (incremento superior al IPC reportado por el DANE para la categoría vehicular I).

[370] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000046 a 000048

Las partes aclararon que para el cálculo de los intereses se dio aplicación a la metodología adoptada por el INCO, así:

a) Diariamente se establece el valor dejado de recaudar por las tarifas diferenciales, Ley 787 y atraso en la implementación de tarifas del 2006.
b) Diariamente se establece el valor compensado por INCO.
c) Se establece anualmente el valor de la deuda, como la diferencia de la suma anual de los valores obtenidos anteriormente.
d) Las sumas compensadas por INCO son destinadas a cubrir en su orden actualización de capital, intereses de mora, intereses corrientes y capitales, de las deudas vigentes más antiguas.
e) Los intereses corrientes se generan durante el primer año siguiente al establecimiento del saldo de la deuda, a la tasa de interés bancario corriente diaria.
f) Si el capital e intereses de la deuda no son compensados durante el primer año, se actualiza el capital aplicando diariamente y se generan intereses de mora del 0.031% diario (12% EA) sobre el capital actualizado.
g) Así sucesivamente con cada uno de los años, a partir del 01 de enero de 2000.

De acuerdo con lo anterior, las partes acordaron que el valor total adeudado por INCO al Concesionario desde el año 2003 y hasta el 30 de septiembre de 2006, -por concepto de capital, intereses corrientes acumulados, intereses de mora acumulados y actualización capital acumulada-, era de $3.950.781.419.

Esta acta fue suscrita por la Interventoría, con el fin de certificar que los valores correspondientes a los cuadros de liquidación contenidos en la misma, correspondía a las sumas que el INCO aceptó adeudar al Concesionario.

### 4.73. Otrosí No. 45 – Adición – Tarifas diferenciales establecidas por el INVIAS para automotores dedicados al servicio del transporte colectivo, suscrito el 7 de diciembre de 2006[371]

Como complemento de lo acordado en el Acta anterior y con fundamento en las consideraciones en él expuestas, mediante esta Adición al Contrato de Concesión suscrita también el 7 de diciembre de 2006, las partes acordaron que los mayores ingresos que se habían generado y se generaran como consecuencia de la aplicación de los incrementos adicionales citados en tales consideraciones se calcularán diariamente, mediante la fórmula de multiplicar el mayor valor unitario por categoría que aparece cuantificado bajo la columna "Diferencia" de la consideración 17, por el número de vehículos de los sitios de recaudo denominados Los Andes, Fusca y Teletón, aforado por el Concesionario y certificado por la Interventoría. Dicho mayor valor será contabilizado por las partes como un abono efectuado por el INCO a favor del Concesionario, con la metodología establecida por el INCO y descrita en el Acta de Acuerdo de la misma fecha, a las sumas que el INCO adeuda al Concesionario por concepto del menor valor recaudado por tarifas de peaje, como consecuencia del otorgamiento de las tarifas diferenciales o subsidiadas, exenciones de pago de la tasa de peaje y retardo en la entrada en vigencia de las tarifas entre el 7 y el 17 de enero de 2006. Así mismo, se acordó que anualmente, mediante el acta de aforo suscrita por el Concesionario y la Interventoría, se liquidará el saldo adeudado al Concesionario por los conceptos a que se hace referencia en esta Adición. Una vez compensado lo adeudado por el INCO al Concesionario, el saldo a favor del INCO resultante, se consignará en una cuenta especial del INCO en el fideicomiso del Contrato de Concesión, el cual junto con los rendimientos que genere se destinará a darle liquidez al mismo, sin perjuicio de que el INCO pueda redefinir su destinación.

[371] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000049 a 000055

## 4.74. Otrosí No. 46 - Adición – Construcción Puente Peatonal Centro Hospitalario Clínica de Teletón, suscrito el 21 de diciembre de 2006[372]

En esta Adición suscrita el 21 de diciembre de 2006, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "6. Dentro de los segmentos concesionados de las Rutas nacionales 45A y 55, por razón del Contrato 0664/94; se comprende el tramo de carretera que conecta la calle 236 con el sector de La Caro; tramo sobre cuya calzada occidental se encuentra localizado el Centro Hospitalario denominado 'Clínica Teletón'; centro de servicio que atiende a una población de usuarios dentro de los cuales cerca de 500 individuos atraviesan a pie las dos calzadas de la autopista, que en una importante proporción son personas discapacitadas y pertenecen, en una alta proporción a segmentos socioeconómicos de estrato bajo.
>
> "El mencionado Centro Hospitalario, en el último trienio ha tomado gran importancia en virtud de haber sido asumida su administración por la Universidad de la Sabana, a través de su Facultad de Medicina.
>
> "7. Que al elaborar el diseño definitivo de las obras comprendidas dentro del objeto del contrato, no se consideró la construcción de un puente que permitiera acceder peatonalmente al Centro Hospitalario, lo que determina que parte de la población discapacitada usuaria de los servicios de la clínica deba llegar al Centro Hospitalario atravesando a nivel las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, a la altura de la abscisa PR 5+700 de la Ruta 45A04; con evidente riesgo físico de quienes a ello se ven precisados.
>
> "8. Para la época en que se realizó el diseño definitivo del '*Proyecto Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá*', a diferencia de lo que hoy sucede, la 'Clínica Teletón' no atendía a un significativo número de usuarios y por consiguiente a la altura de la Clínica no se generaba un flujo importante de peatones que debiera cruzar la vía, por carecer muchos de ellos de vehículos particulares para acceder al Centro Hospitalario sin poner en riesgo su integridad física.
>
> "9. Que por virtud de lo antes expresado y con el fin de facilitar el acceso a los usuarios al Centro Hospitalario Clínica de Teletón en condiciones seguras; esto es, sin tener que atravesar la doble calzada de la Autopista del Norte, se hace necesario la construcción de un puente peatonal a la altura de la abscisa PR 5+700.
>
> "10. Que esta obra no hace parte del alcance básico del Contrato, pero constituye una obra complementaria por reunir las características que a éstas les señala el Parágrafo de la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA del contrato principal, en su numeral 1.
>
> "11. Que mediante comunicación N° DN-OP-0385 de Agosto 24 de 2006, el CONCESIONARIO presentó el presupuesto correspondiente, el cual ascendía a la suma de $409.964.450 precios de mayo de 1994.
>
> "12. Que la Interventoría mediante oficio 076-06-031 de Diciembre 19 de 2006 emitió concepto favorable tanto al diseño como a su presupuesto.
>
> "13. Que el Coordinador Modo Carretero efectuó el correspondiente estudio de conveniencia y oportunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, y en éste recomienda la suscripción de la presente adición al Contrato de Concesión No. 664 de 1994. El documento en cuestión hace parte integral del presente documento.
>
> "14. Que la cláusula trigésima sexta del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, permite el pago de obras complementarias a través del aumento del plazo de la etapa de operación.
>
> "15. El valor de construcción de este puente peatonal se contabilizará como una partida de egreso del modelo financiero del contrato de concesión."

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, las partes acordaron lo siguiente:

1. El Concesionario se obligó para con el INCO "a la realización de la construcción de un puente peatonal que atraviese la Autopista Norte, el cual se erigirá a la altura de la abscisa PR 5+700 de las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, y permitirá el acceso peatonal por parte de los usuarios del Centro Hospitalario llamado Clínica Teletón, de conformidad con las especificaciones técnicas

[372] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066

previstas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sus apéndices y anexos y los documentos agregados al presente Contrato."

2. El valor de dicha obra complementaria se estimó en $409.964.450, a precios de mayo de 1994, IVA incluido, discriminados así:

- Costo a Precio Global Fijo (Incluye A.I.U. 25%) – Sin ningún Tipo de Reajuste por Mayores Cantidades de Obra (Incluye Rampas de Acceso – Escaleras - Barandas Metálicas - Estructura Metálica - Cimentación con Barretes - Tablero con acero modular): $352.873.313, a precios de mayo de 1994, IVA incluido.

- Costos Aproximado de las Bahías - Paraderos y Andenes (Incluye A.I.U.: $57.091.137 a precios de mayo de 1994, IVA incluido.

  El costo final de las Bahías - Paraderos y Andenes, será el resultado de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas a los precios unitarios pactados en el Contrato, mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría.

  Los costos de la reubicación de las Redes de Servicio, se pagarán aparte de acuerdo con los precios unitarios pactados en el Contrato, mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría.

3. Este contrato adicional no afecta el presupuesto del INCO. Se contabilizará como una partida de egreso del modelo financiero del Contrato de Concesión de acuerdo con la cláusula trigésima sexta del mismo.

4. El valor de este adicional será cubierto al Concesionario mediante la ampliación de la etapa de operación de acuerdo con la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión de 1994. El valor final de la obra será el que certifique la Interventoría.

5. El plazo de ejecución del contrato adicional sería de seis meses contados a partir de la fecha de orden de iniciación de los trabajos, impartida por el Subgerente de Gestión Contractual del INCO, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del Contrato.

### 4.75. Otrosí No. 47 - Adición – Complemento y modificación al Acta del 7 de diciembre de 2006 en cuanto a los peajes (Tarifas Diferenciales), suscrito el 19 de febrero de 2007[373]

Con fundamento en las consideraciones en él expuestas, mediante esta Adición al Contrato de Concesión suscrita el 19 de febrero de 2007, las partes acordaron que los mayores ingresos que se habían generado y se generaran como consecuencia de la aplicación de los incrementos adicionales citados en tales consideraciones se calcularán diariamente, mediante la fórmula de multiplicar el mayor valor unitario por categoría que aparece cuantificado bajo la columna "*Diferencia*" de la consideración 19, por el número de vehículos de los sitios de recaudo denominados "Los Andes", "Fusca" y "Teletón", aforado por el Concesionario y certificado por la Interventoría. Dicho mayor valor será contabilizado por las partes como un abono efectuado por el INCO a favor del Concesionario, con la metodología establecida por el INCO y descritas en el acta de acuerdo anexa a esta Adición, a las sumas que el INCO adeuda y/o llegue a adeudar a éste por concepto del menor valor recaudado por tarifas de peaje, como consecuencia del otorgamiento de las tarifas diferenciales o subsidiadas y retardo en la entrada en vigencia de las tarifas entre el 7 y el 15 de Enero de 2007,

[373] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000067 a 000074

sin perjuicio de lo pactado en los términos del Adicional de diciembre 7 de 2006 respecto de obligaciones a cargo del INCO causadas con anterioridad al 7 de enero de 2007. El mismo sistema y procedimiento de compensación sería aplicado en lo futuro, cuando se presenten hechos generadores del rompimiento de la ecuación contractual de la misma índole de los que ocasionaron este Adicional y el suscrito el 7 de diciembre de 2006.

Así mismo, se acordó que anualmente, mediante el acta de aforo suscrita por el Concesionario y la Interventoría, se liquidará el saldo adeudado al Concesionario por los nuevos conceptos a que se hace referencia en esta Adición. Una vez compensado lo adeudado por el INCO al Concesionario, el saldo a favor del INCO resultante, se consignará en una cuenta especial del INCO en el fideicomiso del Contrato de Concesión, el cual junto con los rendimientos que genere se destinará a darle liquidez al mismo, sin perjuicio de que el INCO pueda redefinir su destinación.

### 4.76. Otrosí No. 48 - Adición al Contrato de Concesión (Prórroga en Plazo Gestión Predial – Sector Capellanía Zipaquirá y V.P.), suscrito el 14 de junio de 2007[374]

Por las razones expuestas en las consideraciones de esta Adición del 14 de junio de 2006, las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Primera del Contrato Adicional del 13 de junio de 2006, por el término de 12 meses, esto es, hasta el 15 de junio de 2008, para la ejecución de las actividades de gestión predial, estudio de títulos, elaboración de avalúos, enajenación voluntaria, o actividades de expropiación cuando aplique, para los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y la Variante de Portachuelo.

### 4.77. Otrosí No. 49 – Adición - Prórroga en el Plazo Gestión Predial-, suscrito el 13 de junio de 2008[375]

Por las razones expuestas en las consideraciones de esta Adición del 13 de junio de 2006, las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Primera del Contrato Adicional del 14 de junio de 2007, por el término de 12 meses, esto es, hasta el 14 de junio de 2009.

### 4.78. Otrosí No. 50 -Adición - Prorroga en Plazo Construcción Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo, suscrito el 6 de febrero de 2009.[376]

Por las razones expuestas en las consideraciones de esta Adición suscrita el 6 de febrero de 2009, las partes acordaron prorrogar hasta el 13 de octubre de 2009 el plazo establecido en el Acta suscrita el 8 de junio de 2006 para la construcción de los tramos Capellanía - Zipaquirá y la Variante Portachuelo. Esta prórroga no afecta las condiciones económicas del contrato, ni constituye causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar por parte del Concesionario desequilibrio económico.

[374] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000075 a 000077
[375] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000078 a 000079
[376] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000080 a 000083

### 4.79. Otrosí No. 51 - Adición - Prórroga en el Plazo Gestión Predial, suscrito el 13 de junio de 2009[377]

Por las razones expuestas en las consideraciones de esta Adición suscrita el 13 de junio de 2009, las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en la Cláusula primera del Contrato Adicional del 13 de junio de 2008, por el término de 12 meses más, es decir, hasta el 14 de junio de 2010.

### 4.80. Otrosí No 52 - Adicional - Prórroga en el plazo construcción Capellanía - Zipaquirá y Variante de Portachuelo -, suscrita el 13 de octubre de 2009[378]

Por las razones expuestas en las consideraciones de esta Adición suscrita el 13 de octubre de 2009, las partes acordaron prorrogar hasta el 14 de abril de 2010 el plazo establecido en el Acta suscrita el 8 de junio de 2006 para la construcción de los tramos Capellanía - Zipaquirá (excepto el Puente vehicular de Santana) y de la Variante de Portachuelo y, prorrogar la fecha de entrega del puente vehicular elevado Santana para cuando el avance en los diseños del Tren de Cercanías lo aconseje, lo cual será comunicado por el INCO al CONCESIONARIO o, a más tardar para diciembre 31 de 2013, lo que primero ocurra.

### 4.81. Otrosí Modificatorio No. 53 – Excluye como parte co-contratante al IFI-, suscrito el 30 de diciembre de 2009[379]

El INCO y el Concesionario proceden a modificar el Contrato de Concesión No.664-94 en el sentido de excluir como parte co–contratante del señalado Contrato al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, IFI, en liquidación y, autorizar desde ahora a los partícipes actuales de la U.T. DEVINORTE, para modificar el Contrato de Unión Temporal, en el sentido de formalizar la exclusión del IFI, como parte del mismo.

### 4.82. Acta de Terminación del plazo de Obra para la construcción de la doble calzada Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y de la Variante de Portachuelo, suscrita el 27 de julio de 2010[380]

En ella se hizo la actualización de valores del proyecto de acuerdo con la ampliación del separador central de seis (6) metros.

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALORES DE 1994 |
|---|---|---|
| 1 | COSTOS DE OBRA BÁSICA (Incluida Rehabilitación) | $15,932,551,417 |
| 2 | REDES DE SERVICIOS | $1,050,670.378 |
| 3 | SAMUERODUCTO | $328,940,400 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $43,334,265 |
| 5 | PUENTES PEATONALES (3) Y (2) PARADEROS | $283,687,500 |
| 6 | CICLORUTA | $1.167.832.564 |
| | **VALOR TOTAL** | **$18,807,016,524** |

En ella se destaca la Nota 1 conforme a la cual el valor del Ítem 1 (Costo de Obra Básica – Incluida Rehabilitación) es a Precio Global Fijo; siguiendo la metodología adoptada en el Contrato de

[377] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000084 a 000086
[378] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000087 a 000090
[379] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000091 a 000094
[380] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000001 a 000017.

Concesión 0664 de 1994, sin ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra. Así mismo se destaca la Nota 2, en la cual se señala que "los capítulos de inversión denominados 'Redes de servicio y otras obras: Salmueroducto, Puentes Peatonales y Paraderos y Ciclorruta constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor hacia arriba o hacia abajo, en el evento en que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y de la Variante de Portachuelo, se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la INTERVENTORÍA. Con base en lo anterior las cantidades ejecutadas y aprobadas por la INTERVENTORÍA y el INCO con corte al 30 de abril se expresan en el siguiente cuadro:

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALOR EJECUTADO Básico | Valor con ajuste |
|---|---|---|---|
| 2 | REDES DE SERVICIO | $ 2,675.393.536.75 | $ 10.863.932.504.16 |
| 3 | SAMUERODUCTO | $ 406.654.271.72 | $ 1.695.627.850.21 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $ 43.334.265.00 | $ 156.818.472.00 |
| 5 | PUENTES PEATONALES | $ 346.250.000.00 | $ 1.413.251.801.00 |
| 6 | CICLORUTA | $ 4.404.429.489.00 | $ 17.986.288.581.06 |
| | **TOTAL** | **$ 7.876.061.562.47** | **$ 32.115.919.208.43** |

Tales Notas 1 y 2 corresponden al Parágrafo Cuarto, numerales 5 y 6 del Acta de cantidades de obra y presupuesto, suscrita entre el INCO, el Concesionario y la Interventoría. En esta acta se explicó la causa del incremento en las cantidades de obra correspondientes a las redes de servicio y a la cioclorruta, pero el Concesionario dejó constancia que si bien estaba de acuerdo con las Notas 1 y 2, "los mayores valores de obra resultantes de la mejora y la modificación sustancial de los diseños del Tramo K16 + 500 al K17 +000, zona de Iardenia (El Barril), y la modificación del Puente Vehicular de Portachuelo por exigencia, entre otras razones, de las normas sismo resistentes actuales, no son el resultado de un simple incremento en las cantidades de obra requeridas para ejecutar tales ítems, sino la consecuencia directa de la modificación de los diseños introducidos al trazado y geometría de la vía y a la estructura (Puente Vehicular) atrás identificadas; por lo que dicho mayor valor debe ser reconocido y pagado por el INCO, en aplicación de los mismos razonamientos de derecho que se tuvieron en cuenta para modificar el valor del Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá y de la Variante de Portachuelo en su alcance básico, los cuales se contienen en el documento anexo." A su vez, la Interventoría dejó constancia de sus comentarios y, con base en los antecedentes expuestos y, a su juicio, "dada la falta de soportes técnicos, balance de obras y claridad en las cantidades y precios unitarios", se abstuvo de emitir concepto respecto al requerimiento del mayor valor citado por el Concesionario, según su denominación "POR MODIFICACIÓN DEL DISEÑO".

### 4.83. Acta de iniciación de obra Puente Vehicular Santana (Alcance Básico), suscrita el 16 de enero de 2013[381]

Teniendo en cuenta que: 1) Mediante otrosí del 13 de octubre de 2009 las partes acordaron de prorrogar la fecha de entrega del puente vehicular elevado Santana para cuando el avance en los diseños del Tren de Cercanías lo aconsejara, lo cual sería comunicado por el INCO al Concesionario o, a más tardar para diciembre 31 de 2013, lo que primero ocurriera; 2) Recibida el 25 de octubre de 2012 la comunicación de la ANI radicado de salida No. 2012-305-013588-1 en la cual se informó que a esa fecha no se tenían avances significativos en cuanto al diseño del tren de cercanías, por lo cual solicitó programar el inicio de las obras de construcción de la mencionada estructura con el fin de que se pudiera dar cumplimiento a los plazos pactados en el citado otrosí para lo cual se pidió

[381] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000551 a 000554 y Folios 000587 a 000590

hacer entrega de los respectivos diseños a la interventoría; 3) La comunicación anterior fue atendida mediante la DVNB.2374-12 del 05 de diciembre de 2012 con la cual se entregaron los diseños, planos y presupuesto; 4) A solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la Gobernación de Cundinamarca definió las especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal necesarias para el Metro Ligero Regional, motivo por el cual se debió proceder con un nuevo diseño y presupuesto en reemplazo de los ya aprobados; 5) El Consorcio ICITY mediante comunicación ICITY-0022-13 del 06 de febrero de 2013 envió copia de las cartas de la Gobernación de Cundinamarca, determinó las nuevas especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal y solicitó proceder con la elaboración de los diseños correspondientes y definir el nuevo presupuesto, mediante esta Acta, la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día diez y seis (16) de enero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al Puente vehicular Santana, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

### 4.84. Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción ampliación del viaducto existente en La Caro, perteneciente al Alcance Básico, suscrita el 11 de febrero de 2013[382]

Teniendo en cuenta que la Interventoría encontró que contractualmente se debía proceder con la construcción de la ampliación a tres carriles del antiguo Viaducto La Caro (comunicación ICITY-0090-12 del 5 de octubre de 2012), obra que es parte del Alcance Básico del Contrato, ampliación que debe hacerse cumpliendo con las normas sismo resistentes vigentes, y así lo aprobó la ANI, se consideró necesario proceder a ejecutar los Estudios y Diseños necesarios para el reforzamiento estructural y construcción ampliación, así como el presupuesto respectivo. En tal virtud, la Interventoría y el Concesionario procedieron a la firma de esta Acta en la cual acordaron como fecha de inicio el día 11 de febrero de 2013 para los estudios y diseños correspondientes al viaducto antiguo de La Caro, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

### 4.85. Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Puente Vehicular Zhue, obra complementaria del Contrato de Concesión, suscrita el 11 de febrero de 2013[383]

Teniendo en cuenta que: 1) Mediante Otrosí del 15 de junio de 2005 las partes acordaron adicionar el Alcance del Contrato de Concesión en el sentido de incluir dentro del mismo la construcción del puente elevado en el sector de Jardines Zhue, bajo el diseño, las especificaciones y el presupuesto definitivos que posteriormente convinieran las partes, previo aval por parte de la Interventoría para que, una vez definidos, los documentos, los planos y las memorias técnicas que los contuvieran pasaran automáticamente a formar parte del citado Otrosí. 2) Mediante el Otrosí del 7 de julio de 2006, las partes acordaron posponer la ejecución de esta obra, hasta que el 23 de octubre de 2012, solicitó programar el inicio de la misma; 3) La Gobernación de Cundinamarca definió las especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal necesarias para el Metro Ligero Regional, motivo por el cual se debía proceder con un nuevo diseño y presupuesto en reemplazo de los ya aprobados; y, 4) El Consorcio ICITY, el 6 de febrero de 2013 determinó las nuevas especificaciones

[382] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000523 a 000526
[383] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000535 a 000538 y Folios 000599 a 000602

y solicitó proceder con la elaboración de los diseños correspondientes y definir el nuevo presupuesto, mediante esta Acta, la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día once (11) de febrero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al Puente Vehicular Zhue, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

### 4.86. Acta de Inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Tramo La Caro - Centro Chía previsto como parte del Alcance Básico, suscrita el 11 de febrero de 2013[384]

Teniendo en cuenta que: 1) El 5 de marzo de 2013 se firmó el Acta de inicio de la construcción del tramo La Caro – Centro Chía entre el Interventor CONSORCIO TÉCNICO INTERVENTORÍA y DEVINORTE, en cuya Cláusula Primera se especificó que el tramo era de 270 m aproximadamente, entre el PR 5+450 (k 0+077.23) hasta el PR 5+720 (k 0+390) de la ruta 45-A-04 y que en el cronograma presentado con el acta, el inicio de las obras a partir del K 0+390 estaba condicionado, entre otras cosas, a la aprobación de algunos diseños y presupuestos; 2) En mayo de 2012 asumió las labores de Interventoría el CONSORCIO ICITY con el cual se realizó el estudio de los diseños pendientes, llegando a la conclusión que era preferible construir este tramo de vía con talud, sin muro de contención ni protección de la tubería y que esa modificación implicaría la compra de un predio adicional a la Universidad de La Sabana razón por la cual la ANI y la Interventoría sostuvieron reuniones con ellos de las cuales surgieron diferentes alternativas y solicitudes; 3) Con comunicación ICITY-0138-12 del 05 de diciembre de 2012 la Interventoría informó a la ANI su concepto con respecto a la solicitud de la Universidad de la Sabana sobre el traslado del box peatonal y puso a su consideración las alternativas que consideran viables; 4) Mediante Comunicación de la ANI radicado de salida No. 2012-305-016034-1 del 12 de diciembre de 2012, dirigida a la Interventoría se informó que teniendo en cuenta las alternativas propuestas y con el fin de atender la solicitud realizada por la Universidad de la Sabana, en el sentido de reubicar el box peatonal de acuerdo al nuevo plan maestro de la institución educativa, modificado como consecuencia de las temporadas invernales de los años 2010 y 2011, solicitó realizar una mesa de trabajo con el concesionario Unión Temporal Devinorte y revisar en conjunto las alternativas propuestas, con el fin de establecer la mejor opción; 5) En comunicación ICITY-0160-12 del 19 de diciembre de 2012 dirigida por la Interventoría a la ANI se informó de las distintas reuniones sostenidas y plantearon nueva alternativa y mediante la comunicación ICITY-0168-12 del 27 de diciembre de 2012 el CONSORCIO ICITY indicó la necesidad de programar una mesa de trabajo con esa Interventoría, para estudiar las diferentes propuestas o alternativas; y, 6) Realizada la mesa de trabajo el 16 de enero de 2013, distintas reuniones entre la Interventoría y el Concesionario, y analizadas las alternativas propuestas, el 05 de febrero de 2013 con comunicación ICITY-0020-13 la Interventoría solicita al Concesionario realizar los ajustes al diseño, mediante esta Acta, la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día once (11) de febrero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al tercer carril La Caro – Centro Chía, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

[384] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000546 a 000550 y Folios 000610 a 000614

### 4.87. Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Puente Peatonal Refisal en la Vía Capellanía – Zipaquirá previsto como parte del Alcance Básico, suscrita el 12 de marzo de 2013[385]

Teniendo en cuenta que: 1) Mediante Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se determinó aplazar la construcción de la segunda calzada del tramo Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras; 2) La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras a las que se refiere el literal anterior se iniciarían cuando el INVIAS entregara al Concesionario la totalidad de los predios requeridos por tramos; 3) La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispuso entregar al concesionario la suma de $18.000.000.000 como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, lo cual permitió que el Concesionario iniciara la construcción el día 8 de junio de 2006 como se desprende del acta de inicio de esa misma fecha; 4) Una vez iniciadas las obras, mediante el Oficio SGC-008494 del 1 de agosto de 2006, le informó al Concesionario que era su decisión modificar el diseño de las obras en el sentido que los tramos Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo contemplarían un separador de seis metros de ancho; 5) El 7 de diciembre de 2006, se suscribió entre el INCO, el Concesionario y la Interventoría, el acta de cantidades de obra y el presupuesto de la doble calzada Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, de acuerdo con los nuevos diseños solicitados por el INCO, contemplando un separador de seis metros de ancho, en la cual se estableció un tiempo de dos meses a partir del 7 de diciembre de 2006 para que el Concesionario presentara los cronogramas de las obras a ejecutar y atender las sugerencias formuladas a los rediseños presentados; 6) Mediante acta de terminación del plazo la segunda calzada del tramo Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo suscrita entre el Concesionario y la Interventoría el 27 de julio de 2010, se acordó que se iniciaría la construcción del Puente Peatonal de Refisal una vez CODENSA, subterranice sus redes de alta tensión en el sector del costado occidental; y, 7) En repetidas ocasiones el Concesionario y la ANI requirieron a CODENSA la subterranización de las redes, a pesar de lo cual esa empresa solo convino en suscribir un contrato con el Concesionario para que, a costa de dicha empresa, se acometieran las obras civiles necesarias para tal efecto, mediante el Acta suscrita el 12 de marzo de 2013, la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 1 de marzo de 2013 para los estudios y diseños correspondientes al puente peatonal Refisal en la vía Capellanía – Zipaquirá, de acuerdo con el cronograma que forma parte de esa acta. Igualmente se acordó que una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

### 4.88. Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción de los Puentes Peatonales El Misterio y Rincón Santo en la Variante de Cajicá, previstos como parte de Alcance Básico, suscrita el 15 de marzo de 2013[386]

Teniendo en cuenta que: 1) En la Cláusula Décima del Otrosí del 11 de mayo de 1998, se determinó suspender la construcción de la Variante de Cajicá hasta tanto se contara con los recursos suficientes para el pago de la totalidad de los predios requeridos; 2) De conformidad con lo establecido en el Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se determinó nuevamente aplazar la construcción de la Variante debido a que la ejecución de las obras se vio afectada por falta de disponibilidad de predios; 3) La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras de la Variante de Cajicá se iniciarían cuando el INVIAS entregara al Concesionario la totalidad de los predios requeridos para los tramos; 4) En

[385] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000539 a 000545 y Folios 000603 a 000609
[386] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000527 a 000534 y Folios 000591 a 000598

el artículo 3 de la Aclaración del 21 de diciembre de 2001, se determinó que con el giro de los $11.293.000.000 se consideró levantada la suspensión de la obra Variante de Cajicá, la cual sería iniciada por el Concesionario solo en aquellos tramos que contaran con Licencia Ambiental aprobada, con los permisos ambientales correspondientes, previa disponibilidad de los predios; 5) Mediante Otrosí del 6 de abril de 2004, el Concesionario se comprometió a dar inicio y ejecutar las obras de construcción de la Variante de Cajicá y en el Acta del 7 de junio de 2004 se dio inicio a las obras de construcción de la misma; 6) El 30 de agosto de 2006 se suscribió el Acta de Liquidación de las Obras de Construcción de la Variante de Cajicá quedando faltando por ejecutar los puentes peatonales El Misterio y Rincón Santo; y, 7) El 4 de abril de 2011 la ANI solicitó de la Interventoría explicar las razones por las cuales no se habían ejecutado dichas obras y el 6 de marzo de 2013 solicitó dar inicio a estas obras tal y como había sido requerido por la comunidad y la Alcaldía de Cajicá, mediante el Acta suscrita el 15 de marzo de 2013, la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 1 de marzo de 2013 para los estudios y diseños correspondientes a los puentes peatonales El Misterio y Rincón Santo en la Variante de Cajicá, de acuerdo con el cronograma que forma parte de esa acta. Igualmente se acordó que una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

### 4.89. Los mayores valores y obras adicionales ejecutadas, a juicio del Concesionario, durante el tiempo transcurrido entre diciembre de 2005 y la fecha de la instalación del Tribunal Arbitral[387]

Para la fecha de instalación del Tribunal y la misma de admisión de la demanda arbitral, el Concesionario presentó las siguientes cifras sobre los mayores valores y obras adicionales ejecutadas, a su juicio, durante el tiempo transcurrido entre diciembre del año 2005 y la fecha de la instalación del Tribunal Arbitral:

| | |
|---|---|
| Obras Ambientales Variante Cajicá | $ 33.282.000 |
| Box Peatonal El Redil | $ 31.723.000 |
| Cicloruta Capellanía – Zipaquirá | $ 3.665.866.000 |
| Redes de servicios | $ 1.761.361.000 |
| Salmueroducto | $ 77.714.000 |
| Puente Peatonal Familia | $ 86.563.000 |
| Puente Peatonal Teletón | $ 59.156.000 |
| Puente Peatonal Barrio Colombia | $ 29.493.000 |
| Retorno Peaje Andes | $ 46.218.000 |
| Mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) | $ 3.870.947.000 |
| Viaducto Portachuelo, sector lardenia y Realce Rasante Variante Portachuelo | $ 4.492.628.000 |

| | |
|---|---|
| **Valor Total a precios de mayo /94** | **$ 14.154.852.000** |
| **Valor Total al precio de hoy** | **$ 66.605.089.920** |

### 4.90. Otrosí No. 54 – Modifica el alcance del Contrato de Concesión adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada intersección T de Portachuelo en su Fase I, suscrito el 31 de octubre de 2013[388]

En este Otrosí suscrito el 31 de octubre 2013, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

[387] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000586
[388] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

"2**.** Que de conformidad con lo establecido en la cláusula primera del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, el alcance básico de la construcción incluye los siguientes trabajos:

a) Estudios, diseños definitivos y obras para la rehabilitación y ampliación a tres carriles de las calzadas existentes en los sectores Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro – Briceño de la Ruta 55 y Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro - Cajicá y Cajicá - Zipaquirá de la Ruta 45A.
b) Estudios, diseños definitivos y obras para la construcción de segunda calzada y pasos a desnivel en los sectores La Caro – Briceño de la Ruta 55 y La Caro (Teletón) – Cajicá y Variante de Cajicá de la ruta 45A.
c) Construcción del Parque del Puente El Común.
d) Construcción y mantenimiento de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato.
e) Ampliación del viaducto existente y construcción de uno nuevo en La Caro.
f) Ampliación del puente existente y la construcción de uno nuevo sobre el río Bogotá.
g) Construcción de intercambiadores o pasos a desnivel en Sindamanoy, Hatogrande, Los Clubes, Briceño, Centro Chía, y variante Cajicá, así como el paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana y de puentes peatonales.
h) El mantenimiento y la operación de todos los sectores de carretera y obra mencionados.

"3. Que de acuerdo con lo indicado en el parágrafo segundo de la cláusula primera del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, el alcance físico adicional en este contrato corresponde a:

a) Construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén).
b) Construcción de la variante de Portachuelo.

"4. Que el proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá se divide en dos sectores conformados por la ruta 55 y la ruta 45A, esta última se subdivide en 5 tramos de acuerdo con su nomenclatura así:

a) **RUTA 55 – SECTOR 1:** Corresponde con la ruta 55-01 comprendida entre el PR 2+000 sitio denominado el Buda en la carrera séptima, hasta el PR 21+000 en Briceño, incluyendo paso urbano.
b) **RUTA 45A – SECTOR 2:** Corresponde con la ruta 45A y los sub-tramos con las diferentes nomenclaturas a saber:
   - **Tramo 1** comprendido entre el PR 2+000 sitio denominado el buda en la autopista, pasando por centro Chía hasta JR en el PR 11+200;
   - **Tramo 2:** Comprendido entre el PR 0+000 ubicado al lado del puente intercambiador de entrada a Cajicá y el PR 6+200 sitio de empalme con la glorieta de capellanía y denominado variante de Cajicá;
   - **Tramo 3:** Comprendido entre el PR 16+200 glorieta de capellanía hasta el PR 26+000 sitio denominado T de Portachuelo (conocido también como T de Ubaté);
   - **Tramo 4:** Denominado acceso a Zipaquirá entre el PR 0+000 sitio denominado Puente de Portachuelo y el PR 3+257 sitio denominado Portal de Zipaquirá;
   - **Tramo 5:** Denominado variante Teletón entre el PR5+300 y el PR 7+200

"5. Que en el punto de conectividad entre las concesiones viales, 'Devinorte' y 'Zipaquirá – Palenque', de conformidad con los análisis técnicos efectuados resulta necesario construir, en el sitio denominado 'T de Portachuelo', un sistema de intersección que brinde continuidad en términos de eficiencia en el servicio al corredor de comercio exterior Bogotá – Cúcuta, lo que redundará en el fortalecimiento de la conexión entre el centro del país y la zona fronteriza con Venezuela, adicionalmente contribuirá a:

a) Velocidad de circulación vehicular constante.
b) Disminución de la Accidentalidad
c) Disminución de los tiempos de viaje.
d) Disminución de los costos de operación asociados al transporte terrestre

"6. Que en la medida que el proyecto de Concesión Vial 'Zipaquirá-Palenque' ya se encuentra finalizado, resulta pertinente, a efectos de garantizar la prestación del servicio en términos de continuidad y seguridad, adicionar el alcance físico del Proyecto en una longitud que permita adelantar las obras y gestiones necesarias relacionadas con la solución vial denominada 'Intersección T de Portachuelo'

"7. Que conforme a las modificaciones al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, suscritas el **02 de diciembre de 2006** y el **19 de febrero de 2007** se presentaron desbalances de la ecuación en contra del Concesionario. Al respecto, las consideraciones décima segunda de ambos documentos contractuales disponen: *'Que en desarrollo del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se ha presentado el rompimiento de la* ***ECUACIÓN***

***CONTRACTUAL**, por virtud de a) El establecimiento por parte del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS** de unas tarifas diferenciales o subsidiados en favor de los automotores dedicados al servicio de transporte colectivo que cubren las rutas que van de Bogotá hacia municipios situados al norte y viceversa; todo como resultó (sic) del Acta de Concertación de fecha 7 de Enero de 1999; b) El establecimiento por parte del **MINISTERIO DE TRANSPORTE** de una tarifa diferencial para los vehículos de la fuerza pública que transporte personal uniformado y para las ambulancias oficiales, mediante Resolución 017717 de 2002; disposición esta que fue ratificada y ampliada en cuanto a su alcance por el Congreso Nacional mediante la Ley 787 del 27 de diciembre de 2002, la cual exoneró del pago de las tarifas de peaje a las máquinas extintoras de incendios de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, Cuerpo de Bomberos Oficiales, ambulancias pertenecientes a la Cruz Roja, Defensa Civil, Hospitales Oficiales, Vehículos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vehículos oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, vehículos oficiales del DAS-Departamento Administrativo de Seguridad y de las demás instituciones que prestan funciones de Policía Judicial; c) Aplazamiento del aumento de tarifas del año 2006, mediante circular No. SGC-003 del 12 de Enero de 2006, que según las estipulaciones del Contrato de Concesión 0664 de 1994 debían empezar a regir a partir de 7 de Enero de las misma anualidad.'.*

"8. Que mediante modificación contractual del **19 de febrero de 2007**, el entonces INCO y la Unión Temporal Concesionaria acordaron en los términos de la cláusula segunda, para efectos de compensar al Concesionario, que los mayores ingresos generados por el aumento de la tarifa de peaje, '*…será contabilizado por las partes como un abono efectuado por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** y descritas en el acta de acuerdo anexa a este documento, a las sumas que aquel adeuda y/o llegue a adeudar a éste por concepto del menor valor recaudado por tarifas de peaje, como consecuencia del otorgamiento de las tarifas diferenciales o subsidiadas y retardo de la entrega en vigencia de las tarifas entre el 7 y el 15 de Enero de 2007 de que se habló en la (sic) consideraciones anteriores; sin perjuicio de lo pactado en términos de adicional del 7 de Diciembre de 2006 respecto de las obligaciones a cargo de **EL INCO** causadas con anterioridad al 7 de Enero de 2007.'*

"9. Que en la cláusula cuarta del modificatorio del **19 de febrero de 2007**, se especificó, que en caso de que los recursos provenientes del aumento de tarifas de peaje por encima del IPC fueran superiores al valor a compensar, tales recursos se deberían consignar en una cuenta especial dentro del Fideicomiso, respecto de la cual solo la entidad concedente podría disponer. En estos términos establece: *'Una vez compensando lo adecuado por **EL INCO** al **CONCESIONARIO,** el saldo a favor del INCO resultante, se consignará en una cuenta especial de **EL INCO** en el fideicomiso del Contrato de Concesión, el cual junto con los rendimientos que se genere se destinará a darle liquidez al mismo, sin perjuicio de que **EL INCO** pueda redefinir su destinación.'*

"10. Que de acuerdo con comunicación de la Fiduciaria Bancolombia del 15 de octubre de 2013, los recursos que actualmente se encuentran en la denominada 'P.A. DEVINORTE EXCEDENTES ANI', producto de la aplicación de los acuerdos suscritos el **02 de diciembre de 2006** y el **19 de febrero de 2007**, ascienden a $8.581.652.804,45 con corte al 11 de octubre de 2013, incluidos rendimientos por $592.465.524, 26. Dichos rendimientos financieros no serán utilizados.

"11. Que la Concesión cuenta con recursos adicionales producto de la explotación del objeto concesionado los cuales son aptos para adicionar al Contrato de Concesión No. 664 de 1994, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado que mediante concepto 1050 del 12 de diciembre de 1997, con Ponencia del C. César Hoyos Salazar, estableció: '*…La adición de los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación o conservación de proyectos de infraestructura vial, llamados también de concesión de obras de infraestructura de transporte, no tiene límite cuando se utilizan ingresos adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para realización de obras adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para realización de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de conformidad con el artículo 33 de la ley 105 de 1993. Si se utilizan los recursos distintos a los mencionados ingresos, la adición de tales contratos tiene como límite el cincuenta por ciento (50) del valor del contrato original, de acuerdo con el artículo 40 de la ley 80 de 1993. La expresión 'dentro del mismo sistema vial' mencionada en el artículo 33 de la ley 105 de 1993 significa que las obras adicionales deben tener relación directa con éste, ya sean que constituyan una vía alterna a la proyectada, una prolongación o derivación de la misma en cualquiera de sus extremos, y por tanto **no necesariamente deben estar ubicadas dentro de los límites físicos del proyecto vial de la concesión inicial**…'*[389] *(Subrayado y negrillas fuera de texto).*

"12. Que en estos términos, al contar con ingresos adicionales o excedentes para utilizarlos en beneficio del interés general y de la eficiente prestación del servicio público, es viable contratar el estudio y diseño a fase III o ingeniería de detalle y la construcción, operación y el mantenimiento rutinario, incluyendo la gestión social, ambiental y predial de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la Ruta 45A04 PR 26+000, teniendo como fuente de recursos, los valores que se encuentran en el Patrimonio Autónomo del proyecto en la cuenta 'P.A. DEVINORTE EXCEDENTES ANI'.

"13. Que para la ejecución de las labores constructivas de operación y mantenimiento de la intersección en el sitio denominado 'T de Portachuelo', localizada en la ruta 45A04 PR 26+000, se cuenta con la Licencia Ambiental, otorgada mediante Resolución 1256 del 20 de diciembre de 2002, Expediente ANLA No 1536, en

[389] "1 Posición reiterada por este alta Corporación en concepto 2149 de 02 de agosto de 2013."

cuyo alcance se tiene: '*Tramo Portachuelo – Ferrocarril de Nemocón: Construcción de segunda calzada Briceño – Portachuelo, intersecciones Portachuelo, Té de Nemocón y ferrocarril de Nemocón'.*

"14. Que para efectos de la ejecución de la intersección T de Portachuelo se ha considerado iniciar con la Fase I relacionada con la construcción de una solución vial a nivel y en la segunda fase, que está siendo objeto de estructuración para ser ejecutada mediante una Asociación Público Privada – APP, se adelantará la construcción de un paso a desnivel.

"15. Que en el Comité de Contratación llevado a cabo el día 10 de octubre de 2013, se analizaron los Estudios de Conveniencia y Oportunidad y se dio viabilidad a la suscripción del presente Otrosí en los términos y condiciones aquí expuestas."

De conformidad con lo anterior, las partes acordaron:

1. Modificar el alcance del objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada Intersección T de Portachuelo en su Fase I, para el desarrollo de las siguientes actividades:

1.1. Estudios y diseños a nivel de detalle – Fase III, de una intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000.
1.2. Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04
1.3. Operación y el mantenimiento rutinario de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000,
1.4. Gestión social.
1.5. Gestión ambiental.
1.6. Gestión y adquisición predial.

La longitud del alcance físico a adicionar, se determinará una vez se cuente con los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la ANI. Sin perjuicio de lo antes enunciado, la adición del alcance físico y el desarrollo de las actividades enunciadas en los numerales 1.2 a 1.6, se efectuará una vez se cumplan los términos que habla la condición de la cláusula cuarta de este Otrosí (Cláusula Primera. Objeto).

2. El plazo para la ejecución de las obligaciones emanadas de este Otrosí se pactó en ocho (8) meses, según el siguiente cronograma.

| OBLIGACIÓN | MESES |
|---|---|
| Estudios y diseños a nivel de detalle – Fase III, de una intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000 | 3 |
| Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo localizada en la ruta 45A04 PR26+000, incluyendo la gestión social, ambiental y predial. | 5 |
| Operación y el mantenimiento rutinario de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo localizada en la ruta 45A04 PR26+000 | Desde la entrega y recibo de la obra y hasta cumplir el plazo total de la Concesión. |

"En caso de que producto de los Estudios y Diseños a nivel de detalle - Fase III, se genere la necesidad de efectuar intervenciones sobre las redes de servicios públicos existentes, el plazo para la construcción se ampliará en un (01) mes." El mayor plazo requerido para la ejecución de las obligaciones emanadas de este Otrosí, "correrá por cuenta y riesgo del Concesionario por lo que no efectuará reclamación alguna por mayor permanencia." Así mismo, se acordó que "El concesionario deberá cumplir con el plazo anteriormente pactado para la ejecución de las obligaciones, y no podrá aducir como causal para exonerarse del incumplimiento, la falta de disponibilidad de los predios requeridos o cualquier otra causa, salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito al tenor de lo dispuesto en la Ley 95 de 1890" (Cláusula Segunda. Plazo).

3. Las partes acordaron que el valor de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, relacionados con la construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, correspondería a la suma de $**179.574.000** de octubre de 2013. A su vez, se acordó que el valor relacionado con la Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los precios y las cantidades de obra que se determinen a partir de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura. Los precios para las obras que se adelanten corresponderán a los precios INVIAS vigentes para el año 2013, Territorial Cundinamarca." Igualmente, se acordó que el valor mensual relacionado con la Operación y Mantenimiento Rutinario "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la ANI, calculándolo hasta **el 30 de noviembre de 2016, fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial Devinorte.**" "Sin embargo, señalaron las partes que, **toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar LAS PARTES, en caso de un acuerdo conciliatorio**. // Este valor se aplicará proporcionalmente en caso que se determinen periodos inferiores a un mes. // Si la decisión del Tribunal de Arbitramento o el arreglo entre **LAS PARTES** determinan acortar el plazo total de la Concesión; el valor establecido para la Operación y Mantenimiento Rutinario se disminuirá en la proporción correspondiente teniendo como base, el valor mensual pactado en este mismo parágrafo." (Cláusula Tercera. Valor. Parágrafos Primero y Segundo). En relación con la Gestión Predial que adelantara el concesionario y de conformidad con lo establecido en este Otrosí, se acordó el pago allí pactado y en la forma en él establecida, mientras que el valor de la gestión social y ambiental sería establecido a precio global fijo, al que se llegaría mediante el análisis de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura (Cláusula Tercera, Parágrafos Tercero y Cuarto) (Resalta y subraya el Tribunal).

Como se puede observar de la parte que se subraya y resalta el Tribunal, con este apartado del Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí modificatorio del 31 de octubre de 2013, que está contenida en los Acuerdos a los que arribaron las partes, ellas definieron de manera precisa la fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial DEVINORTE, con lo cual modificaron el primer apartado del Acuerdo Séptimo contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, al tenor de la cual las partes habían determinado que luego de correr el modelo financiero con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato 0664 de 1994 se extendería hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten. Ahora, por virtud de lo acordado en el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 54 suscrito el 31 de octubre de 2013, las partes definieron como fecha cierta de terminación de la Concesión el 30 de noviembre de 2016 y con ello se eliminó la posibilidad que dicho término resulte mayor o menor. Con todo, como las partes señalaron a renglón seguido que "toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que **el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal**, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar LAS PARTES, en caso de un acuerdo conciliatorio", ello conlleva, entonces, que el plazo de la concesión se puede ampliar sólo si prosperan las pretensiones del Concesionario en este Tribunal Arbitral, pero en ningún caso, ahora, se puede recortar. Se trata de un acuerdo contractual al que llegaron las partes, que no solo debe acatado por ellas, sino que debe ser respetado por este Tribunal al adoptar las decisiones para las cuales se le ha atribuido competencia.

Aquí se acordó igualmente que "Sin perjuicio de lo pactado en la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión No. 664 de 1994, el precio global fijo de las actividades contratadas a través del presente documento, incluye todas la labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezca o no de manera expresa en el presente Otrosí 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, la Gestión Ambiental y de Gestión Social, la Gestión y adquisición Predial, el traslado, protección e instalación de redes de servicio públicos, las obras de tráfico y señalización, las Obras de Mantenimiento Rutinario, la Operación y los sobrecostos socio ambientales en el sector de la Intersección T de Portachuelo. Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa Preoperatoria, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento Rutinario, los gastos financieros y administrativos, directos e indirectos, y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado (Cláusula Tercera, Parágrafo Quinto).

4. Las partes acordaron como condición suspensiva que "Una vez se cuente con los Estudios y Diseños a nivel de detalle – fase III, revisados por la Interventoría y la ANI, se suscribirá Acta de Inicio de Construcción que hace efectiva la adición del alcance físico al proyecto 'Devinorte' y brinda inicio a la ejecución de obras, gestión social, gestión ambiental y gestión y adquisición predial, siempre y cuando, la Agencia a través de la Fiducia certifique que, para ese momento, se encuentran disponibles en la Subcuenta 'P.A. DEVINORTE EXCEDENTES ANI' los recursos requeridos para cubrir el monto de las actividades a ejecutar. // En el evento en que no se cumpla la condición señalada en esta cláusula, se dará por terminada la relación contractual referida al contenido del presente Otrosí y la entidad no estará obligada a contratar la ejecución de la obra con el Concesionario actual. // En todo caso, la Entidad deberá pagar al Concesionario el valor correspondiente a los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, siempre y cuando hayan sido revisados por la Interventoría y la ANI." (Cláusula Cuarta).

5. El valor de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000 "se pagará, bajo la modalidad de precio global fijo, al Concesionario una vez los mismo sean revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura, y se hayan atendido las observaciones planteadas respecto de los mismos. // El valor de la Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo localizada en la ruta 45A04 PR26+000, se pagará bajo la modalidad de precio global fijo al Concesionario una vez se suscriba la correspondiente Acta de Terminación de Obra entre la Unión Temporal Devinorte, la Interventoría del proyecto y la ANI. // La Gestión Predial (elaboración de insumos prediales y enajenación o expropiación judicial) adelantada por el concesionario, será pagada una vez la totalidad de los predios requeridos para la Construcción se encuentren bajo la titularidad de la Agencia Nacional de Infraestructura y hayan sido adquiridos de acuerdo con las obligaciones establecidas en este Otrosí y en el Apéndice Predial, que hacen parte del mismo. // La Gestión Social y Ambiental serán pagadas una vez se cuenten con los soportes documentales de su realización y tanto la Interventoría como la ANI den su no objeción para proceder de conformidad. // La Operación y Mantenimiento Rutinario se pagará año vencido, contando para estos efectos como inicio del año el día de la suscripción del Acta de Terminación de Obra suscrita entre la Unión Temporal Devinorte, la Interventoría del proyecto y la ANI. Para el período final, el pago se efectuará en proporción a lo ejecutado. // Para efectos de los pagos antes enunciados, la Agencia, previo visto bueno de la Interventoría del Proyecto, dará la instrucción correspondiente a la Fiduciaria para el traslado de los recursos de la subcuenta 'P.A. DEVINORTE EXCEDENTES ANI' a la Cuenta principal denominada 'P.A. DEVINORTE RECAUDO PEAJES', por lo que el Concesionario no podrá disponer de los recursos destinados para el pago sin la instrucción de la ANI. (Cláusula Quinta. Forma de pago).

6. En cuanto se refiere a las obligaciones mínimas generales que aplican para efectos de la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, contratados mediante este Otrosí, las

especificaciones y normas técnicas que debe observar el Concesionario y el entregable definitivo, las partes acordaron ajustarse al contenido del Anexo No.1 del citado Otrosí, denominado **"ANEXO TÉCNICO AL OTROSÍ MODIFICATORIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664 DE 1994 - PROYECTO DE CONCESIÓN DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ".**

7. En cuanto se refiere a la Gestión Ambiental, las partes acordaron que el Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, deberá adelantar todas las gestiones ambientales respectivas, incluyendo los monitoreos de agua, aire y ruido, la actualización de las fichas correspondientes y la elaboración de los informes de cumplimiento ambiental ICA, en caso de requerirse. Los sobrecostos relacionados con la Implementación del Plan de Manejo Ambiental para el sector de la Intersección T de Portachuelo, correrán por cuenta y riesgo del Concesionario (Cláusula Séptima).

8. En cuanto se refiere a la Gestión Social, las partes acordaron que el Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, debe cumplir con los siguientes hitos: a) Socialización del proyecto a las comunidades del área de influencia directa e indirecta; b) En la adquisición de predios se debe evaluar si hay aplicación de factores de apoyo socio económicos a los propietarios de acuerdo a la Resolución ANI No. 545 del 2008; y, c) En temas relacionados con posibles invasiones del derecho de vía, será responsabilidad del concesionario minimizar la ocurrencia de tales eventos a través de las actividades de vigilancia y protección del corredor. En el caso eventual de que se requiera algún tipo de restitución de derecho, el concesionario deberá adelantar todas las acciones correspondientes a efectos de contar con el apoyo de las autoridades locales. Los sobrecostos que con ocasión de la ejecución de la gestión social se generen, correrán por cuenta y riesgo del Concesionario (Cláusula Octava).

9. En cuanto se refiere a la Gestión Predial, de manera general y sin perjuicio de las demás obligaciones a cargo del Concesionario y en materia Predial que se detallan en este Otrosí, las partes acordaron ajustarse al contenido del Anexo No. 2 al citado Otrosí, denominado **"APÉNDICE PREDIAL AL OTROSÍ MODIFICATORIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664 DE 1994 – PROYECTO DE CONCESIÓN DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ"** (Cláusula Novena).

10. Teniendo en cuenta que mediante este Otrosí se contrató inicialmente y de manera cierta la elaboración de Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III- para la solución vial denominada "Intersección T de Portachuelo", se exigió al Concesionario constituir las garantías en el porcentaje que allí se indicó (Cláusula Décima).

11. En materia de riesgos, se acordó que esta modificación se rige por los lineamientos básicos de los CONPES 3107, 3133 de 2001 y 3714 de 2011, en el marco de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus decretos reglamentarios. Los riesgos estarán de acuerdo con las responsabilidades y funciones estipuladas en el mismo Otrosí, así como en los documentos que lo soportan. En general, el Concesionario es el responsable de los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes administrativos, financieros, cambiarios, fiscales, tributarios, legales y técnicos de las obligaciones contractuales relacionadas, salvo aquellos que específicamente se enuncien en dicho Otrosí. Igualmente y teniendo en cuenta las obligaciones estipuladas a cargo del concesionario, se determinó que éste asumirá los riesgos de diseño y construcción, geotécnicos, geológicos, los de gestión ambiental y social, la gestión y adquisición predial, las gestiones y costos para el traslado, protección e instalación de redes de servicios públicos, de operación, de mantenimiento rutinario que no hayan sido contemplados dentro de los costos totales por obligaciones aprobadas en los estudios de fase III, así como del mantenimiento periódico (en el caso de que aplique su realización en función de la duración del contrato de concesión), de los sobrecostos prediales y socio ambientales en el sector de la Intersección T de Portachuelo y de todos los demás que se desprenden de las obligaciones de la Unión Temporal Devinorte.

En cuanto al riesgo de construcción de la ejecución de este Otrosí, específicamente en el riesgo de traslado de redes, se acordó que el Concesionario deberá realizar todos los trámites necesarios ante el propietario, administrador y/u operador del servicio y adelantará ante ellos las solicitudes de traslado pertinentes. En todo caso, la ANI no se hará responsable de los sobrecostos por este concepto, siendo a cargo del Concesionario.

Aquí se precisó que la información sobre la tipificación y asignación de los riesgos asociados a la ejecución del contrato objeto de este otrosí, se resume en la matriz de riesgos desarrollada para esta obra adicional, documento anexo a los estudios previos y a este Otrosí y que, el esquema de riesgos asignado y tipificado para este adicional, solo cubre las obras y actividades contempladas en el mismo. El esquema de riesgos del Contrato 664 de 1994 y de sus documentos modificatorios suscritos con anterioridad, se mantienen sin modificación.

### 4.91. Otrosí No. 55 – Actividades de repotenciación y rehabilitación del puente peatonal BRICEÑO, suscrito el 7 de febrero de 2014. [390]

Teniendo en cuenta las consideraciones en este Otrosí relacionadas todas ellas con las órdenes contenidas en la Sentencia proferida el 22 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, al resolver en segunda instancia la acción popular contenida en el Expediente 11001-33-31-031-2009-00187-01, las partes acordaron contratar con la Unión Temporal Concesionaria del Proyecto de Concesión Vial "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá", la ejecución de las actividades de repotenciación y rehabilitación del puente peatonal "Briceño" allí descritas, localizado en el K19+600 aproximadamente, en la ruta COD INVIAS 55A01, incluyendo su mantenimiento rutinario hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, en cumplimiento de dicha providencia.

El plazo para la ejecución de las obligaciones relacionadas con la repotenciación y rehabilitación del puente peatonal "Briceño", emanadas de este Otrosí, se pactó en dos (2) meses. Las labores de mantenimiento rutinario se ejecutarán anualmente a partir de la culminación de las labores de repotenciación y rehabilitación del Puente Peatonal Briceño, a satisfacción de la Entidad, y hasta cumplir el plazo total de la Concesión. El mayor plazo que se pueda requerir para la ejecución de las obligaciones relacionadas con la repotenciación y rehabilitación del puente peatonal "Briceño" correría por cuenta y riesgo del Concesionario, por lo que no efectuará reclamación alguna por mayor permanencia.

Así mismo, las partes acordaron que el valor de las actividades de repotenciación y rehabilitación del puente peatonal Briceño, localizado en el K19+600 aproximadamente, en la ruta COD INVIAS 55A01, sería la suma global fija de $133.843.980 de 2013. A su vez, el valor anual relacionado con el Mantenimiento Rutinario ascendería a la suma de $8.232.000 de 2013, establecido a precio global fijo. Sin embargo, las partes acordaron que, "toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal, el costo del Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar **LAS PARTES,** en caso de un acuerdo conciliatorio. // Este valor se aplicará proporcionalmente en caso que se determinen períodos inferiores a un año. // Si la decisión del Tribunal de Arbitramento o el arreglo entre **LAS PARTES** determinan acortar el plazo total de la Concesión; el valor establecido para el Mantenimiento Rutinario se disminuirá en la proporción correspondiente teniendo como base, el valor anual pactado en este mismo parágrafo" y que "Sin perjuicio de lo pactado en la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión No. 664 de 1994, el precio global fijo de las actividades contratadas a través del presente documento, incluye todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa

[390] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

en el presente Otrosí 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 actividades de repotenciación y rehabilitación, la Gestión Socio-Ambiental, el Plan de Manejo de tráfico y señalización, las actividades de mantenimiento rutinario y los posibles sobrecostos socio ambientales. Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la ejecución de las actividades emanadas del presente Otrosí."

Para remunerar el Concesionario por la ejecución de las actividades de este Otrosí, se contó con recursos adicionales en el Patrimonio Autónomo del proyecto, Subcuenta "Teletón INCO 70%", los cuales al 31 de diciembre de 2013 ascendían a un valor de $5.853.577.291. El valor de la ejecución de las actividades de repotenciación y rehabilitación del puente peatonal Briceño, en cumplimiento del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" del 22 de noviembre de 2012, se pagaría bajo la modalidad de precio global fijo al Concesionario, una vez se suscriba la correspondiente Acta de Terminación de Obra entre la Unión Temporal Devinorte, la Interventoría del proyecto y la ANI. El Mantenimiento Rutinario se pagará año vencido, contando para estos efectos como inicio del año el día de la suscripción Acta de Terminación de Obra suscrita entre la Unión Temporal Devinorte, la Interventoría del proyecto y la ANI. Para el período final, el pago se efectuará en proporción a los ejecutado. Para efectos de los pagos antes enumerados, la Agencia, previo visto bueno de la Interventoría del Proyecto, dará la instrucción correspondiente a la Fiduciaria para el traslado de los recursos de la Subcuenta "Teletón INCO 70%" a la Cuenta principal denominada "P.A. DEVINORTE RECAUDO PEAJES", por lo que el Concesionario no podrá disponer de los recursos destinados para el pago sin la instrucción de la ANI.

### 4.92. Acta por medio de la cual se establecen los valores correspondientes a la obra contratada en el Otrosí del 31 de octubre de 2013 – intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la Ruta 45A04 PR26+000, suscrita el 9 de abril de 2014[391]

Con base en las consideraciones expuestas en esta Acta y previa la revisión de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, elaborados por el Concesionario para la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+600, así como los precios y las cantidades de obra, las partes acordaron los valores correspondientes pada dicha obra, así:

**1.** Valor correspondiente a la Construcción de la intersección en el sector denominado "T de Portachuelo", localizada en la ruta 45A04 PR26+600, asciende a $8.980.942.098 precio global fijo, incluye ramales, obras de drenaje, canalización del rio negro, adecuación y traslado, protección e instalación de redes de servicio público de redes de servicio público.

**2.** Valor de la gestión social para la Construcción de la intersección en el sector denominado "T de portachuelo", localizada en la ruta 45A04 PR26+600, es de $123.041.200 precio global fijo.

**3.** Valor de la gestión ambiental para la Construcción de la intersección en el sector denominado "T de Portachuelo", localizada en la ruta 45A04 PR26+600, es de $148.343.414 precio global fijo.

**4.** Valor mensual correspondiente a la Operación y Mantenimiento Rutinario de la intersección "T de Portachuelo", localizada en la ruta 45A04 PR26+600, calculado hasta la fecha de terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, es de $16.830.016 precio global fijo de febrero de 2014.

El pago de los valores así acordados se hará conforme a las reglas previstas en el Otrosí de 31 de octubre de 2013.

[391] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000355 a 000362

Con base en la valoración de la totalidad de los predios requeridos para la obra, las partes señalaron que acordarían en documento posterior el valor correspondiente al ítem de la Adquisición Predial, en los términos previstos en este documento y de acuerdo con las reglas del Otrosí del 31 de octubre de 2013.

### 4.93. Acta por medio de la cual se establecen los valores de la adquisición predial para la obra contratada en el Otrosí del 31 de octubre de 2013 – intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, suscrita el 20 de junio de 2014[392]

Con base en las consideraciones expuestas en esta Acta y previa la revisión de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, elaborados por el Concesionario para la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+600, así como los precios y áreas requeridas en temas prediales para el desarrollo del proyecto, las partes acordaron que el valor correspondiente a la adquisición predial de los predios 29 y 30 T de Portachuelo para la ejecución de las obras contratadas en el Otrosí del 31 de octubre de 2013 es de $614.942.692 y que el valor de la gestión predial sería incluido en la segunda acta de valores prediales que las partes acuerden, respecto a los predios de propiedad del Municipio de Zipaquirá.

### 4.94. Otrosí No. 56, Autorización de cesión de la participación de CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. a la UNIÓN TEMPORAL ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S. suscrito el 29 de julio de 2014[393]

Por las consideraciones en él expuestas, mediante este Otrosí suscrito el 29 de julio de 2014, la ANI autorizó la cesión de la participación que tenía la Sociedad Cano Jiménez Estudios S.A., dentro de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte de Bogotá DEVINORTE, a la Sociedad INTEGRA DE COLOMBIA S.A., a partir de la suscripción de este Otrosí en los términos en él establecidos y según el alcance del Contrato de Concesión 664 de 1994 y sus modificatorios. Dicha cesión fue autorizada en el estado de ejecución del Contrato 664 de 1994 en el que el mismo se encontraba, con todos los derechos y obligaciones que a éste correspondieran, incluyendo aquellos temas que las partes tuvieren pendientes por definir, relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contractuales y/o controversias de cualquier índole. La Sociedad Íntegra de Colombia S.A. aceptó la cesión que se autorizó a su favor y en tal virtud se obligó a asumir la posición contractual que hasta esta fecha correspondía al Cedente Cano Jiménez Estudios S.A., en la Unión Temporal y subrogó al Cedente aceptando el Contrato 664 de 1994 en su estado de ejecución, asumiendo todos los derechos y obligaciones que le correspondían y obligándose a continuar con su cabal ejecución hasta su terminación.

### 4.95. Otrosí No. 57, elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle - Fase III, para la construcción de las Variantes Sopó (Briceño – Pueblo Viejo – Las Manas) y Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 30 de abril de 2015[394]

Con base en las consideraciones expuestas en este Otrosí relacionadas con las Variantes Sopó (Briceño – Pueblo Viejo – Las Manas) y Cajicá (El Molino – Canelón), las partes acordaron contratar con el Concesionario la elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, para la construcción de las Variantes Sopó (Briceño-Pueblo Viejo-Las Manas) y Cajicá (El Molino-Canelón).

[392] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.
[393] Cuaderno Principal No. 5, Folios 130 a 137.
[394] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

El plazo para la ejecución de las obligaciones emanadas de este Otrosí se pactó en seis (6) meses, contado a partir de la suscripción del mismo. El concesionario se obligó a cumplir con el plazo así pactado para la ejecución de las obligaciones, y no podría aducir como causal para exonerarse, los tramites ante la autoridad ambiental, salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito.

El valor de los Estudios y Diseños a nivel de detalle –Fase III, para la construcción de las Variantes Sopo (Briceño-Pueblo Viejo-Las Manas) y Cajicá (El Molino-Canelón), se acordó en la suma de $1.642.373.842 de 2015, (incluido IVA). El precio global fijo de tales actividades incluyó todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Otrosí o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Concesionario, aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con la elaboración de los Estudios y Diseños. Este valor se pagará, bajo la modalidad de precio global fijo, en un solo pago al Concesionario una vez los mismos sean revisados y no objetados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura. Para tal efecto, la Agencia, previo visto bueno de la Interventoría del Proyecto, dará la instrucción correspondiente a la Fiduciaria para el traslado de los recursos de la Subcuenta "P.A. DEVINORTE EXCEDENTES ANI" a la Cuenta principal denominada "P.A. DEVINORTE RECAUDO PEAJES.".

En relación con las obligaciones mínimas generales que aplican para efectos de la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle –Fase III- contratados mediante este Otrosí, las especificaciones y normas técnicas que debe observar el Concesionario y el entregable definitivo, las partes acordaron ajustarse al contenido del Anexo No. 1 del citado Otrosí, denominado **"ANEXO TÉCNICO AL OTROSÍ MODIFICATORIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664 de 1994-PROYECTO DE CONCESIÓN DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ".** Los Estudios de Detalle a Fase III deben incluir los estudios socio-ambientales, de Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA y Estudios de Impacto Ambiental necesarios y tendientes a tramitar y obtener la respectiva Licencia Ambiental de cada proyecto. Así mismo, se acordó que el Concesionario deberá tramitar y obtener ante la Dirección de Consultas Previas del Ministerio del Interior, la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de cada proyecto; ante el ICANH la solicitud de reconocimiento, prospección y plan de manejo arqueológico; y, ante el INCODER, la certificación sobre presencia de territorios destinados a comunidades étnicas de manera colectiva. Igualmente, el Concesionario se obligó a dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto 2041 de 2014 que regula el trámite y obtención de Licencias Ambientales, a tramitar y obtener los demás permisos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales necesarios para cada proyecto y obtener, previo al inicio de los Estudios de detalle Fase III, el pronunciamiento de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, sobre la necesidad de presentar Diagnóstico de alternativas – DAA para los corredores de las VARIANTES SOPÓ (BRICEÑO-PUEBLO VIEJO - LAS MANAS) y CAJICÁ (MOLINOS - CANELÓN) y en caso de que la ANLA se pronuncie en el sentido de que requiere DAA, el Concesionario se obligó a presentar dicho Estudio por su cuenta y riesgo y a obtener viabilidad sobre la Alternativa del corredor para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental – EIA, el cual, de igual manera, deberá efectuar el Concesionario de acuerdo con los Términos de Referencia vigentes, sin perjuicio de las actividades que a su cuenta y riesgo estime puede ir desarrollando mientras se surte el trámite ante la ANLA.

Así mismo se acordó que el Concesionario deberá elaborar y radicar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, contemplando para el componente socioeconómico la información establecida en la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales y los términos de referencia que sean expedidos por la Autoridad Ambiental para tal efecto. Además, tendrá en cuenta las características contempladas en el Artículo 19 de Decreto 2041 de 2014. DEVINORTE deberá estimar los valores del Plan de compensaciones Socioeconómicas establecidas en la Resolución No. 545 de 2008, y con la entrega de los estudios a detalle deberá suministrar un inventario de los factores sociales que deben ser compensados y el valor estimado de acuerdo a los predios que se requiera.

Igualmente, se acordó que el Concesionario una vez identifique los predios en los estudios y diseños a fase III objeto de este Otrosí, deberá informar a los Municipios de Sopó y Cajicá, sobre la necesidad predial, a la vez que deberá entregar a la Agencia Nacional de Infraestructura, el inventario predial y el presupuesto de gestión y adquisición predial.

Teniendo en cuenta que mediante este Otrosí se contrató la elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle –Fase III- para las variantes Sopó (Briceño-Pueblo Viejo-Las Manas) y Cajicá (El Molino-Canelón), el Concesionario se obligó a constituir y allegar las garantías previstas y en las condiciones indicadas en dicho Otrosí.

### 4.96. Otrosí No. 58, para excluir la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle -Fase III- de la Variante Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 30 de octubre de 2015[395]

Teniendo en cuenta que el Concesionario solicitó de la ANI la ampliación del plazo para la ejecución de las actividades descritas en el Otrosí suscrito el 30 de abril de 2015 que además exigen contemplar una intersección a desnivel en el empalme con el proyecto "Perimetral Oriental de Bogotá" y la exclusión de la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III de la Variante Cajicá (El Molino – Canelón) allí mimo previstas por cuanto dijo haber encontrado obstáculos insalvables allí descritos que le imposibilitan acopiar la información técnica requerida, las cuales fueron aceptadas por la ANI, las partes acordaron modificar la Cláusula Primera del otrosí No. 57 suscrito el 30 de abril de 2015, excluyendo la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III- de la Variante Cajicá (El Molino-Canelón), de manera que sólo se contrató la elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III- de la Variante Sopó (Briceño - Pueblo Viejo-Las Manas. Así mismo, las partes acordaron que dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción de este otrosí, con el acompañamiento de la Interventoría del proyecto, suscribirían el documento correspondiente que ajustara el valor del Otrosí No. 57 del 30 de abril de 2015 en lo que refiere a la exclusión de la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle –fase III- de la Variante Cajicá (El Molino-Canelón). Así mismo, las Partes entendieron que la alternativa de diseño requerida en este Otrosí se encuentra remunerada en el valor pactado inicialmente conforme al Otrosí No. 57 y por tanto no presentaría reclamación alguna ni en instancias administrativas ni judicial.

### 4.97. Actas de suspensión y prórrogas del plazo previsto en el Otrosí No. 57 de 2015 – modificado por el Otrosí No. 58 de 2015, Estudios y Diseños a Nivel de Detalle – Fase III de la Variante Sopó, suscritas el 29 de marzo, el 29 de abril y el 23 de mayo de 2016. [396]

Con fundamento en las consideraciones en ellas expuestas, mediante el Acta suscrita el 29 de marzo de 2016, las partes acordaron primero suspender el plazo previsto en el Otrosí No. 57 de 2015, modificado por el Otrosí No. 58 de 2015, referido a la entrega de los estudios y diseños a nivel de detalle-Fase III de la Variante Sopó por el plazo de un (1) mes contado a partir de la suscripción de dicha acta, es decir, hasta el 29 de abril de 2016, inclusive. A su vez, mediante acta suscrita el 29 de abril de 2016, las partes acordaron prorrogar la suspensión hasta el 23 de mayo de 2016, inclusive. Igualmente, mediante el acta suscrita el 23 de mayo de 2016, las partes acordaron prorrogar la suspensión por el plazo de 30 días más, hasta el 22 de junio de 2016.

[395] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.
[396] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

### 4.98. Otrosí No. 59, se ajusta el valor del Otrosí No. 57 con ocasión de la exclusión de la ejecución de los estudios y diseños a nivel de detalle de la Variante Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 16 de diciembre de 2015[397]

En desarrollo de lo acordado en el Otrosí No. 58 suscrito el 30 de octubre de 2015, mediante este Otrosí suscrito el 16 de diciembre del mismo año, las partes acordaron modificar el inciso Primero de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 57 suscrito el 30 de abril de 2015, descontando el valor correspondiente a la ejecución de los Estudios y diseños a nivel de detalle –Fase III- de la Variante Cajicá (El Molino-Canelón), en un monto igual a $742.893.179 de 2015, incluido IVA, el cual quedará así:

> *"CLÁUSULA TERCERA: las partes acuerdan que el valor de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III- de la Variante Sopó (Briceño - Pueblo Viejo - Las Manas*), *corresponde a la suma de Ochocientos Noventa y Nueve Millones Cuatrocientos Ochenta Mil Seiscientos Setenta y Tres pesos ($899.480.663,oo) de 2015 incluido IVA.*

### 4.99. Otrosí No. 60, resultado de Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015, suscrito el 15 de abril 2016[398]

En este Otrosí suscrito el 15 de abril de 2016, las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "6. Que en desarrollo del proceso arbitral, las partes convinieron conciliar parcialmente las pretensiones contenidas en la demanda arbitral y en la demanda de reconvención, en los términos del Acuerdo Conciliatorio suscrito el 30 de octubre de 2015, aprobado por el panel arbitral mediante Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015.
>
> "7. Que conforme lo establecido en la cláusula segunda numeral 1.15 y 2.2 del acuerdo conciliatorio del 30 de octubre de 2015, las Partes acordaron que dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la aprobación del mismo por el Panel Arbitral, debían suscribir un Otrosí al Contrato de Concesión 0664 de 1994 en el cual se identifiquen las obras que:

| | |
|---|---|
| (I) | Al tiempo de interposición de la Demanda Arbitral estaban pendientes de ejecutar y a la fecha ya se han ejecutado. |
| (II) | Aquellas que están en proceso de ejecución, señalándoles su cronograma de ejecución |
| (III) | Aquellas que serán excluidas del alcance del Contrato |

> "8. Que adicionalmente, en la cláusula cuarta del citado acuerdo conciliatorio, se estableció el valor referencial de las obras que serán excluidas, indicando que tal *"…valor se dejará a libre disposición de la Entidad quien lo destinará en todo caso en beneficio del proyecto, lo que quedará incorporado el respectivo otrosí entre los cuales podrá estar la ampliación del Viaducto de La Caro"*.
>
> "9. Que en razón al desarrollo de la nueva Norma Colombiana de Diseño de Puentes (CCP-14), con la cual se actualiza el Código Colombiano de Diseño Sísmico de Puentes (CCP 95), se hizo necesario diseñar la ampliación del denominado "antiguo viaducto La Caro", con la normatividad vigente, por lo que es procedente el reconocimiento del mayor valor por la ampliación del viaducto La Caro.
>
> "10. Que de conformidad con el concepto de la Interventoría del Proyecto, radicado ANI No. 2015-409-06624-02 del 14 de octubre de 2015, las Obras que al tiempo de interposición de la Demanda Arbitral estaban pendientes de ejecutar y para el momento de la suscripción del Acuerdo Conciliatorio, esto es, el 30 de octubre de 2015 ya habían culminado, son las siguientes:

Tabla 1 - Obras ejecutadas

| No. | OBRA | FECHA DE TERMINACIÓN | ACTA DE TERMINACIÓN |
|---|---|---|---|
| 1 | Puente peatonal El Misterio | 9 de abril de 2014 | 22 de abril de 2014 |

[397] Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.
[398] Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

| | | | |
|---|---|---|---|
| 2 | Puente peatonal Rincón Santo | 19 de febrero de 2014 | 27 de febrero de 2014 |
| 3 | Ampliación en un tercer carril del Tramo La Caro – Centro Chía | 19 de septiembre de 2014 | 26 de septiembre de 2014 |
| 4 | Ampliación del Puente sobre el Río Bogotá | 30 de junio de 2014 | 10 de julio de 2014 |

"11. Que verificado lo anterior, de conformidad con las Actas de Terminación de Obras, suscritas por la Interventoría y el Concesionario, se tendrá por culminadas las obras referidas en el considerando anterior.

"12. Al momento de la suscripción del Acuerdo Conciliatorio se encontraban en ejecución las siguientes obras:

Tabla 2 – obras en ejecución

| |
|---|
| a. Ampliación Viaducto La Caro (Estudios y diseños) |
| b. Puente Peatonal Refisal (Estudios y Diseños) |
| c. Construcción Cicloruta La Caro – Centro Chía (Estudios y Diseños) |
| d. Puente o Paso peatonal Zhué (Estudios y Diseños) |

"12.1 Que la fecha de la suscripción del presente Otrosí, conforme con el reporte de la interventoría, comunicación ICITY-0091-16, radicado ANI No. 2016-409-027204-2 del 07 de abril de 2016, los Estudios y Diseños para la Ampliación Viaducto La Caro: *"(…) Nos permitimos informarle que luego de revisados los diseños presentados por la Concesión DEVINORTE para la ampliación del Antiguo Viaductol la Caro, una vez verificada la coincidencia de los mismos con las Especificaciones Generales de Construcción y Diseño en los términos establecidos en el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, esta interventoría da su conformidad y expresa no tener observaciones a los mismos…"*

"12.2 Que de acuerdo con el informe de la Interventoría, actualmente continúa en ejecución las obras referidas en la Tabla 2 del presente documento, exceptuando los Estudios y Diseños de Ampliación del Viaducto La Caro, por lo que a través del presente se fijará el cronograma.

"13. Que la Unión Temporal Devinorte, presentó mediante la comunicación radicado ANI No. 2016-409-022227-2 del 17 de marzo de 2016, al Interventor el cronograma de las obras que están en proceso de ejecución, de conformidad con la cláusula Segunda numeral 1.15., del acuerdo conciliatorio del 30 de octubre de 2015.

"14. Que el Interventor Consorcio ICITY mediante la comunicación No. ICITY-0092-16, radicado ANI No. 2016-409-027195-2 del 07 de abril de 2016, se pronunció en los siguientes términos sobre el cronograma presentado por la UT Devinorte *"(…) la Interventoría informa que no tiene objeción sobre los plazos estimados por el Concesionario para la construcción y ejecución de las actividades de los ítems que conforman cada obra, por considerarse que se contemplaron todos los recursos y tiempo necesarios (personal, maquinaria, días no laborales y el mal tiempo, entre otros), por lo tanto, dichos cronogramas solo podrán modificarse de acuerdo con lo establecido en el parágrafo de la cláusula novena del Contrato 664 de 1994…"*

"15. Que con base en lo anterior, el cronograma de ejecución propuesto por el Concesionario y no objetado por parte de la Interventoría, hace parte integral del presente documentos contractual, acordándose entre las Partes el siguiente:

| Obras en ejecución | Plazo para su finalización |
|---|---|
| a. Puente Peatonal Refisal* | 183 días |
| b. Construcción Cicloruta La Caro-Centro Chía* | 200 días<br>Previo traslado de la red de alumbrado público y terminación de la construcción del Puente Peatonal Unisabana por parte de ICCU |
| c. Puente o Paso peatonal Zhúe* | 183 días<br>Previa entrega del predio del costado occidental |
| d. Ampliación Viaducto La Caro | 389 días |

*La fecha de inicio se cuente desde la firma del acta de inicio de las actividades.

"16. Que según la Cláusula Tercera y Cláusula Cuarte del Acuerdo Conciliatorio suscrito entre las partes el 30 de octubre de 2015 y aprobado por el Panel Arbitral en Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015, mediante otrosí se realizará la exclusión de las siguientes obras del alcance del contrato de concesión No. 664 de 1994:

Tabla 3 – Obras excluyen

| |
|---|
| • Puente Vehicular Santana. |
| • Puente Vehicular Zhúe. |
| • Box Universidad de la Sabana. |
| • Viaducto Hato Grande. |
| • Viaducto Capellanía. |

"17. Que la pretensión de la ANI en relación con el beneficio financiero obtenido por el Concesionario con ocasión del desplazamiento de las inversiones en las obras referidas en los numerales anteriores, quedó sujetó a

las resultas del Tribunal Arbitral, tal como se consignó en el acuerdo conciliatorio del 30 de Octubre de 2015 y para ello se tendrá en consideración las fechas aquí pactadas.

"18. Que la ANI le solicitó a la Interventoría del Proyecto, Consorcio ICITY, el ejercicio referido a la valoración de las obras que serán excluidas y el valor final de la ampliación de la obra "Viaducto La Caro", incluidos todos los componentes requeridos para su ejecución desde el punto de vista técnico, ambiental, social y predial, teniendo en cuenta el valor inicial propuesto y el definido por los estudios y diseños a nivel de detalle Fase III, no objetados por la interventoría.

"19. Que al respecto, El Interventor, Consorcio ICITY, en comunicación No. ICITY-0076-16, radicado ANI No. 2016-409-024752-2 del 30 de marzo de 2016, emitió concepto en los siguientes términos:

*"(…) De acuerdo con el Acuerdo Conciliatorio suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI y la Unión Temporal DEVINORTE el 30 de octubre de 2015 y aprobada por el Panel Arbitral mediante Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015, el valor de las obras que no serán construidas y excluidas mediante otrosí del alcance del Contrato, asciende a la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL PESOS ($ 3.674.178.000) en pesos de 1994, de conformidad con los documentos contractuales y según la siguientes distribución:*

| *OBRA* | *COP 1994* |
|---|---|
| *Puente vehicular Santana* | *$ 809.375.000* |
| *Puente vehicular Zhúe(*)* | *$ 1.664.251.000* |
| *Box- culvert universidad de la sabana* | *$ 42.431.000* |
| *Viaducto hato grande* | *$ 630.300.000* |
| *Viaducto Capellanía* | *$ 527.821.000* |
| *Total* | *$ 3.674.178.000* |

*(*) Inicialmente el valor establecido para dicha obra correspondía a los $ 1.704.247.000, monto del cual se descuenta lo pagado por estudios y diseños de interventorías anteriores, recursos que ascienden a 39.996 millones, resultado el valor definitivo de exclusión de $ 1.664.251.000*

*Por otra parte y de conformidad con el volumen de presupuesto correspondiente a los Estudios y Diseños del Viaducto La Caro, el presupuesto estimado para la construcción de las obras ampliación del antiguo Viaducto la Caro corresponde a DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($ 2.774.002.768) en pesos de 1994, según la siguiente distribución:*

| *OBRA* | *COP 1994* |
|---|---|
| *Estructura puente aproches* | *$ 1.540.305.930* |
| *Repotenciación puente antiguo* | *$ 156.641.796* |
| *Ampliación Accesos y vías, incluye ramal cra. 7ª* | *$ 851.871.374* |
| *Otros ítems (forestal, social, ambiental, PMT, iluminación)* | *$ 225.183.668* |
| *Total* | *$ 2.774.002.768* |

*Ahora bien, según lo establecido en los INPUT del modelo financiero actualizado y aprobado con corte a diciembre de 2005 por parte del entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO el valor apropiado para la ampliación del Viaducto correspondía a OCHOCIENTOS DIEZ MILLONES CIEN MIL PESOS ($810.100.000) en pesos de 1994.*

*De esta forma y según los documentos contractuales antes indicados, la diferencia requerida para la ejecución del VIADUCTO LA CARO según los estudios y diseños verificados por esta Interventoría corresponde a la suma de MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($ 1.963.902.768).*

*Finalmente, los recursos que continúan disponibles para dar continuidad a los trámites previstos en el Acuerdo Conciliatorio suscrito por las partes, corresponde a: MIL SETECIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($ 1.710.275.232) pesos de 1994".*

"20. La Interventoría, Consorcio Icity, mediante comunicado No. ICITY -0091-16 radicado ANI No. 2016-409-027204-2 del 07 de abril de 2016, da alcance a la comunicación ICITY0076-16, en los siguientes términos:

*"…en relación con el presupuesto de esta obra, dando alcance a nuestra comunicación ICITY-0076-16 del 11 de marzo de 2016, le comunicamos que de conformidad con el volumen correspondiente de los Estudios y Diseños, el presupuesto estimado para la construcción de las obras ampliación del antiguo Viaducto la Caro correspondiente a: (i) estructura puentes y aproches, (ii) Repotenciación puente antiguo, (iii) Ampliación Acceso y vías, incluye ramal, y, (iv) Otros ítems (forestal, social ambiental, iluminación), asciende a la suma de DOS MIL SETENCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($2.735.930.126) en pesos de 1994, según el cuadro anexo…*

*Al respecto, es preciso indicar a la Entidad que el valor final de la ejecución del Viaducto planteado en la comunicación ICITY-0076-16 del 11 de marzo de 2016 fue objeto de disminución, en atención a la suscripción de los costos incluidas por el Concesionario DEVINORTE relacionados con el PMT y en particular lo correspondiente a las actividades de Señalización Preventiva en el desarrollo de las obras…"*

"21. Que de acuerdo a los establecido en el acuerdo conciliatorio en lo referente a la obra puente vehicular Zhúe su valor ascendía a $1.704.247.000 en pesos de 1994, pero de acuerdo a lo conceptuado por la interventoría mediante radicado No. ICITY-0076-16, radicado ANI No. 2016-409-024752-2 del 30 de marzo de 2016, el valor del mencionado puente asciende a $ 1.664.251.000, descontando lo pagado por concepto de estudios y diseños los cuales fueron autorizados por interventorías anteriores por valor de 39.996 millones de pesos de 1994.

"22. Que a partir del anterior concepto de la Interventoría, avalado por la VGC, se tiene que están garantizados los recursos para la ejecución de la ampliación del viaducto La Caro en los términos establecidos en los estudios y diseños a nivel de detalle, no objetados por la interventoría, presentándose una diferencia de recursos producto de la exclusión de las obras mencionadas, de MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y SIETA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($ 1.748.347.874) en pesos de 1994; monto que conforme a los términos del acuerdo conciliatorio se entiende de libre disposición de la Agencia. Suma que en todo caso, se considerará para los ajustes que se efectúen a la ingeniería financiera del proyecto.

"23. Que de acuerdo con los Estudios y Diseños a nivel de detalle elaborados por El Concesionario, para las obras de ampliación del Viaducto La Caro, no se requiere adelantar gestión predial, por lo tanto cualquier gestión predial adicional que se requiera, correrá por cuenta y riesgo del Concesionario.

"24. En lo que corresponde a los plazos previstos en los cronogramas para la ejecución de las obras referidas en este Otrosí y teniendo en cuenta que la determinación del plazo de la Concesión se encuentra a instancias de las resultas del Tribunal de Arbitramento en curso, en el evento en que el plazo de la Concesión – conforme al pronunciamiento arbitral – finalizará con anterioridad a la extinción del plazo establecido para las obras en los cronogramas objeto de presente, la obligación de la UT Devinorte es ejecutar y terminar las obras sin que ello implique de manera alguna la extensión o prórroga del plazo de la concesión y su culminación será obligatoria para el Concesionario.

"25. Que este documento fue revisado y analizado por el Comité de Contratación de la Agencia Nacional de Infraestructura, quien recomendó su suscripción, como consta en el Acta de sesión llevada a cabo en las instalaciones de la entidad el 15 de abril de 2016."

De conformidad con las anteriores consideraciones, las Partes acordaron esencialmente lo siguiente:

1. Suscribir este Otrosí, el cual tiene por objeto dar cumplimiento a lo pactado entre las partes en el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015 (Cláusula Primera).

2. Declarar que al momento de la suscripción del acuerdo conciliatorio se encontraban ya ejecutadas las siguientes obras (Cláusula Segunda):

| No. | OBRA | FECHA DE TERMINACIÓN | ACTA DE TERMINACIÓN |
|---|---|---|---|
| 1 | Puente peatonal El Misterio | 9 de abril de 2014 | 22 de abril de 2014 |
| 2 | Puente peatonal Rincón Santo | 19 de febrero de 2014 | 27 de febrero de 2014 |
| 3 | Ampliación en un tercer carril del Tramo la Caro-Centro Chía | 19 de septiembre de 2014 | 26 de septiembre de 2014 |
| 4 | Ampliación del Puente sobre el Rio Bogotá | 30 de junio de 2014 | 10 de julio de 2014 |

3. Declarar que, para el momento de la suscripción de este Otrosí, se encontraban en ejecución de las siguientes obras (Cláusula Tercera):

| Obras en ejecución |
|---|
| a. Puente Peatonal Refisal |
| b. Construcción Cicloruta la Caro Centro Chía |
| c. Puente o Paso peatonal Zhúe |
| d. Ampliación Viaducto La Caro |

4. Declarar que, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, las siguientes obras se excluyen del alcance del Contrato de Concesión (Clausula Cuarta):

| Obras | Obras contratadas en | Valor |
|---|---|---|
| a. Puente Vehicular Santana | Alcance Básico | $ 809.375.000 |
| b. Puente Vehicular Zhúe (*) | Otrosí Modificación del 15/06/2005 | $ 1.664.251.000 |
| c. Box UniSabana | Alcance Básico | $ 42.431.000 |
| d. Viaducto Hato Grande | Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001 | $ 630.300.000 |
| e. Viaducto Capellanía | Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001 | $527.821.000 |

(*) Inicialmente el valor establecido para dicha obra correspondía a los $1.704.247.000, monto del cual se descuenta lo pagado por estudio y diseño por interventorías anteriores, recursos que ascienden a 39.996 millones, resultado el valor definitivo de exclusión de $ 1.664.251.000.

Las partes señalaron que "el valor asociado a la exclusión de las obras mencionadas asciende a la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL PESOS ($ 3.674.178.000) pesos de 1994, de conformidad con los documentos contractuales y según la distribución antes indicada; monto que, sin perjuicio de lo que se decida por el panel arbitral, se encuentra incorporado en el modelo financiero del contrato conforme con lo establecido en el 'Acta de Reinicio de obra de los Tramos Capellanía-Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y actualización del Modelo Financiero' del 29 de diciembre de 2005.

5. En cuanto se refiere a la destinación de los montos de las obras excluidas, en la Cláusula Quinta las partes señalaron y convinieron que,

> "De conformidad con lo previsto en el acuerdo conciliatorio respecto de destinar los recursos de las obras excluidas para ejecutarlos en beneficio del proyecto, las Partes convienen en reconocer los valores adicionales requeridos para la ejecución de la ampliación del Viaducto La Caro con fuente en estos recursos, conforme con los estudios y diseños Fase III elaborado por el Concesionario y revisado y no objetados por la Interventoría, cuyo valor total asciende a la suma de DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($ 2.735.930.126) pesos de 1994.
>
> Es decir, una vez descontado los recursos previstos inicialmente para la ejecución de las obras del Viaducto La Caro en el Alcance Básico, correspondiente a OCHOCIENTOS DIEZ MILLONES CIEN MIL PESOS ($810.100.000) pesos de 1994 del valor total referido en el inciso anterior para su ejecución final, se requiere un monto adicional de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($ 1.925.830.126) pesos de 1994, los cuales, tal como se mencionó, se tomarán de los recursos resultantes de la exclusión de las obras mencionadas en la cláusula anterior.
>
> De conformidad con lo anterior, el valor global de la Construcción de las obras correspondientes al Viaducto La Caro Corresponde a DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($ 2.735.930.126) pesos de 1994, según la siguiente distribución:

| OBRA | COP 1994 |
|---|---|
| Estructura puente y aproches | $ 1.540.305.930 |
| Repotenciación puente antiguo | $ 156.641.796 |
| Ampliación Acceso y vías, incluye ramal Cra. 7ª | $ 851.871.374 |
| Otros ítems (forestal, social ambiental, PMT, Iluminación) | $ 187.111.026 |

> "PARÁGRAFO PRIMERO.- Los costos asociados a las actividades correspondientes al mantenimiento y la operación de las Obras contratadas para el Viaducto La Caro se encuentran ya contemplados en el modelo financiero y por tanto no se reconocerá valor adicional por este concepto.
>
> "PARÁGRAFO SEGUNDO.- El saldo de los valores de las obras excluidas del proyecto descontando lo referente a las obras del mayor valor del Viaducto La Caro, es decir MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($ 1.748.347.874) en pesos de 1994, conforme a los términos del acuerdo conciliatorio se entiende de libre disposición de la Entidad, y en todo caso, se considerará para los ajuste que se efectúen a la ingeniería financiera del proyecto."

6. Que los plazos de ejecución de las actividades de construcción de las obras enunciadas en la Cláusula Tercera del citado Otrosí, a partir del cronograma propuesto por el Concesionario y la no objeción dela Interventoría, es la siguiente (Cláusula Sexta):

| Obras en ejecución | Plazo para finalización y entrega |
|---|---|
| a. Puente Peatonal Refisal* | 183 días |
| b. Construcción Cicloruta La Caro – Centro Chía* | 200 días<br>Previsto traslado de la red de alumbrado público y terminación de la construcción del Puente Peatonal Unisabana por parte de ICCU** |
| c. Puente o Paso peatonal Zhúe* | 183 días<br>Previa entrega del predio del costado occidental** |
| d. Ampliación viaducto La Caro* | 386 días |

* La fecha de inicio se cuenta desde la firma del acta de inicio de las actividades.
** El Concesionario desplegará la mayor diligencia y colaboración a efectos de lograr esta gestión dentro de la mayor brevedad.

"PARÁGRAFO PRIMERO.- En el evento en que El Concesionario no ejecute de manera completa las obras convenidas a través del presente documento dentro de los plazos establecidos, y argumente que ello obedece a eventos o circunstancias fuera de su control razonable, dichas condiciones deberán ser acreditadas de acuerdo con el procedimiento establecido en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión 0664 de 1994, La interventoría deberá verificar la diligencia y la oportunidad de la gestión desplegada por el concesionario así como el impacto de tales eventos en la totalidad de las obras, para determinar con base en esos insumos la prórroga o el inicio del proceso sancionatorio. Esto, sin perjuicio del cálculo del beneficio financiero que se genere por el nuevo desplazamiento de las inversiones.

"PARÁGRAFO SEGUNDO.- En lo que corresponde a los plazos previstos en los cronogramas para la ejecución de las obras referidas en este Otrosí y teniendo en cuenta que la determinación del plazo de la Concesión se encuentra a instancias de las resultas del Tribunal de Arbitramento en curso entre las Partes, en el evento en que el plazo de la Concesión- conforme a la decisión arbitral-finalice con anterioridad a la extinción del plazo de las obras establecido en los cronogramas objeto del presente otrosí, la obligación de terminar las obras no implica - de manera alguna- extensión o prórroga del plazo de la Concesión y su culminación será obligatoria para el Concesionario. En tal caso, se suscribirá un documento entre las Partes regulado lo pertinente a la terminación de estas obras.

"PARÁGRAFO TERCERO.- La pretensión de ANI respecto del beneficio financiero obtenido por el Concesionario con ocasión del desplazamiento de las inversiones en las obras referidas en las cláusulas anteriores está sujeta a las resultas del tribunal Arbitral, tal como se consignó en el acuerdo conciliatorio del 30 de Octubre de 2015."

7. Que el Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, debe cumplir con los siguientes hitos (Cláusula Séptima):

a. Socialización del proyecto a las comunidades del área de influencia directa e indirecta.
b. En temas relacionados con posibles invasiones del derecho de vía, será responsabilidad del concesionario minimizar la ocurrencia de tales eventos a través de las actividades de vigilancia y protección del corredor. En el caso eventual de que se requiera algún tipo de restitución de derecho, deberá adelantar todas las acciones correspondientes a efectos de contar con el apoyo de las autoridades locales.
c. Los sobrecostos que con ocasión de la ejecución de esta gestión social se generen, correrán por cuenta y riesgo del Concesionario.

8. Que, "de acuerdo con los Estudios y Diseños a nivel de detalle elaborados por El Concesionario, para las obras de ampliación del Viaducto la Caro, no se requiere adelantar gestión predial, por lo tanto cualquier gestión predial adicional que se requiera, correrá por cuenta y riesgo del Concesionario" (Cláusula Octava).

9. Que "El Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, deberá adelantar por su cuenta y riesgo todas las autorizaciones ambientales, incluyendo las tendientes a la modificación de la licencia ambiental en caso de ser necesario, cumplimiento del plan de manejo y elaboración de informes de cumplimiento ambiental ICA, en caso de requerirse"; Que "Los sobrecostos relacionados con los trámites ambientales correrán por cuenta y riesgo del concesionario, de acuerdo a lo requerido por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA o las Autoridades Ambientales Regionales"; Que "Será responsabilidad del CONCESIONARIO, tramitar todos los permisos adicionales para uso y aprovechamiento de

recursos naturales necesarios que se deriven de la realización de la obra y que no se encuentren cobijados por las licencias ambientales con que cuenta la concesión"; y, Que "Para la ejecución de las actividades de qué trata el presente Otrosí, se cuenta con licencia ambiental, Resolución No. 0703 del 20 de junio de 1996, modificada por la Resolución No. 0848 del 06 de agosto de 2003 y aclarada mediante Resolución No. 0196 del 23 de marzo de 2012."

10. Que "Una vez suscrito este documento, el Concesionario se obliga a ajustar y entregar a la AGENCIA las Garantías del contrato de concesión No. 664 de 1994, de acuerdo a las condiciones y requisitos generales establecidos en la Decreto 1082 de 2015, que compila las normas del Decreto 1510 de 2013, a más tardar dentro de ocho (08) días hábiles siguientes a la suscripción de presente Otrosí" (Cláusula Décima).

11. Que, según se acordó en la Cláusula Décima Primera, "El contratista asumirá los siguientes riesgo-únicamente - en lo asociado a las obras objeto de este documento contractual:

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura a intervenir en el estado en que se encuentran

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en: (i) los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Intervenciones incluyendo mano de obra y servicios, y (ii) de las cantidades de obra necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Intervenciones para cumplir con sus obligaciones contractuales del presente.

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones como consecuencia de la variación de cualquier estimación inicial de las cantidades de obra para las intervenciones 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 Interventorías

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variantes en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras de Mantenimiento y cantidades de obra que resulten necesarias para la consecución de los resultados previstos

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos , y/o en general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el contrato

- Los efectos desfavorables derivadas de los efectos del riesgo de insuficiencia del Valor Estimado de Predios y compensación socioeconómicas

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de la Gestión Social y Ambiental, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario efectuar la Gestión Social y Ambiental y cumplir al respecto con la Ley Aplicable

- Los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado e intervención de Redes

- Los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la alteración en las variables del mercado, toda vez que es una obligación contractual de resultado del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto

- Los efectos desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios o perdidas de los bienes de propiedad del Concesionario causados por terceros diferentes de la ANI

- Los efectos favorables o desfavorables derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por las pólizas

- Los efectos derivados de la destrucción total o parcial de los bienes, materiales y equipos del Concesionario o sus subcontratistas

- Los efectos desfavorables correspondientes a pérdidas, daños, cargos o expensas en que tenga que incurrir el Concesionario con ocasión de la invasión del Corredor del Proyecto por parte de terceros.

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las modificaciones a los Estudios de Detalle Estudios de Trazados y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño durante la Fase de Construcción.

12. Que "El control y seguimiento a la oportuna ejecución del Otrosí estará a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual –Modo Carretero y de la firma interventora" (Cláusula Décima Segunda).

13. Que, "Las Partes entienden y aceptan que sin perjuicio de lo aquí convenido respecto de las exclusión y sustituciones de obras, en lo que hace a la actualización del modelo financiero del proyecto y al efecto económico de los desplazamiento de cronogramas, se estará a los resuelto por el Tribunal de Arbitral" (Cláusula Décima Tercera).

## CONCLUSIONES

**1.** Conforme a todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que el Contrato No. 0664 de 1994 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, luego cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE, el cual incluye los adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos, es un Contrato de Concesión de Obra Pública, de primera generación, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Ley 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen.

**2.** Es un Contrato de Concesión para la elaboración de Estudios, Diseños Definitivos y Obras para la Rehabilitación, o para la Construcción, o para la Construcción y Mantenimiento del Proyecto de Infraestructura Vial para el Norte de Bogotá. Conforme a las modificaciones introducidas desde el inicio, el Concesionario tiene a su cargo: 1. La financiación total del proyecto descrito en el Pliego de Condiciones, incluidos los costos de supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para el derecho de vía, según los procedimientos descritos en los numerales 1.11 y 1.12, respectivamente, del Pliego de Condiciones; 2. El diseño definitivo del proyecto, de acuerdo con la información técnica suministrada en el Pliego de Condiciones; 3. La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes, y señalización; 4. El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria; 5. La puesta en funcionamiento del sistema vial; 6. El recaudo del peaje en las siguientes casetas: a) Los Andes, localizada en la ruta 45A entre la calle 236 y La Caro, durante las etapas de construcción y de operación del proyecto; b) Fusca, localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, durante el lapso comprendido entre su fecha de apertura y la finalización de la etapa de operación del proyecto; 7. Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula 25 del Contrato de Concesión; 8. Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Pliego de Condiciones; 9. Todas las actividades de la administración fiduciaria.

**3.** Es un contrato de plazo fijo. En efecto, en él se pactó un plazo general para la ejecución del Contrato (180 meses) y dentro de él los plazos de la Etapa de Diseño y Programación (6 meses), de la Etapa de Construcción (24 meses), y de la Etapa de Operación (150 meses).

Téngase en cuenta que en el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el plazo total de las tres etapas descritas podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo.

**3.1.** El plazo pactado para la **Etapa de Diseño y Programación** fue de **seis (6) meses.**

Sin embargo, se tiene que:

**a.** El plazo de seis (6) meses la Etapa de Diseño y Programación se excedió por las razones invocadas por las partes en el Otrosí No. 05 suscrito el 24 de julio de 1997, pero cumplido, fue luego legalizado por este Otrosí, en el cual **se aclaró que dicha Etapa se ejecutaría en un plazo de diez (10) meses y tres (3) días calendario,** contados a partir de la fecha de iniciación de esta Etapa, es decir, diciembre 9 de 1994, con lo cual culminó el 2 de septiembre de 1996.

**b**. A su vez, en el Acta suscrita por las partes el 19 de abril de 2006,[399] en la cual se reiteró que de acuerdo con la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión éste contempla tres Etapas -Etapa de Diseño y Programación, Etapa de Construcción y Etapa de Operación-, de nuevo se dejó constancia que **la Etapa de Diseño y Programación fue cumplida a cabalidad por el Concesionario y que ella finalizó el día 2 de septiembre de 1996**.

**3.2.** El plazo pactado para la **Etapa de Construcción** fue de **veinticuatro (24) meses.**

Sin embargo, se tiene que:

**a.** El 12 de octubre de 1995 se firmó el Acta de inicio de la Etapa de Construcción en lo relacionado con la Rehabilitación y en ella se acordó que la iniciación de las obras de construcción previstas en el Contrato de Concesión quedaba sujeta a la aprobación de los diseños definitivos por parte de la entidad pública concedente, así como también a la expedición de la licencia ambiental por parte del Ministerio del Medio Ambiente.[400]

**b.** Con fecha 2 de septiembre de 1996 se firmó el acta de inicio de las obras de construcción nueva, previstas dentro de la etapa de construcción en la cual la entidad pública concedente declaró haber recibido los diseños presentados por el concesionario y aprobados por la interventoría de diseño, así como las cantidades de obra, precios unitarios previstos en el Contrato, especificaciones técnicas y valor resultante de la etapa de diseño que se incluyeron en el anexo de esa acta. En dicha Acta se acordó que el plazo fijado para la etapa de construcción (de 24 meses), comenzaría a contarse a partir de esa fecha, esto es, del 2 de septiembre de 1996, lo que implica que terminaría el 2 de septiembre de 1998. De conformidad con lo anterior, con el **Otrosí No. 05, suscrito el 24 de julio de 1997**, las partes ampliaron el plazo inicial de veinticuatro (24) meses e indicaron que **la Etapa de Construcción se ejecutaría en un plazo de treinta y cuatro (34) meses y veintiún (21) días calendario,** contados a partir de la fecha de suscripción del acta correspondiente, es decir, octubre 12 de 1995, esto es, hasta el 2 de septiembre de 1998.

[399] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000022 a 000025

[400] Sólo hasta el 28 de julio de 1996, mediante la Resolución No. 703, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó a la entidad pública concedente la licencia ambiental para la ejecución del proyecto.

Mediante el Otrosí No. 06 suscrito el 11 de mayo de 1998, se suspendió la ejecución de la Variante de Cajicá hasta tanto se contara con los recursos suficientes para el pago de la totalidad de los predios requeridos para el proyecto.

**c.** Teniendo en cuenta: i) Que como consecuencia de la asignación gradual de los recursos necesarios para la adquisición de predios, se había visto alterado el programa de obras establecido, de tal manera que se hacía necesario programar el plazo previsto para la etapa de construcción; y, ii) Que como consecuencia del incremento en los plazos establecidos para las etapas de diseño y construcción y teniendo en cuenta que el Concesionario había manifestado su acuerdo acerca de que las obras adicionales y complementarias serían compensadas a éste por parte de la entidad pública Concedente mediante la utilización de los mecanismos 1 y 2 de la Cláusula Trigésima Sexta, "Ecuación Contractual" del Contrato de Concesión, se hizo necesario suprimir el límite máximo de los plazos de ejecución de las tres etapas establecido inicialmente en ciento ochenta (180) meses de conformidad con la Cláusula Tercera, "Plazos", del Contrato de Concesión, por lo que mediante el **Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998**, las partes acordaron modificar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión -cuyo contenido ya había sido modificado por la Cláusula Primera del Otrosí del 24 de julio de 1997-, en el sentido de ampliar dicho plazo e indicar que **la Etapa de Construcción se ejecutaría en cuarenta y seis (46) meses y veintiún (21) días calendario**, contados a partir de la fecha de suscripción del acta correspondiente, es decir, octubre 12 de 1995, esto es, hasta el 2 de septiembre de 1999. Como complemento de lo anterior y por las razones expresadas en el numeral segundo de la parte considerativa de este Otrosí, las partes acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera del contrato principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas, al tiempo que acordaron que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto. Ello no significa que se hayan eliminado los plazos de ejecución de cada una de las Etapas ni el plazo general para la ejecución del Contrato, sino que, por las modificaciones ya acordadas -que habían incrementado o superado el plazo inicial general de 180 meses, sin perjuicio de las que en el futuro se pactaran-, lo único que se hizo fue "suprimir el límite máximo" de los 180 meses inicialmente establecido en el Contrato de Concesión celebrado el 24 de noviembre de 1994 y, acordar, como se hizo, que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto. En otros términos, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación con plazo fijo, no mutó a un Contrato de Segunda Generación con plazo variable que depende del tiempo requerido para obtener la TIR.

**d.** Teniendo en cuenta: i) Que la ejecución total del alcance básico de la Etapa de Construcción se había visto afectada, entre otros factores, por la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras de construcción; ii) Que con el fin de evitar la paralización del proyecto objeto del Contrato de Concesión y las consecuencias que se derivarían en la prestación del servicio público de transporte en las vías concesionadas, se hacía necesario desarrollar las prerrogativas establecidas en los artículos 3, 14 numeral 1, y 26 numerales 1 y 14 de la Ley 80 de 1993, conducentes a realizar los fines y objetivos de la contratación estatal; iii) Que, en cumplimiento de la contratación se exigía, de una parte, reestructurar el cronograma de actividades que debía adelantar el Concesionario durante la Etapa de Construcción y, de otra parte, establecer los medios de financiamiento de tales actividades constructivas, con el Otrosí No. 08, suscrito el 22(3) de diciembre de 1998[401], las partes convinieron en que:

**1)** El Concesionario terminaría la construcción del tramo La Caro - Briceño y la rehabilitación correspondiente a dos (2) carriles del tramo La Caro - Centro Chía a más tardar el día 30 de diciembre de 1998.

[401] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218

**2)** El Concesionario terminaría a más tardar el día 30 de abril de 1999, la construcción de las siguientes obras: a) Puentes vehiculares: Series, Viaducto La Caro, Briceño I; b) Puentes peatonales: los definidos y aprobados por la Interventoría técnica durante la etapa de diseño y programación; y, c) Construcción del tramo Centro Chía - Rancho JR.

**3)** Aplazar la ejecución de las siguientes actividades: a) Por un término de doce (12) meses contados desde la fecha de la firma de esta modificación, la construcción del puente curvo Teletón - Autopista Norte, la ampliación del trayecto La Caro - Centro Chía con la construcción del tercer carril, el box Unisabana y ampliación del Puente del Río Bogotá. b) Por un término de dieciocho (18) meses contados a partir de la firma de esta modificación, la ampliación del Viaducto existente de La Caro.

**4)** Aplazar la iniciación por un término de treinta y seis (36) meses, de la ejecución de las obras en los tramos del sector Rancho JR - Capellanía (Variante de Cajicá), el tramo Capellanía - Zipaquirá y la Variante de Portachuelo. La ejecución de estas obras debía ceñirse al cronograma mencionado en la Cláusula Sexta de este Otrosí.

Los acuerdos de este Otrosí serían consignados y se incluirían en la actualización del modelo financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial. El cronograma de obra y de inversiones correspondiente a las obras definidas en la cláusula tercera de este Otrosí, involucrados para la actualización del modelo financiero, serían de obligatorio cumplimiento para el Concesionario.

**e.** En el Acta de Terminación de Obra, suscrita el 30 de abril de 1999, se constató la terminación de las obras de: 1. Construcción de la Vía La Caro – Briceño, calzadas oriental y occidental, terminadas con anterioridad al 30 de diciembre de 1998; 2. Rehabilitación correspondiente a dos carriles del Tramo La Caro – Centro Chía, terminada con anterioridad al 30 de diciembre de 1998; 3. Construcción del Puente Vehicular de Series; 4. Construcción del Viaducto Nuevo La Caro; 5. Construcción del Puente Vehicular de Briceño I; 6. Construcción de los siguientes Puentes Peatonales: 6.1. Puente Peatonal del Parque Sopó, 6.2. Puente Peatonal Fibrit, 6.3. Puente Peatonal Variante de Teletón, 6.4. Puente Peatonal Yerbabuena (K1+060 La Caro – Briceño) y 6.5. Puente Peatonal Tres Esquinas (K3+120 Centro Chía – Cajicá); y, 7. Construcción de la Vía Centro Chía – Rancho JR, calzadas oriental y occidental (pendiente la construcción de un tramo de aprox. 40 m de longitud de la calzada oriental). Empero, según consta en dicha Acta, las siguientes obras quedaron pendientes por la no disponibilidad de predios necesarios para su construcción: 1. Puente peatonal de Lomitas, en la Vía La Caro – Briceño; 2. Rampa sur – oriental de la intersección Hatogrande; 3. Puente Peatonal de Colombia, al norte de la entrada 3 de Centro Chía; 4. Un tramo de aprox. 40 m de longitud de la calzada oriental de la vía Centro Chía – Rancho JR, correspondiente al predio conocido como "Las Tablitas", en proceso de expropiación administrativa; y, 5. Terminación de la Rampa occidental del puente peatonal Fibrit.

**f.** Con el Otrosí No. 09, suscrito el 24 de mayo de 1999[402], las partes acordaron modificar el plazo señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de mayo de 1998, para definir los ajustes necesarios a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación, y en su defecto, determinar un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción de este Otrosí, para culminar esta labor. Las partes, en todo caso, acordaron que mantendrán la TIR del proyecto.

**g.** Con el Otrosí No. 10, suscrito el 24 de mayo de 1999[403], las partes acordaron adicionar la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, con los Parágrafos Primero y Segundo, en los cuales

[402] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223
[403] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230

se pactó que: 1) Las obras básicas a que se refiere el literal c) de la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se iniciarían en cuanto la entidad pública Concedente entregara al Concesionario la totalidad de los predios requeridos por tramos, para la ejecución de dichas obras básicas. Los tramos a que se refería el literal c) de la Cláusula Tercera del citado Otrosí, eran los siguientes: Sector Rancho J.R. – Capellanía (Variante de Cajicá), el tramo Capellanía – Zipaquirá y el tramo Variante de Portachuelo; 2) Modificar el plazo señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, para definir los ajustes necesarios a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la Etapa de Operación, y en su defecto, determinar un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción de esta Adición, para culminar esta labor. Las partes acordaron que, en todo caso, mantendrían la TIR del proyecto; y 3) Que los plazos señalados en los literales a) y b) de la citada Cláusula Tercera del mencionado Otrosí, se entendían pactados para la finalización por parte del Concesionario de las actividades determinadas en los mismos.

**h.** Mediante el Otrosí No. 14, suscrito el 21 de julio de 2000[404], las partes pactaron fijar como fecha para la terminación de las obras correspondientes a la construcción del Puente Curvo Teletón, el día 15 de agosto de 2000 y para lo cual el Concesionario se obligó a entregar a la Interventoría el nuevo cronograma de obras de conformidad con la nueva fecha establecida en esta modificación.

**i.** Mediante el Otrosí No. 18, suscrito el 21 de diciembre de 2001[405], las partes acordaron aclarar el Otrosí del 18 de septiembre de 2001, en el sentido de indicar que la rehabilitación del sector Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá, que ejecutaría el Concesionario como obra complementaria en virtud del citado documento, en ese momento no hacía parte de las obras básicas a que se obligó el Concesionario de conformidad con los diseños definitivos elaborados por él y aprobados por el Instituto y que con el giro de los recursos destinados a la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la variante de Cajicá, autorizado por el Instituto mediante la adición del 18 de septiembre de 2011, se entendía levantada la suspensión de dicha obra, la cual sería iniciada por el Concesionario solo en aquellos tramos que contaran con la Licencia Ambiental aprobada por la autoridad competente y con los permisos ambientales correspondientes, previa disponibilidad de predios, aprobación de cronograma de obras por parte del Instituto a través de la Interventoría que se designara para tal efecto y verificación de la constitución de la garantía única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual. Las demás obras señaladas en el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 y que se referían al sector Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo, serían ejecutadas por el Concesionario una vez la entidad Concedente hiciera entrega de la totalidad de los predios requeridos por tramos.

**j.** En virtud de este Otrosí No. 21, suscrito el 8 de marzo de 2004[406] y en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, éste tendría a su cargo la realización de los avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales, requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá, labor para la cual contaría con un plazo de dos meses contados a partir de la firma del Acta de inicio correspondiente. Mediante Acta suscrita el 30 de abril de 2004 se suspendió el término de ejecución de esta Adición[407], suspensión que se levantó mediante acta del 4 de junio de 2004.[408] Posteriormente, mediante documento suscrito el 16 de julio de 2004, se amplió el plazo por un término de cuatro meses, es decir, hasta el 22 de noviembre de 2004.[409] Mediante el documento suscrito el 22 de noviembre de 2004, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato adicional del 08 de marzo de 2004, por un término de seis (6) meses, a partir del 23 de noviembre de 2004, esto es, hasta el 22 de mayo de 2005.

[404] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000243 a 000245
[405] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000266 a 000272
[406] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000284 a 000288
[407] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000296 a 000297
[408] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000298 a 000299
[409] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000300 a 000301

**k.** Mediante el Otrosí No. 23, suscrito el 6 de abril de 2004[410], las partes pactaron el plazo para la ejecución de las obras de la Variante de Cajicá en catorce (14) meses, contados a partir de la firma del acta de inicio, previa presentación al INCO de la totalidad de los permisos ambientales.

**l.** Mediante el Acta suscrita el 4 de junio de 2004, las partes acordaron levantar a partir de esa fecha, la suspensión del término de ejecución del contrato adicional del 8 de marzo de 2004 y, mediante el Acta suscrita el 7 de junio de 2004, las partes dieron inicio a las obras de construcción de la variante Cajicá y obras ambientales.

**m.** Por su parte, mediante el Otrosí No. 24, suscrito el 28 de junio de 2004[411], las partes acordaron dar inicio a la construcción del Retorno peaje Andes, de acuerdo con los estudios, diseños, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en este adicional, previa la obtención por el INCO de la autorización de la Corporación Hojas Verdes para intervenir la porción de terreno afectada y trasladar las especies arbóreas plantadas sobre la misma, el cual, con el fin de evitar la elusión en el pago de las tarifas de peaje, las partes acordaron dotar de los elementos constructivos que impidan el tránsito por éste de vehículos de las categorías II, III, IV, V, VI y VII. **El plazo para la ejecución de las obras sería de cuatro (4) meses contados a partir de la firma del acta de inicio, la cual suscribieron el 13 de enero de 2005**. Posteriormente, con el Otrosí No. 36, suscrito el 15 de junio de 2005[412], las partes acordaron modificar el Otrosí No. 23 del 6 de abril de 2004, en el sentido de ampliar el plazo para la ejecución de las obras que conforman la Variante de Cajicá hasta el día 30 de marzo de 2006. **C**on el Otrosí No. 41, suscrito el 13 de junio de 2006[413] las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Segunda del Adicional del 15 de junio de 2005, por el término de doce (12) meses más, es decir, hasta el 15 de junio de 2007, para la ejecución de las actividades de gestión predial, estudio de títulos, elaboración de avalúos, enajenación voluntaria, o actividades de expropiación cuando aplique, para los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y la Variante de Portachuelo. A su vez, con el Otrosí No. 48, suscrito el 14 de junio de 2007[414], las partes acordaron prorrogar e**ste último** plazo, por el término de 12 meses **más**, esto es, hasta el 15 de junio de 2008**.** Igualmente, con el Otrosí No. 49, suscrito el 13 de junio de 2008[415], las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en el Otrosí del 14 de junio de 2007, por el término de 12 meses más, esto es, hasta el 14 de junio de 2009. **Con el** Otrosí No. 51, suscrito el 13 de junio de 2009[416], las partes acordaron prorrogar el plazo establecido en el Contrato Adicional del 13 de junio de 2008, por el término de 12 meses más, es decir, hasta el 14 de junio de 2010.

**n.** Con el Otrosí No. 42, suscrito el 7 de julio de 2006[417], el INCO y el Concesionario acordaron **posponer la ejecución del puente elevado objeto del adicional de 15 de junio de 2005, por cuatro (4) años**. Vencido este plazo, se acordó que el INCO y el Concesionario analizarán el tráfico de trenes existente y determinarán la fecha de construcción del puente vehicular.

**o.** Mediante el Otrosí No. 25, suscrito el 7 de julio de 2004[418], las partes acordaron que el Concesionario construiría la estación de Peaje de Teletón, suministraría e instalaría los equipos, elementos y sistemas de control necesarios para la administración y operación de la citada estación, de conformidad con los planos y el presupuesto de obra presentado por el Concesionario y revisado

[410] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000304 a 000320
[411] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000321 a 000325
[412] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000390 a 000392
[413] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000029 a 000030
[414] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000075 a 000077
[415] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000078 a 000079
[416] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000084 a 000086
[417] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000031 a 000034
[418] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000326 a 000328

por la Interventoría. **El plazo para la ejecución de la obra se acordó en cuatro (4) meses contados a partir de la firma del acta de inicio**.

**p.** Mediante el Otrosí No. 29, suscrito el 16 de diciembre de 2004[419], las partes acordaron: 1) Posponer la ejecución de algunas de las obras que forman parte del alcance básico del Contrato 664 de 1994, así: a) La ampliación en un tercer carril del tramo de vía que desde La Caro conduce al Centro Chía, y la ampliación del puente existente sobre el Río Bogotá, hasta el 01 de enero del año 2012; y, b) La ampliación del Antiguo Viaducto de La Caro, hasta el 01 de enero de 2008; 2) Con el fin de garantizar la calidad, oportunidad y eficiencia del servicio, el Concesionario se obligó a aforar y presentar al INCO, y a valorar conjuntamente con éste y con la Interventoría, al cierre de cada vigencia anual, las mediciones del volumen del tránsito, con el fin de que si éste experimentaba incrementos que significara el alcanzar o superar los volúmenes proyectados para los años 2012 y 2008 por sobre los corredores viales a que correspondían las obras propuestas, las ejecuciones de las mismas se anticiparan para el día 01 de enero del año siguiente a aquel en que el volumen esperado resultara superado por el real; 3) Dado que las ampliaciones en un tercer carril del tramo entre La Caro y Centro Chía, del Antiguo Viaducto de La Caro y del Puente existente sobre el Río Bogotá constituyen obras que hacen parte del alcance básico del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y por lo mismo están contempladas como insumos de egreso en el Modelo Financiero, las partes acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de posponer el tiempo de ejecución de las restantes obras para las épocas atrás señaladas; el nuevo plazo para la ejecución de las obras sería el que establecieran de común acuerdo las partes y se contaría a partir de las fechas atrás señaladas; 4) El Concesionario se obligó a iniciar las ampliaciones en un Tercer Carril del Tramo de carretera entre La Caro y Centro Chía y del Puente existente sobre el Río Bogotá, en el sector de La Caro en la fecha indicada.

**q.** Mediante Otrosí No. 30, suscrito el 17 de enero de 2005[420], en el marco de las actividades de gestión predial asignadas al Concesionario, éste tendría a su cargo la realización de los avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de los predios, mejoras, servidumbres y zonas para la disposición de materiales, requeridos para la construcción de la Variante de Cajicá, actividades que se deben sujetar como mínimo al contenido de los parámetros del Anexo Técnico y de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia y para las cuales contaría con un plazo de seis meses contados a partir de la firma de esta Adición.

**r.** Mediante el Otrosí No. 40, suscrito el 12 de diciembre de 2005[421], las partes acordaron que, para los efectos de establecer, al finalizar la etapa de construcción de las obras que constituyen el objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las mayores y menores cantidades de obra a que dice relación la Cláusula Vigésima del mismo, se hará tomando las mismas de manera globalizada y no ítem por ítem, al finalizar la etapa de construcción.

**s.** Con el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005[422], el Concesionario se comprometió para con el INCO "a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo de acuerdo con los estudios, diseños, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados" en el Acuerdo Tercero de esa Acta, al tiempo que se acordó que el plazo para la ejecución de tales obras sería de veinticuatro (24) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previa presentación al INCO, de la totalidad de los permisos ambientales, tales como disposición de materiales, fuentes de materiales, plantas de trituración, concreto y asfaltos, concesiones de aguas, vertimientos, aprovechamientos forestales, etc. Así mismo, el Concesionario se comprometió a iniciar las obras de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, a partir del momento en que la totalidad de los predios necesarios para la construcción de cada uno de los

[419] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000340 a 000342
[420] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000352 a 000356
[421] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000001 a 000004
[422] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

tramos en que se habían dividido las dos obras a que se refiere esta Acta estuvieren a su disposición, según lo acordado en el adicional de 15 de junio de 2005.

**t.** En Acta suscrita el 19 de abril de 2006, las partes dejaron expresa constancia que la Etapa de Construcción se vio interrumpida por razón de no haber dispuesto el Concesionario de los predios afectados por la construcción de la Variante de Cajicá, del tramo que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, ni de los dineros necesarios para cubrir su valor, no obstante lo cual, el Concesionario acometió y culminó las obras respecto de las cuales le habían sido entregados los predios requeridos para su construcción y que en su conjunto las partes dieron en denominar "Tramo I" y que, según lo establece la misma Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en su numeral 2, la Etapa de Construcción finaliza "una vez el Instituto, a través de la Interventoría, haya recibido las obras, de acuerdo con la propuesta aprobada por él; para cuyo efecto se suscribirá, el "Acta de Finalización de la Etapa de Construcción".

**v.** A su vez, una vez cumplidas las condiciones previas requeridas para el inicio de las obras, establecidas en el Acta firmada el 29 de diciembre de 2005, en Acta suscrita el 8 de junio de 2006[423] el INCO, el Concesionario y la Interventoría acordaron iniciar a partir del día 08 de junio de 2006 la construcción de las siguientes obras identificadas en la citada Acta del 29 de diciembre de 2005, esto es: la doble calzada del tramo que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (reten), la Variante de Portachuelo y Redes de Servicio, Salmueroducto, retornos a nivel, puentes peatonales y paraderos, ciclorruta Capellanía – Zipaquirá, todo de acuerdo con el cuadro anexo que hacía parte del Modelo Financiero vigente. Lo anterior, sin perjuicio de lo que en relación con el plazo de ejecución se señaló en la consideración 3), esto es, que dicho plazo de ejecución de la obra debe entenderse como obligatorio si respecto de cada uno de los cinco sectores en que se dividió el tramo Cajicá (Capellanía) - Zipaquirá (reten) y Variante de Portachuelo, el INCO hubiera puesto a disposición del Concesionario, todos y cada uno de los predios afectados por la construcción de la obra, a más tardar en las siguientes fechas: Sector I, el 20 de mayo de 2006; Sector II, el 30 de junio de 2006; Sector III, el 30 de agosto de 2006; Sector IV, el 30 de octubre de 2006; y, Sector V, el 30 de noviembre de 2006. A su vez, mediante Otrosí No. 50, suscrito el 6 de febrero de 2009,[424]las partes acordaron prorrogar hasta el 13 de octubre de 2009 el plazo establecido en el Acta suscrita el 8 de junio de 2006 para la construcción de los tramos Capellanía - Zipaquirá y la Variante Portachuelo. Finalmente, mediante Otrosí No 52, suscrito el 13 de octubre de 2009[425], las partes acordaron prorrogar hasta el 14 de abril de 2010 el plazo establecido en el Acta suscrita el 8 de junio de 2006 para la construcción de los tramos Capellanía - Zipaquirá (excepto el Puente vehicular de Santana) y de la Variante de Portachuelo y, prorrogar la fecha de entrega del puente vehicular elevado Santana para cuando el avance en los diseños del Tren de Cercanías lo aconsejara, lo cual sería comunicado por el INCO al CONCESIONARIO o, a más tardar para diciembre 31 de 2013, lo que primero ocurriera.

**w.** Mediante el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006[426], el Concesionario se obligó para con el INCO "a la realización de la construcción de un puente peatonal que atraviese la Autopista Norte, el cual se erigirá a la altura de la abscisa PR 5+700 de las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, y permitirá el acceso peatonal por parte de los usuarios del Centro Hospitalario llamado Clínica Teletón, de conformidad con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sus apéndices y anexos y los documentos agregados al presente Contrato." El plazo de ejecución del contrato adicional sería de seis meses contados a partir de la fecha de orden de iniciación de los trabajos, impartida por el Subgerente de Gestión Contractual del INCO, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del Contrato.

[423] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000026 a 000028
[424] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000080 a 000083
[425] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000087 a 000090
[426] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066

**x.** Mediante el Otrosí No. 54, suscrito el 31 de octubre de 2013,[427] las partes acordaron modificar el alcance del objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada Intersección T de Portachuelo en su Fase I, para el desarrollo de las siguientes actividades: i) Estudios y diseños a nivel de detalle – Fase III, de una intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000; ii) construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04; iii) Operación y el mantenimiento rutinario de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000; iv) Gestión social; v) Gestión ambiental; y, vi) Gestión y adquisición predial. **El plazo para la ejecución de tales actividades se pactó en ocho (8) meses**. En caso de que producto de los Estudios y Diseños a nivel de detalle - Fase III, se generara la necesidad de efectuar intervenciones sobre las redes de servicios públicos existentes, el **plazo para la construcción se ampliaría en un (01) mes.**

Igualmente, las partes acordaron que el valor mensual relacionado con la Operación y Mantenimiento Rutinario "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la ANI, calculándolo hasta el **30 de noviembre de 2016, fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial Devinorte**." "Sin embargo, señalaron las partes que, toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar **LAS PARTES**, en caso de un acuerdo conciliatorio. // Este valor se aplicará proporcionalmente en caso que se determinen periodos inferiores a un mes. // Si la decisión del Tribunal de Arbitramento o el arreglo entre **LAS PARTES** determinan acortar el plazo total de la Concesión; el valor establecido para la Operación y Mantenimiento Rutinario se disminuirá en la proporción correspondiente teniendo como base, el valor mensual pactado en este mismo parágrafo."

**y.** Mediante el Otrosí No. 57, suscrito el 30 de abril de 2015, las partes acordaron contratar con el Concesionario la elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, para la construcción de las Variantes Sopó (Briceño-Pueblo Viejo-Las Manas) y Cajicá (El Molino-Canelón). El plazo para la ejecución de las obligaciones emanadas de este Otrosí se pactó en seis (6) meses, contado a partir de la suscripción del mismo. A su vez, mediante el Acta suscrita el 29 de marzo de 2016, las partes acordaron primero suspender el plazo previsto en el Otrosí No. 57 de 2015, referido a la entrega de los estudios y diseños a nivel de detalle-Fase III de la Variante Sopó por el plazo de un (1) mes contado a partir de la suscripción de dicha acta, es decir, hasta el 29 de abril de 2016, inclusive. A su vez, mediante acta suscrita el 29 de abril de 2016, las partes acordaron prorrogar la suspensión hasta el 23 de mayo de 2016, inclusive. Igualmente, mediante el acta suscrita el 23 de mayo de 2016, las partes acordaron prorrogar la suspensión por el plazo de 30 días más, hasta el 22 de junio de 2016.

**z.** Mediante el Otrosí No. 60, resultado de Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015, suscrito el 15 de abril 2016, las partes declararon que al momento de la suscripción del acuerdo conciliatorio se encontraban ya ejecutadas obras que no lo estaban al momento de convocar el Tribunal de Arbitramento (Cláusula Segunda); que, otras, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio fueron excluidas (Cláusula Cuarta) y, que para el momento de la suscripción de este Otrosí, se encontraban en ejecución las siguientes obras cuyo plazo de ejecución correspondía al cronograma propuesto por el Concesionario y no objetado por la Interventoría:

[427] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

| Obras en ejecución | Plazo para finalización y entrega |
|---|---|
| a. Puente Peatonal Refisal* | 183 días |
| b. Construcción Cicloruta La Caro – Centro Chía* | 200 días<br>Previsto traslado de la red de alumbrado público y terminación de la construcción del Puente Peatonal Unisabana por parte de ICCU** |
| c. Puente o Paso peatonal Zhúe* | 183 días<br>Previa entrega del predio del costado occidental** |
| d. Ampliación viaducto La Caro* | 386 días |

* La fecha de inicio se cuenta desde la firma del acta de inicio de las actividades.

** El Concesionario desplegará la mayor diligencia y colaboración a efectos de lograr esta gestión dentro de la mayor brevedad.

Las partes declararon que "En lo que corresponde a los plazos previstos en los cronogramas para la ejecución de las obras referidas en este Otrosí y **teniendo en cuenta que la determinación del plazo de la Concesión se encuentra a instancias de las resultas del Tribunal de Arbitramento en curso entre las Partes, en el evento en que el plazo de la Concesión -conforme a la decisión arbitral- finalice con anterioridad a la extinción del plazo de las obras establecido en los cronogramas objeto del presente otrosí**, la obligación de terminar las obras no implica - de manera alguna- extensión o prórroga del plazo de la Concesión y su culminación será obligatoria para el Concesionario. En tal caso, se suscribirá un documento entre las Partes regulando lo pertinente a la terminación de estas obras." Finalmente, señalaron que "Las Partes entienden y aceptan que sin perjuicio de lo aquí convenido respecto de las exclusión y sustituciones de obras, en lo que hace a la actualización del modelo financiero del proyecto y al efecto económico de los desplazamiento de cronogramas, se estará a los resuelto por el Tribunal de Arbitral" (Cláusula Décima Tercera).

**3.3.** El **plazo pactado para la Etapa de Operación fue de ciento cincuenta (150) meses.**

Téngase en cuenta que en el Pliego de Condiciones de la Licitación se señaló que en la propuesta debía acompañarse la comprobación de la viabilidad financiera del proyecto, el cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel y estructura de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico y financiero del contrato durante el período de operación. Así mismo se indicó que el plazo máximo de esta Etapa sería establecida en meses y sería el tiempo necesario para la recuperación total de la inversión efectuada para la realización del proyecto, su mantenimiento y operación. Por ello, para el establecimiento de la duración de esta Etapa el proponente debía tener en cuenta todos los costos, gastos y utilidad para la correcta operación de la carretera: costos financieros, costos de conservación, gastos de administración, y el costo de oportunidad de la inversión efectuada, de acuerdo con todas y cada una de las condiciones establecidas en los Pliegos.

Conforme a la propuesta del proponente, en el Contrato se estableció en 150 meses pero se señaló que este plazo podría variar, según aumentara o disminuyera el período acumulado para la ejecución de las etapas de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción. A su vez, se tiene lo siguiente:

**a.** Mediante Otrosí No. 05, suscrito el 24 de julio de 1997,[428] las partes acordaron, entre otros asuntos que, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del mismo, en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de su celebración, harían los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio contractual a que hubiere lugar, como consecuencia del mayor tiempo de cesión del recaudo en la caseta denominada Los Andes.

**b.** Mediante el Otrosí No. 8 suscrito el 22 de diciembre de 1998, las partes convinieron que los acuerdos a los que llegaron en dicho instrumento contractual conforme a las consideraciones allí

[428] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000197 a 000200

expuestas, serían consignados y se involucrarían en la actualización del modelo financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial, al tiempo que se estipuló que el cronograma de obra y de inversiones correspondiente a las obras definidas en dicho Otrosí involucrados para la actualización del modelo financiero serían de obligatorio cumplimiento para el Concesionario. De conformidad con lo anterior, las partes se comprometieron a que, en el término máximo allí previsto -que luego fue ampliado por los Otrosíes Nos. 9 y 10 suscritos el 24 de mayo de 1999-, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la Etapa de Operación. Allí las partes acordaron que, en todo caso, mantendrían la TIR del proyecto.

**c**. Mediante el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003[429], las partes solemnizaron los acuerdos logrados entre ellas que desembocaron en la suscripción del "Acta de Cierre Financiero" de 1 de octubre de 2001, de conformidad con los **cuales se amplió la etapa de operación en 56 meses -4 años y 8 meses-, pasando la Etapa de Operación de 150 meses -12 años y 6 meses- a 206 meses -17 años y 2 meses-.**

**d.** Mediante el Otrosí No. 31, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005[430], el INCO reconoció que el Concesionario había realizado o estaba realizando las inversiones que se incorporaron al modelo financiero aprobado por ellas mediante el Acta de esa misma fecha y cuya descripción, naturaleza y cuantía se reseñaron en el mismo, que hace parte de la mencionada acta, y, adicionalmente, se relacionan en el "Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá, incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón", por lo que en aplicación de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, las partes acordaron que para que el Concesionario pudiera recuperar la inversión en las citadas obras ya ejecutadas o que se encontraban en estado de ejecución, se modificaba **el término de duración de la Etapa de Operación, en el sentido de ampliarlo, hasta el día treinta (30) de septiembre de 2013.** Como corolario de lo acordado, las partes se obligaron a tener en cuenta el valor de la inversión objeto de este otrosí efectuada por el Concesionario como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994, para todos los efectos contractuales.

**e.** Con el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005[431], que se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, las partes acordaron que luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten."

**f.** En esta Acta suscrita el 19 de abril de 2006, las partes dejaron expresa constancia que, según la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, la Etapa de Operación del proyecto se debía iniciar concomitantemente con la culminación de las obras correspondientes al "*primer tramo*". No obstante y dada la imposibilidad física de continuar con la ejecución de las obras que se suspendieron y allí se identificaron, se hizo necesario dar inicio a la Etapa de Operación, al día siguiente de la fecha en que se culminaron las obras del denominado "Tramo I", o "Primer Tramo" en los términos del Contrato, esto es, el 1° de mayo de 1999 y que, en cumplimiento de lo allí señalado el INCO, la Interventoría y el Concesionario suscribieron el documento exigido por la Cláusula Tercera con fecha 30 de abril de 1999, como corolario de lo cual se inició la Etapa de Operación del Contrato a partir del ya mencionado día 1° de mayo de 1999.

[429] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281
[430] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365
[431] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

**g.** Mediante el Otrosí No. 43, suscrito el 11 de agosto de 2006[432], las partes acordaron novar la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo insoluto por concepto de las "Obras ejecutadas en ítems no previstos", realizadas en ejecución del "*Tramo I",* que a fecha 29 de diciembre de 2005 ascendía a la suma de $2.153.186.684,27, en pesos de mayo de 1994, en el sentido de que, en lugar de pagarla con dinero en efectivo, la compensará mediante su inclusión dentro del Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, al tiempo que se pactó que, el período a que se dice relación en el acuerdo anterior de este Otrosí, está incluido dentro del lapso de duración de la Etapa de Operación que se acordó en el Acta de reinicio de obras de los tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y la Actualización del Modelo Financiero, de fecha 29 de diciembre de 2005.

**h.** Mediante el Otrosí No. 44, suscrito el 22 de agosto de 2006[433], el Concesionario se comprometió para con el INCO a ejecutar las obras de construcción de la doble calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo de acuerdo con los estudios y especificaciones y demás documentos relacionados en el contrato original y siguiendo el nuevo diseño que resulte aprobado, para lo cual dispondría de un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la fecha de este Otrosí para presentar a la consideración y aprobación del INCO y de la Interventoría los nuevos estudios, diseño y presupuesto de las obras, al tiempo que estipularon que, dado que la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo es una obra que hace parte del "alcance físico adicional" del Contrato de Concesión 664 de 1994 y, por lo mismo, se contempla como insumo de egreso en el "Modelo Financiero" del Contrato, efectuarían su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio de diseño de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo a que se alude en la consideración 13 de dicho Otrosí y que finalmente resulte como consecuencia de lo señalado en la consideración 14 y en la Cláusula Segunda del mismo.

**i.** Mediante el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006[434], el Concesionario se obligó para con el INCO "a la realización de la construcción de un puente peatonal que atraviese la Autopista Norte, el cual se erigirá a la altura de la abscisa PR 5+700 de las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, y permitirá el acceso peatonal por parte de los usuarios del Centro Hospitalario llamado Clínica Teletón, de conformidad con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sus apéndices y anexos y los documentos agregados al presente Contrato." Las partes acordaron que el valor de dicha obra complementaria, se contabilizaría como una partida de egreso del modelo financiero del Contrato de Concesión de acuerdo con la cláusula trigésima sexta del mismo. En consecuencia, las partes acordaron que el valor de este adicional sería cubierto al Concesionario mediante la ampliación de la etapa de operación de acuerdo con la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión de 1994. El valor final de la obra será el que certifique la Interventoría.

**j.** Mediante el Otrosí No. 54, suscrito el 31 de octubre de 2013,[435] en el cual las partes acordaron modificar el alcance del objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada Intersección T de Portachuelo en su Fase I, para el desarrollo de las actividades allí descritas, las partes acordaron que el valor relacionado con la Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los precios y las cantidades de obra que se determinen a partir de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura. Los precios para las obras que se adelanten corresponderán a los precios INVIAS vigentes para el año 2013, Territorial Cundinamarca", e igualmente acordaron que el valor mensual relacionado con

[432] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000035 a 000038
[433] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000039 a 000044
[434] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066
[435] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

la Operación y Mantenimiento Rutinario "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la ANI, calculándolo hasta el **30 de noviembre de 2016, fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial Devinorte**." "Sin embargo, señalaron las partes que, toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar **LAS PARTES**, en caso de un acuerdo conciliatorio. // Este valor se aplicará proporcionalmente en caso que se determinen periodos inferiores a un mes. // Si la decisión del Tribunal de Arbitramento o el arreglo entre **LAS PARTES** determinan acortar el plazo total de la Concesión; el valor establecido para la Operación y Mantenimiento Rutinario se disminuirá en la proporción correspondiente teniendo como base, el valor mensual pactado en este mismo parágrafo." (Cláusula Tercera. Valor. Parágrafos Primero y Segundo). En relación con la Gestión Predial que adelantara el concesionario y de conformidad con lo establecido en este Otrosí, se acordó el pago allí pactado y en la forma en él establecida, mientras que el valor de la gestión social y ambiental sería establecido a precio global fijo, al que se llegaría mediante el análisis de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura (Cláusula Tercera, Parágrafos Tercero y Cuarto). (Subraya y resalta el Tribunal).

En este punto el Tribunal reitera que con el apartado del Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí modificatorio del 31 de octubre de 2013, que está contenida en los Acuerdos a los que arribaron las partes, ellas definieron de manera precisa la fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial DEVINORTE, con lo cual modificaron el primer apartado del Acuerdo Séptimo contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, al tenor de la cual las partes habían determinado que luego de correr el modelo financiero con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato 0664 de 1994 se extendería hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten. Ahora, por virtud de lo acordado en el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 54 suscrito el 31 de octubre de 2013, las partes definieron como fecha cierta de terminación de la Concesión el 30 de noviembre de 2016 y con ello se eliminó la posibilidad que dicho término resulte mayor o menor. Con todo, como las partes señalaron a renglón seguido que "toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que **el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal**, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar LAS PARTES, en caso de un acuerdo conciliatorio", ello conlleva, entonces, que el plazo de la concesión se puede ampliar sólo si prosperan las pretensiones del Concesionario en este Tribunal Arbitral, pero en ningún caso, ahora, se puede recortar. Se trata de un acuerdo contractual al que llegaron las partes, que no solo debe acatado por ellas, sino que debe ser respetado por este Tribunal al adoptar las decisiones para las cuales se le ha atribuido competencia.

**k.** En el Otrosí No. 60, resultado de Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015, suscrito el 15 de abril 2016, las partes declararon que "En lo que corresponde a los plazos previstos en los cronogramas para la ejecución de las obras referidas en este Otrosí y teniendo en cuenta que la determinación del plazo de la Concesión se encuentra a instancias de las resultas del Tribunal de Arbitramento en curso entre las Partes, en el evento en que el plazo de la Concesión -conforme a la decisión arbitral- finalice con anterioridad a la extinción del plazo de las obras establecido en los cronogramas objeto del presente otrosí, la obligación de terminar las obras no implica -de manera alguna- extensión o prórroga del plazo de la Concesión y su culminación será obligatoria para el Concesionario. En tal caso, se suscribirá un documento entre las Partes regulado lo pertinente a la terminación de estas obras." Igualmente, señalaron que "Las Partes

entienden y aceptan que sin perjuicio de lo aquí convenido respecto de las exclusión y sustituciones de obras, en lo que hace a la actualización del modelo financiero del proyecto y al efecto económico de los desplazamiento de cronogramas, se estará a los resuelto por el Tribunal de Arbitral" (Cláusula Décima Tercera).

**4.** El valor total del Contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento durante la concesión se hizo mediante la cesión de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario. En tal virtud, el concesionario obtiene como contraprestación o remuneración por ejecutar el Contrato el valor que resulte del recaudo de las tarifas de peaje que le fueron cedidas, conforme a la matriz de riesgos adoptada, la inicial y las que la modificaron, con los límites que resultan de las previsiones sobre el Ingreso Mínimo Garantizado y el Ingreso Máximo Aportante cuyo no alcance o sobrepaso, según suceda, respectivamente, determina las consecuencias previstas en el mismo Contrato.

**5.** El cumplimiento del objeto contractual por parte del Concesionario se ha llevado a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente INVIAS, INCO o ANI, respecto de la correcta ejecución de la obra y de su operación y mantenimiento.

**6.** Se pactó para la Etapa de Operación una garantía de Ingreso Mínimo a favor del Concesionario si en el respectivo año el recaudo de peajes fuere insuficiente, utilizando recursos del presupuesto de la entidad concedente, al tiempo que se acordó que cuando los ingresos sobrepasaran el Límite Máximo de Volumen de Tránsito Aportante a la Concesión para cada año, el 50% de los ingresos adicionales serían utilizados para financiar la ejecución de obras adicionales prioritarias dentro del mismo sistema vial que debían acordarse con la entidad concedente o para cubrir compensaciones por déficits generados en situaciones garantizadas por la entidad concedente; el 50% restante lo retendría la Concesión para financiar los mayores costos de mantenimiento de la vía que genera un aumento de los valores de tránsito.

**7.** De conformidad con el Pliego de Condiciones y sus Anexos de la Licitación 05 de 1994, el proyecto debía ser 100% accionario, esto es, con financiación total por parte del Concesionario.

A su vez, en el Contrato de Concesión 0664 de 1994, se pactó la obligación, a cargo del Concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, circunstancia ésta que conduce a identificar este contrato de concesión como un auténtico negocio financiero, puesto que el Concesionario debió disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades. En efecto, la Concesión se estructuró como un típico negocio financiero en el cual el particular ha destinado a la rehabilitación, construcción y construcción y mantenimiento de la obra pública recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obligó a las correspondientes prestaciones que permitirán al Concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos. En otros términos, la utilidad o ventaja económica que se persiguió con la celebración de este Contrato por el particular Concesionario no surgió del "precio" pactado, equivalente al valor de la obra ejecutada, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, lo que es lo mismo, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que condujo al Concesionario a la celebración del Contrato.

Así, el Concesionario adquirió no sólo la obligación de rehabilitar, construir, o construir y operar y mantener la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener

ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en dicha construcción. Por ello, los ingresos que produce la obra dada en concesión, fueron asignados total o parcialmente al Concesionario, hasta tanto obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido.

**8.** En el Contrato de Concesión quedo establecida la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes.

**9.** Conforme al Pliego de Condiciones de la Licitación 05 de 1994, el equilibrio económico y financiero del Contrato se mediría en función de la Matriz de Riegos y la Tasa Interna de Retorno formulada en la propuesta -que según los oferentes sería equivalente a, aproximadamente el 10.94% anual, en términos reales- la cual fue aceptada por la entidad concedente al adjudicar la Licitación-, y la cual debía aplicarse en caso de ruptura de la ecuación contractual para activar los mecanismos o sistemas de su restablecimiento. Con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación legal de mantener el equilibrio financiero, en el Contrato de Concesión 0664 de 1994, las partes acordaron expresamente que si presentaba alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula Quinta (Si el Instituto no autorizaba el ajuste en el valor de las tarifas de peaje), y cláusulas Décima Tercera (Si la suma de los desembolsos totales efectuados por la Unión Temporal Concesionaria para la adquisición de predios, incluyendo aquellos para los que hubiere sido necesario adelantar el proceso de expropiación, fuere superior a este valor, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal), Décima Séptima (Si durante la Etapa de Operación, el ingreso total obtenido por concepto de peaje, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal) o Vigésima (El Instituto reconocerá a la Unión Temporal Concesionaria el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems conforme a los parámetros que aquí se consagran) del Contrato de Concesión, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendría constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1) Aumento en el plazo de la Etapa de Operación. 2) Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la Etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE, el cual no podría ser superior al 30% del Índice de Precios al Consumidor. 3). Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarían para sobrecostos de construcción y déficits de la demanda. En tales casos se iniciaría el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3), como último recurso. El concesionario debía presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se debía recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por la auditoría externa. Para cubrir faltante por compra de predios o costos de interventoría se recurriría en todos los casos al sistema (3). El instrumento o la combinación de ellos que se utilizaría para la compensación, sería acordado entre el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo prevalecerá la decisión de la entidad concedente una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optase por la alternativa tres, la entidad Concedente procedería al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligada a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.

**10.** Téngase en cuenta otra vez que en el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el plazo total de las tres etapas descritas podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo. Por lo tanto, según la distribución de riesgos adoptada inicialmente por las partes y conforme lo fueron

definiendo ellas mismas cada vez que se produjo una ruptura de la ecuación económico financiera del Contrato, según se vio en la descripción que acaba de hacerse del íter contractual, al aplicar el mecanismo o sistema restaurador del equilibrio contractual previsto en el mismo Contrato consistente en el aumento del plazo de la Etapa de Operación, las partes acordaron utilizar la Tasa Interna de Retorno TIR indicada por el Concesionario en su propuesta como representativa del rendimiento mínimo que esperaba de su inversión.

En efecto, tal y como atrás se vio:

**a.** Mediante Otrosí No. 05, suscrito el 24 de julio de 1997,[436] las partes acordaron, entre otros asuntos que, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del mismo, en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de su celebración, harían los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio contractual a que hubiere lugar, como consecuencia del mayor tiempo de cesión del recaudo en la caseta denominada Los Andes. En desarrollo de este acuerdo, mediante comunicación DVNB-1107 del 24 de octubre de 1997, el Concesionario remitió al INVIAS la actualización del Modelo Financiero del proyecto con el fin de restablecer el equilibrio financiero del Contrato,[437] la cual realizó tomando como tiempo total de la concesión 18,08 años (217 meses), a partir de diciembre/94 hasta diciembre/12. Calculó la Tasa Interna de Retorno del Inversionista definiendo como flujo positivo los dividendos y como flujo negativo los aportes de capital de riesgo más excedentes del ingreso por peaje; la TIR resultante fue 38.17% equivalente a 14.19% real. Así mismo, se calculó la TIR del proyecto tomando como flujos positivos los ingresos por peaje y como flujos negativos los egresos operacionales totales; la TIR resultante fue de 34.25% equivalente a una real de 10.95%. Empero, el INVIAS no se pronunció al respecto.

**b.** Mediante el Otrosí No. 8 suscrito el 22 de diciembre de 1998,[438] las partes convinieron que los acuerdos a los que llegaron en dicho instrumento contractual conforme a las consideraciones allí expuestas, serían consignados y se involucrarían en la actualización del Modelo Financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial, al tiempo que se estipuló que el cronograma de obra y de inversiones correspondiente a las obras definidas en dicho Otrosí involucrados para la actualización del Modelo Financiero serían de obligatorio cumplimiento para el Concesionario. De conformidad con lo anterior, las partes se comprometieron a que, en el término máximo allí previsto -que luego fue ampliado por los Otrosíes Nos. 9[439] y 10[440] suscritos el 24 de mayo de 1999-, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación. Se reitera que allí las partes acordaron que, en todo caso, mantendrían la TIR del proyecto. Con la comunicación DVNB 3193 del 29 de abril de 1999, la Concesionaria envió al INVIAS para su estudio el Modelo Financiero de Devinorte en cuatro versiones alternativas; con la Comunicación DVNB 3139 del 21 de julio de 1999, le presentaron los diferentes parámetros utilizados en la actualización del citado Modelo y con la comunicación DVNB-3551 del 21 de diciembre de 1999, le enviaron la actualización del Modelo Financiero con el cual estaba de acuerdo la Interventoría.[441]

**c.** En cumplimiento de la obligación a cargo de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del Contrato, el estado actual del equilibrio económico y financiero del mismo, mediante el procedimiento de actualizar el modelo financiero contractualmente adoptado como consecuencia de haber sido ofertado por el Concesionario y aceptado por la entidad concedente, las partes y la Interventoría, a través de sus expertos, realizaron trabajos de investigación, analíticos y conclusivos, a veces separadamente, otras veces colectivamente, y a partir del mes de julio de 2001 se reunieron

[436] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000197 a 000200
[437] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000179 a 000223
[438] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218
[439] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223
[440] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230
[441] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000376 a 000380

en varias ocasiones, con la finalidad de establecer los montos reales de los factores constitutivos de los ingresos y egresos del flujo de caja del proyecto, con el propósito de establecer bajo qué condiciones el comportamiento del flujo de caja resultante de contabilizar los factores constitutivos de sus insumos, ya ocurridos y por estimar bajo los parámetros contractuales los factores constitutivos por ocurrir, garantizaban la obtención de un 10.94% en términos reales como Tasa Interna de Retorno del proyecto, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta y aceptada por la entidad concedente.

Como consecuencia de lo anterior, las partes y la Interventoría arribaron a las conclusiones que luego las partes solemnizaron en el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003.[442] En dicho instrumento las mismas partes dejaron en claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores y que, como consecuencia de ello, el resultado del "Modelo Financiero" final o definitivo sólo puede ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, bajo la metodología contractualmente acordada, hayan pasado de la condición de hipotéticos a reales. Igualmente, las mismas partes declararon que tenían por sabido que constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a) las inversiones que hubiere realizado y realizara el Concesionario en la ejecución del "alcance básico" del contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que hubiere realizado y realizara el Concesionario en la ejecución de "obras complementarias"; c) Las inversiones que hubiera realizado y realizara el Concesionario en "obras ejecutadas en ítems no previstos"; y, d) Las inversiones que hubiera realizado y realizara el Concesionario en "mayores cantidades de obra".

Téngase en cuenta que, también como atrás se vio extensamente, demandado dicho Otrosí en ejercicio de acción popular, cada una de las partes concurrió de manera coincidente a su defensa integral ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera y luego ante el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, jurisdicción que en Sentencia de primera instancia proferida el 11 de diciembre de 2008 y luego en Sentencia de segunda instancia proferida el 13 de agosto de 2014, decidió que con dicho instrumento contractual que las partes estaban en capacidad de suscribir, no se vulneraron los derechos colectivos a la moral administrativa o al patrimonio público.

**d.** Mediante el Otrosí No. 23, suscrito el 6 de abril de 2004,[443] conforme al cual el Concesionario se comprometió a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la Variante de Cajicá, de acuerdo con los estudios, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en este Otrosí, dado que la construcción de dicha Variante de Cajicá es una obra que hace parte del alcance básico del Contrato de Concesión y por lo mismo está contemplada como insumo de egreso en el Modelo Financiero del mismo Contrato, las partes acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio del trazado de la Variante de Cajicá y que finalmente resultare como consecuencia de lo señalado en la consideración 22 y en la cláusula segunda.

**e.** Mediante el Otrosí No. 27, suscrito el 16 de diciembre de 2004,[444] conforme al cual se autorizó al Concesionario para dotar a la concesión de una estación móvil de control de peso con las especificaciones en él previstas, las partes acordaron que los costos de compra, mantenimiento y operación de la báscula móvil, sería incluidos dentro del "Modelo Financiero" de la concesión.

[442] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281
[443] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000304 a 000320
[444] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000347 a 000350

**f.** Mediante el Otrosí No. 28, suscrito el 16 de diciembre de 2004,[445] relacionado con la distribución por partes iguales entre el INCO y el Concesionario de los ingresos del Peaje Teletón, las partes acordaron que los ingresos que recibiera el Concesionario como resultado de este Otrosí, fueran estos pasados o futuros, se contabilizarán como parte de los ingresos en el "Modelo Financiero", contractualmente acordado y, en consecuencia, producirán todos los efectos que resultan de su contabilización.

**g.** Mediante el Otrosí No. 29, suscrito el 16 de diciembre de 2004,[446] con el cual se pospuso la ejecución de algunas de las obras que forman parte del alcance básico del Contrato 664 de 1994 (La ampliación en un tercer carril del tramo de vía que desde La Caro conduce al Centro Chía; la ampliación del puente existente sobre el Río Bogotá; y, la ampliación del Antiguo Viaducto de La Caro), dado que ellas están contempladas como insumos de egreso en el Modelo Financiero, las partes acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de posponer el tiempo de ejecución de las restantes obras para las épocas que señala la cláusula primera.

**h.** También, en cumplimiento de la obligación de las partes de verificar permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, a fin de mantener la Ecuación Contractual mediante el procedimiento de actualizar el "Modelo Financiero" contractualmente adoptado, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta que fue aceptada por la entidad concedente y con la finalidad de conservar la TIR acordada en favor del Concesionario, las partes y la Interventoría se reunieron de manera periódica en el primer semestre de 2005 con el propósito de incorporar en el Modelo Financiero las novedades registradas desde la última actualización del mismo efectuada el 1 de octubre de 2001, para lo cual se aplicó como base el modelo y la metodología acordada por las partes en dicha actualización, incorporando los ajustes y actualizaciones (relacionados con la Variante de Cajicá, las Obras ambientales, la distribución de ingreso y egresos de la caseta de Teletón, los Accesos al Parque Sopó, el Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue), el Retorno Briceño I y el Plan de inversiones a ejecutar en el futuro relacionadas en la página 1 de 2 del cuadro resumen de la Actualización del modelo financiero de mayo 24 de 2005), todo lo cual se incorporó en el Acta suscrita el 31 de mayo de 2005 la cual fue solemnizada con el Otrosí No. 31, suscrita en la misma fecha.[447]

De nuevo, en este instrumento, las partes expresaron que tenían claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o suceden los susodichos insumos o factores, por lo que, señalaron, que la actualización del modelo financiero que por este Otrosí se adoptó contractualmente, reflejaba lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión desde el día 11 de agosto de 2003 hasta el día 24 de Mayo de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, a partir del 11 de agosto de 2003, fecha en la cual se suscribió el Acta de solemnización de los acuerdos financieros del año 2001 como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se había iniciado. Unas y otras, señalaron, se relacionan plenamente en la actualización del Modelo Financiero, que como ya se dijo, hace parte de dicha adición y, específicamente, en el Anexo denominado "Cuadro Resumen" (Página 1 de 2), identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados, esto último, según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro y bajo el entendido de que la actualización, como lo expresaron las parte, tan solo añade las ejecutadas a partir del 11 de agosto de 2003. Por tal razón, de nuevo las partes señalaron que, en consonancia con lo anterior, el "Modelo Financiero" final o definitivo sólo podrá ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales. Igualmente, las partes declararon que, con sujeción a las

[445] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000343 a 000346
[446] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000340 a 000342
[447] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

condiciones del contrato y de los acuerdos establecidos por las partes, constituían egresos del Modelo los siguientes rubros de inversión: a) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución del "alcance básico" del contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución de obras complementarias; c) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en "mayores cantidades de obra"; y, e) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores, hayan sido ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos.

En esta actualización del Modelo Financiero se incluyó la Variante de Cajicá, cuyo costo de construcción se estableció en el adicional al contrato principal de fecha 6 de abril de 2004 y sus anexos y también la construcción del retorno Briceño I, la del Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue) y los ingresos por el Peaje de Teletón; todo como aparece en el cuadro denominado "Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá, incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón' (Página 1 de 2).

De conformidad con lo anterior, la entidad concedente reconoció que el Concesionario había realizado o estaba realizando las inversiones que se incorporaron al modelo financiero aprobado por ellas mediante el Acta de 31 de Mayo de 2005 y cuya descripción, naturaleza y cuantía se reseñaron en el mismo y, en aplicación de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión acordaron que para que el Concesionario pudiera recuperar la inversión en las obras ya ejecutadas o que se encontraban en estado de ejecución, el término de duración de la Etapa de Operación se modificó, en el sentido de ampliarlo, hasta el día treinta (30) de septiembre de 2013.

Así mismo, en acatamiento a su deber legal y contractual de hacer evaluaciones permanentes del comportamiento de la "Ecuación Contractual", las partes se obligaron desde ese momento a aplicar los mecanismos contractuales de compensación que fueran necesarios para restablecer la "Ecuación Contractual".

**i.** Igualmente en cumplimiento de la obligación de las partes establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre ellas en materia de riesgos y garantías en términos del contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosíes y demás documentos suscritos durante la vigencia del Contrato de Concesión, las partes y la Interventoría procedieron a actualizar y correr el *"Modelo Financiero"* tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del "*Modelo Financiero"* que se presenta por ellas y que está contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005.[448]

En ella, de nuevo las partes manifestaron tener claro que el llamado "*Modelo Financiero"* es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores, por lo que, dijeron, la actualización del "*Modelo Financiero",* que sirve de referencia para el presente documento, refleja parcialmente lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 hasta el día 30 de noviembre de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se había iniciado. Unas y otras se relacionaron detalladamente en la actualización del modelo financiero que hace parte de esa Acta y, específicamente en el Anexo No. 1, identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales

[448] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

definitivos o valores estimados, esto último, según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro. En consonancia con lo anterior, las partes señalaron que el "*Modelo Financiero"* final o definitivo será establecido una vez que la totalidad de las variables que se constituyen sus factores de egreso y de ingreso, a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales, en la medida en que se conozcan sus valores y oportunidades de ejecución y se puedan aplicar de manera cierta todas las estipulaciones del contrato y determinar en ese momento la duración real del mismo.

Así mismo, con sujeción a las estipulaciones del contrato, las partes declararon que constituían egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución del "alcance físico adicional" del Contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución de obras complementarias en ítems previstos; c) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en "*mayores cantidades de obra"* de acuerdo con las Cláusulas Vigésima y Vigésima Primera y su Aclaración del 12 de diciembre de 2005; y, e) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores, hayan sido éstas ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos, previa y expresa aprobación de la entidad concedente.

En esta actualización del modelo financiero se actualizó la fecha de construcción de la segunda calzada del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, lo mismo que la fecha de construcción de las obras complementarias y ambientales; se excluyó el retorno de Briceño I y, ante la imposibilidad de aplicar la Cláusula 20 del contrato en ese momento en ejecución del mismo, se dejó constancia que se tomó como referencia provisionalmente para el valor de las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, el valor que se derivaba de los diseños aprobados y que la cifra que aparecía reflejada en el ítem Tramo I- Obra básica, complementarias, adicionales y mayores cantidades de obra ($53.883.653.111 a precios de mayo/94) no había sido desagregada y, por tanto, no había sido aplicado sobre éstos valores lo dispuesto respecto de las "mayores cantidades de obra". "En consideración a lo anterior, señalaron, el valor real final será el que resulte de la aplicación de las estipulaciones contractuales, en especial de las Cláusulas Vigésima y Vigésima Primera y su Aclaración del 12 de diciembre de 2005 que aplicará respecto de las "*mayores cantidades de obra"* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el Concesionario ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron que "Luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten." "Por lo tanto, precisaron las partes, el valor real final será el que resulte de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del doce (12) de diciembre 2005 que aplicará respecto de las '*mayores cantidades de obra'* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el CONCESIONARIO ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994)." (Acuerdo Séptimo del Acta)

En el Documento Actualización del Modelo Financiero se lee:

> "La actualización del modelo financiero presenta una situación dinámica generada por la fecha real de los ingresos, la liquidación de las obras ejecutadas, el cronograma y el costo de las obras por ejecutar y en general todas las situaciones que generan algún tipo de modificación que lo afecte.

"Por lo anterior, se presenta la actualización del modelo financiero, manteniendo la Tasa Interna de Retorno del proyecto (100% accionario) estipulada en el contrato del 10.94% real."

**j.** Mediante el Otrosí No. 43, suscrito el 11 de agosto de 2006,[449] las partes acordaron novar la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo insoluto por concepto de las "Obras ejecutadas en ítems no previstos", realizadas en ejecución del "*Tramo I",* que a fecha 29 de diciembre de 2005 ascendía a la suma de $2.153.186.684,27, en pesos de mayo de 1994, en el sentido de que, en lugar de pagarla con dinero en efectivo, la compensará mediante su inclusión dentro del Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994. Finalmente se pactó que el período a que se dice relación en el acuerdo anterior de este Otrosí, está incluido dentro del lapso de duración de la Etapa de Operación que se consagra en el Acta de reinicio de obras de los tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y la Actualización del Modelo Financiero, de fecha 29 de diciembre de 2005.

**k.** Mediante el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006,[450] el Concesionario se obligó para con el INCO "a la realización de la construcción de un puente peatonal que atraviese la Autopista Norte, el cual se erigirá a la altura de la abscisa PR 5+700 de las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, y permitirá el acceso peatonal por parte de los usuarios del Centro Hospitalario llamado Clínica Teletón, de conformidad con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sus apéndices y anexos y los documentos agregados al presente Contrato." Así mismo, independiente del plazo de ejecución de esta obra pactado, las partes acordaron que el valor de este Otrosí sería cubierto al Concesionario mediante la ampliación de la etapa de operación de acuerdo con la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión de 1994.

**l.** Se reitera que con el primer apartado del Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 54, suscrito el 31 de octubre de 2013,[451] que está contenida en los Acuerdos a los que arribaron las partes, ellas definieron de manera precisa la fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial DEVINORTE, con lo cual modificaron el primer apartado del Acuerdo Séptimo contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, al tenor de la cual las partes habían determinado que luego de correr el modelo financiero con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato 0664 de 1994 se extendería hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten. Ahora, por virtud de lo acordado en el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 54 suscrito el 31 de octubre de 2013, las partes definieron como fecha cierta de terminación de la Concesión el 30 de noviembre de 2016 y con ello se eliminó la posibilidad que dicho término resulte mayor o menor. Con todo, como las partes señalaron a renglón seguido que "toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que **el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal**, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar LAS PARTES, en caso de un acuerdo conciliatorio", ello conlleva, entonces, que el plazo de la concesión se puede ampliar sólo si prosperan las pretensiones del Concesionario en este Tribunal Arbitral, pero en ningún caso, ahora, se puede recortar. Se trata de un acuerdo contractual al que llegaron las partes, que no solo debe acatado por ellas, sino que debe ser respetado por este Tribunal al adoptar las decisiones para las cuales se le ha atribuido competencia.

[449] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000035 a 000038
[450] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066
[451] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

# 5. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUERON CONCILIADAS POR LAS PARTES

## 5.1. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN IV.1.3. DECLARATIVA DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUE CONCILIADA

La parte convocante solicita del Tribunal:

> ***"IV.1.3.-*** *Se declare que de conformidad y como consecuencia de lo dispuesto por los artículos 4, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, la* ***CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA*** *del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y las pertinentes adiciones, otrosíes o modificaciones al precitado contrato, es obligación de las partes contractuales estudiar y definir permanentemente durante la ejecución del contrato el estado del equilibrio económico y financiero del mismo a fin de convenir y solemnizar, en cuando éste haya resultado roto, las medidas o mecanismos de compensación contractualmente pactados, de manera que resulten idóneos y suficientes para restablecer dicho equilibrio."*

**Consideraciones del Tribunal**

Como se pudo apreciar en las consideraciones expuestas en el numeral 3.2 de este Laudo, la Ley 80 de 1993 -norma vigente a la celebración del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 y aplicable a éste-, exige mantener durante el desarrollo del Contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras del mismo, en los siguientes términos:

> Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:
>
> (…)
>
> 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.
>
> Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:
>
> 1. Tendrán derecho a … que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
>
> (…)

Complementariamente, los artículos 26, 27 y 28 de la misma Ley 80 de 1993, ordenan:

> Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:
>
> 1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

(…)

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

(…)

Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. (…)

Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

El artículo 4 –numerales 3º y 8°- de la Ley 80 de 1993, al consagrar los derechos y deberes de la Administración y de los contratistas, establece que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y, así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.[452]

Por su parte, el artículo 5º de la mencionada ley, establece el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

Bajo esa misma finalidad, el artículo 27 de la Ley 80 consagró que en los contratos estatales se habrán de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes adoptarán, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así mismo, el artículo 28 de la Ley 80 señala que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se deben tener en consideración, entre otros principios, el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Como también atrás se señaló, este panorama normativo revela cómo el principio del equilibrio económico del contrato constituye un pilar medular de la relación que surge entre la Administración y su colaborador para la consecución de sus fines, armonía que está llamada a mantenerse durante toda la vida del negocio jurídico. Por ello, el equilibrio financiero del contrato, impone a las partes la obligación de mantener las condiciones de igualdad de los derechos y obligaciones de la relación contractual, lo que implica que la verificación de dicho equilibrio, les impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado y, en caso contrario, será necesario dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación -a la entidad pública contratante, al contratista o a ambos- con el objetivo de que se restablezca.

[452] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660) Actor: GISAICO LTDA. Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVIAS-

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia, según ya se vio, al tenor de la cual, "Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, 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, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución."[453] En igual sentido ha señalado que con base en la información pertinente y disponible, "las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual."[454]

Téngase presente de nuevo, como atrás quedó expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que "la finalidad de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato, no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual."[455] "Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales (artículos 2 y 209 superior)[456], y a la vez porque la remuneración razonable[457] del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 constitucionales)."[458]

El Tribunal destaca que, precisamente con el objeto de garantizar el cumplimiento de esta obligación legal, en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994, las partes acordaron expresamente lo siguiente:

---

[453] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicón Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca

[454] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación: 85001-23-31-000-2000-00041-01(23400). Actor: Hernán Guzmán Chacón. Demandado: Municipio de Tauramena.

[455] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Radicación 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). Actor: Carlos Arturo Campo. Demandado: EMCALI E.I.C.E.

[456] Sobre el principio finalístico de la función administrativa cfr.: Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 19526 de 2010 y 23650 de 2011.

[457] La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de este trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista.

[458] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia del 29 de julio de 2013. Radicación: 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642). Actor: Sociedad Producciones Telemundo.

> ***"CLAUSULA TRIGESIMA SEXTA: ECUACION CONTRACTUAL. –*** *Si se presenta alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula QUINTA, y cláusulas DECIMA TERCERA, DECIMA SEPTIMA O VIGESIMA del presente contrato, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1. Aumento en el plazo de la Etapa de Operación. 2. Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante etapa de Operación, por encima del incremento del Indice (sic) de Precios al Consumidor del DANE. Este incremento no podrá ser superior al 30% del Indice (sic) de Precios al Consumidor. 3. Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarán para sobre costos de construcción y déficits de la demanda. En los casos anteriores se iniciará el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3) como último recurso. El concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se deba recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por na auditoría externa. Para cubrir faltante por compra de predios o costos de interventoría se recurrirá en todos los casos al sistema (3). El instrumento o la combinación de ellos que se utilizará para la compensación, será acordado entre el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo prevalecerá la decisión del INSTITUTO una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optarse por la alternativa tres, el INSTITUTO procederá al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligado a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.*

Así, con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación legal de mantener el equilibrio financiero del Contrato, las partes acordaron expresamente que si presentaba alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula Quinta (Si el Instituto no autorizaba el ajuste en el valor de las tarifas de peaje), y cláusulas Décima Tercera (Si la suma de los desembolsos totales efectuados por la Unión Temporal Concesionaria para la adquisición de predios, incluyendo aquellos para los que hubiere sido necesario adelantar el proceso de expropiación, fuere superior a este valor, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal), Décima Séptima (Si durante la Etapa de Operación, el ingreso total obtenido por concepto de peaje, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal) o Vigésima (El Instituto reconocerá a la Unión Temporal Concesionaria el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems conforme a los parámetros que aquí se consagran) del Contrato de Concesión, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendría constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1) Aumento en el plazo de la Etapa de Operación. 2) Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la Etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE, el cual no podría ser superior al 30% del Índice de Precios al Consumidor. 3). Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarían para sobrecostos de construcción y déficits de la demanda. En tales casos se iniciaría el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3), como último recurso. El concesionario debía presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se debía recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por na auditoría externa. Para cubrir faltante por compra de predios o costos de interventoría se recurriría en todos los casos al sistema (3). El instrumento o la combinación de ellos que se utilizaría para la compensación, sería acordado entre el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo prevalecerá la decisión de la entidad concedente una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optase por la alternativa tres, la entidad Concedente procedería al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligada a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.

De manera complementaria, mediante el Otrosí No. 8 suscrito el 22 de diciembre de 1998,[459] las partes convinieron que los acuerdos a los que llegaron en dicho instrumento contractual conforme a las consideraciones allí expuestas para restablecer la ecuación económico y financiera del Contrato de Concesión 0664 de 1994, serían consignados y se involucrarían en la actualización del Modelo Financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial. De conformidad con lo anterior, las partes se comprometieron a que, en el término máximo allí previsto y que luego fue ampliado por los Otrosíes Nos. 9[460] y 10[461] suscritos el 24 de mayo de 1999, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación, todo con el propósito de mantener la TIR del proyecto.

A su vez, precisamente en cumplimiento de la obligación a cargo de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del Contrato, el estado actual del equilibrio económico y financiero del mismo, mediante el procedimiento de actualizar el modelo financiero contractualmente adoptado como consecuencia de haber sido ofertado por el Concesionario y aceptado por la entidad concedente, las partes y la Interventoría, a través de sus expertos, realizaron trabajos de investigación, analíticos y conclusivos, a veces separadamente, otras veces colectivamente, y a partir del mes de julio de 2001 se reunieron en varias ocasiones, con la finalidad de establecer los montos reales de los factores constitutivos de los ingresos y egresos del flujo de caja del proyecto, con el propósito de establecer bajo qué condiciones el comportamiento del flujo de caja resultante de contabilizar los factores constitutivos de sus insumos, ya ocurridos y por estimar bajo los parámetros contractuales los factores constitutivos por ocurrir, garantizaban la obtención de un 10.94% en términos reales como Tasa Interna de Retorno del proyecto, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta y aceptada por la entidad concedente. Como consecuencia de lo anterior, las partes y la Interventoría arribaron a las conclusiones que luego las partes solemnizaron en el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003.[462]

Posteriormente, también, en cumplimiento de la obligación de las partes de verificar permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, a fin de mantener la Ecuación Contractual mediante el procedimiento de actualizar el "Modelo Financiero" contractualmente adoptado, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta que fue aceptada por la entidad concedente y con la finalidad de conservar la TIR acordada en favor del Concesionario, las partes y la Interventoría se reunieron de manera periódica en el primer semestre de 2005 con el propósito de incorporar en el Modelo Financiero las novedades registradas desde la última actualización del mismo efectuada el 1 de octubre de 2001, todo lo cual se incorporó en el Acta suscrita el 31 de mayo de 2005 la cual fue solemnizada con el Otrosí No. 31, suscrita en la misma fecha.[463] Con este Otrosí No. 31, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005, en acatamiento a su deber legal y contractual de hacer evaluaciones permanentes del comportamiento de la "Ecuación Contractual", el INCO y el Concesionario se obligaron desde ese momento a aplicar los mecanismos contractuales de compensación que fueran necesarios para restablecer la "Ecuación Contractual".

Más adelante, también en cumplimiento de la obligación de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre ellas en materia de riesgos y garantías en términos del Contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosíes y demás documentos suscritos durante la vigencia del Contrato de Concesión, las partes y la Interventoría

[459] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218
[460] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223
[461] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230
[462] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281
[463] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

procedieron a actualizar y correr el *"Modelo Financiero"* tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del "*Modelo Financiero"* que está contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005.[464]

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá a esta pretensión y, en tal virtud, declarará que, de conformidad y como consecuencia de lo dispuesto por los artículos 4, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y las pertinentes adiciones, otrosíes o modificaciones al precitado contrato, es obligación de las partes contractuales estudiar y definir permanentemente durante la ejecución del Contrato el estado del equilibrio económico y financiero del mismo a fin de convenir y solemnizar, en cuando éste haya resultado roto, las medidas o mecanismos de compensación contractualmente pactados, de manera que resulten idóneos y suficientes para restablecer dicho equilibrio.

## 5.2. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN IV. 1.4 DECLARATIVA DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUE CONCILIADA

La parte convocante solicita del Tribunal:

> *"**IV.1.4.-** Se declare que en el específico caso del Contrato de Concesión 0664 de 1994 los parámetros determinantes para conocer si su equilibrio económico y financiero se conserva es el valor de la inversión que el Concesionario ha realizado y realizará para la ejecución de la totalidad del alcance final del contrato, así como el derecho que éste tiene de recibir la remuneración derivada de la explotación comercial de las casetas de peaje por un período de tiempo determinado o plazo fijo contractual. Es decir, que las Convocantes tienen, de conformidad con una estructura de riesgos implícita y/o explícita en el Contrato de Concesión, derecho a recibir como contraprestación por las obras y actividades a su cargo, no solamente el monto total de los dineros por ellas invertidos y por invertir para cumplir con el objeto y obligaciones totales del contrato, sino también un rendimiento sobre el capital invertido; bajo los términos que desarrolla el contrato y con los efectos que de sus estipulaciones se derivan, en consonancia con la matriz de riesgos asumida inicialmente y sus ulteriores modificaciones, el plazo fijo pactado, y los sistemas de compensación acordados para restablecer el equilibrio económico del contrato; para cuyo último propósito en la oferta económica del Concesionario, según los Pliegos lo exigían, era menester incluir un Modelo Financiero y una Tasa Interna de Retorno – TIR como parámetro de referencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato."*

### Consideraciones del Tribunal

Con base en los hechos atrás probados, el Tribunal señala en primer lugar que en el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el Contrato de Concesión se ejecutaría en tres Etapas -Diseño, Construcción y Operación- y que el plazo total de las mismas, podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo. Así mismo, en el Pliego de Condiciones de la Licitación se señaló que el plazo máximo de la Etapa de Operación sería establecida en meses y sería el tiempo necesario para la recuperación total de la inversión efectuada para la realización del proyecto, su mantenimiento y operación; y, que para el establecimiento de la duración de esta Etapa el proponente debía tener en cuenta todos los costos, gastos y utilidad para la correcta operación de la carretera: costos

[464] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

financieros, costos de conservación, gastos de administración, y el costo de oportunidad de la inversión efectuada, de acuerdo con todas y cada una de las condiciones establecidas en los Pliegos.

Igualmente, según se exigió en el Pliego de Condiciones, el proponente debía acompañar la comprobación de la viabilidad financiera del proyecto, el cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel y estructura de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico y financiero del Contrato durante el período de operación. En consecuencia y, de conformidad con la propuesta del proponente, en el Contrato de Concesión se acordó que la duración de la Etapa de Operación sería de ciento cincuenta (150) meses, pero al mismo tiempo se señaló que este plazo podría variar, como en efecto ocurrió, según aumentara o disminuyera el período acumulado para la ejecución de las etapas de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción.

También, con base en los hechos atrás probados, el Tribunal señala en segundo lugar que al Concesionario le fueron cedidos los derechos de recaudo de los peajes definidos en el Contrato de Concesión de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario. En tal virtud, el concesionario obtiene como contraprestación o remuneración por ejecutar el Contrato el valor que resulte del recaudo de las tarifas de peaje que le fueron cedidas, conforme a la matriz de riesgos adoptada, la inicial y las que la modificaron, con los límites que resultan de las previsiones sobre el Ingreso Mínimo Garantizado y el Ingreso Máximo Aportante cuyo no alcance o sobrepaso, según suceda, respectivamente, determina las consecuencias previstas en el mismo Contrato.

Igualmente, se reitera, que con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación legal de mantener el equilibrio financiero del Contrato, las partes acordaron expresamente que si presentaba alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula Quinta (Si el Instituto no autorizaba el ajuste en el valor de las tarifas de peaje), y cláusulas Décima Tercera (Si la suma de los desembolsos totales efectuados por la Unión Temporal Concesionaria para la adquisición de predios, incluyendo aquellos para los que hubiere sido necesario adelantar el proceso de expropiación, fuere superior a este valor, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal), Décima Séptima (Si durante la Etapa de Operación, el ingreso total obtenido por concepto de peaje, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal) o Vigésima (El Instituto reconocerá a la Unión Temporal Concesionaria el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems conforme a los parámetros que aquí se consagran) del Contrato de Concesión, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendría constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1) Aumento en el plazo de la Etapa de Operación. 2) Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la Etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE, el cual no podría ser superior al 30% del Índice de Precios al Consumidor. 3). Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarían para sobrecostos de construcción y déficits de la demanda. En tales casos se iniciaría el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3), como último recurso.

También destaca el Tribunal que durante la ejecución de este Contrato, en varias ocasiones se produjo la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y, en casi todas las ocasiones, en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, tal y como atrás se vio minuciosamente en el apartado 4, las partes concurrieron a su restablecimiento según lo acordado por ellas, conforme a las consideraciones en cada caso expuestas en: el Otrosí No. 02 del 22 de mayo de 1996; el Otrosí No. 04 suscrito el 19 de febrero de 1997; el Otrosí No. 06, suscrito el 11 de mayo de 1996; el Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998; el Otrosí No. 8 suscrito el 23 de diciembre de 1998, aclarado por el Otrosí No. 9, suscrito el 24 de mayo de 1999; el Otrosí No 20, suscrito el 11 de agosto de 2003; el acta de actualización del modelo financiero, suscrita el 31 de mayo de 2005 y el Otrosí No 31 suscrita en la misma fecha; el acta de actualización del modelo financiero suscrita el 29 de

diciembre de 2005; el Otrosí No. 44, suscrito el 11 de agosto de 2006; el Otrosí No. 443, suscrito el 22 de agosto de 2006; el Acta de acuerdo suscrita el 7 de diciembre de 2006; el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006; y, el Otrosí No. 47 del 19 de febrero de 2007.

Así, según la distribución de riesgos adoptada inicialmente por las partes y conforme lo fueron definiendo ellas mismas cada vez que se produjo una ruptura de la ecuación económico financiera del Contrato, según se vio en la descripción que se hizo del íter contractual, al aplicar el mecanismo o sistema restaurador del equilibrio contractual previsto en el mismo Contrato consistente en el aumento del plazo de la Etapa de Operación, las partes acordaron utilizar la Tasa Interna de Retorno TIR indicada por el Concesionario en su propuesta como representativa del rendimiento mínimo que esperaba de su inversión.

Como atrás se vio en la descripción de los hechos probados, en cumplimiento de la obligación a cargo de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia de este Contrato de Concesión 0664 de 1994, el estado actual del equilibrio económico y financiero del mismo, mediante el procedimiento de actualizar el modelo financiero contractualmente adoptado como consecuencia de haber sido ofertado por el Concesionario y aceptado por la entidad concedente, las partes y la Interventoría, a través de sus expertos, realizaron trabajos de investigación, analíticos y conclusivos, a veces separadamente, otras veces colectivamente, y a partir del mes de julio de 2001 se reunieron en varias ocasiones, con la finalidad de establecer los montos reales de los factores constitutivos de los ingresos y egresos del flujo de caja del proyecto, con el propósito de establecer bajo qué condiciones el comportamiento del flujo de caja resultante de contabilizar los factores constitutivos de sus insumos, ya ocurridos y por estimar bajo los parámetros contractuales los factores constitutivos por ocurrir, garantizaban la obtención de un 10.94% en términos reales como Tasa Interna de Retorno del proyecto, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta y aceptada por la entidad concedente.

Como consecuencia de lo anterior, según quedó probado, las partes y la Interventoría arribaron a las conclusiones que luego las partes solemnizaron en el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003.[465] En dicho instrumento las mismas partes dejaron en claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores y que, como consecuencia de ello, el resultado del "Modelo Financiero" final o definitivo sólo puede ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de ingreso a tomar en cuenta, bajo la metodología contractualmente acordada, hayan pasado de la condición de hipotéticos a reales. Igualmente, las mismas partes declararon que tenían por sabido que constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a) las inversiones que hubiere realizado y realizara el Concesionario en la ejecución del "alcance básico" del contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que hubiere realizado y realizara el Concesionario en la ejecución de "obras complementarias"; c) Las inversiones que hubiera realizado y realizara el Concesionario en "obras ejecutadas en ítems no previstos"; y, d) Las inversiones que hubiera realizado y realizara el Concesionario en "mayores cantidades de obra".

También quedó probado que, mediante el Otrosí No. 23, suscrito el 6 de abril de 2004,[466] conforme al cual el Concesionario se comprometió a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la Variante de Cajicá, de acuerdo con los estudios, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en este Otrosí, dado que la construcción de dicha Variante de Cajicá es una obra que hace parte del alcance básico del Contrato de Concesión y por lo mismo está contemplada como insumo de egreso en el Modelo Financiero del mismo Contrato, las partes

[465] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281
[466] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000304 a 000320

acordaron que efectuarían su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio del trazado de la Variante de Cajicá y que finalmente resultare como consecuencia de lo señalado en la consideración 22 y en la cláusula segunda.

Así mismo, quedó probado que mediante el Otrosí No. 27, suscrito el 16 de diciembre de 2004,[467] conforme al cual se autorizó al Concesionario para dotar a la concesión de una estación móvil de control de peso con las especificaciones en él previstas, las partes acordaron que los costos de compra, mantenimiento y operación de la báscula móvil, sería incluidos dentro del "Modelo Financiero" de la concesión.

Igualmente, quedó probado que mediante el Otrosí No. 28, suscrito el 16 de diciembre de 2004,[468] relacionado con la distribución por partes iguales entre el INCO y el Concesionario de los ingresos del Peaje Teletón, las partes acordaron que los ingresos que recibiera el Concesionario como resultado de este Otrosí, fueran estos pasados o futuros, se contabilizarán como parte de los ingresos en el "Modelo Financiero", contractualmente acordado y, en consecuencia, producirán todos los efectos que resultan de su contabilización.

Complementariamente, también quedó probado que, en cumplimiento de la obligación de las partes de verificar permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, a fin de mantener la Ecuación Contractual mediante el procedimiento de actualizar el "Modelo Financiero" contractualmente adoptado, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta que fue aceptada por la entidad concedente y con la finalidad de conservar la TIR acordada en favor del Concesionario, las partes y la Interventoría se reunieron de manera periódica en el primer semestre de 2005 con el propósito de incorporar en el Modelo Financiero las novedades registradas desde la última actualización del mismo efectuada el 1 de octubre de 2001, para lo cual se aplicó como base el modelo y la metodología acordada por las partes en dicha actualización, incorporando los ajustes y actualizaciones (relacionados con la Variante de Cajicá, las Obras ambientales, la distribución de ingreso y egresos de la caseta de Teletón, los Accesos al Parque Sopó, el Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue), el Retorno Briceño I y el Plan de inversiones a ejecutar en el futuro relacionadas en la página 1 de 2 del cuadro resumen de la Actualización del modelo financiero de mayo 24 de 2005), todo lo cual se incorporó en el Acta suscrita el 31 de mayo de 2005 la cual fue solemnizada con el Otrosí No. 31, suscrita en la misma fecha.[469] De nuevo, en este instrumento, las partes expresaron que tenían claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o suceden los susodichos insumos o factores, por lo que, señalaron, que la actualización del modelo financiero que por este Otrosí se adoptó contractualmente, reflejaba lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión desde el día 11 de agosto de 2003 hasta el día 24 de Mayo de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, a partir del 11 de agosto de 2003, fecha en la cual se suscribió el Acta de solemnización de los acuerdos financieros del año 2001 como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se había iniciado. Unas y otras, señalaron, se relacionan plenamente en la actualización del Modelo Financiero, que como ya se dijo, hace parte de dicha adición y, específicamente, en el Anexo denominado "Cuadro Resumen" (Página 1 de 2), identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados, esto último, según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro y bajo el entendido de que la actualización, como lo expresaron las parte, tan solo añade las ejecutadas a partir del 11 de agosto de 2003. Por tal razón, de nuevo las partes señalaron que, en consonancia con lo anterior, el "Modelo Financiero" final o definitivo sólo podrá ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de

[467] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000347 a 000350
[468] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000343 a 000346
[469] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

ingreso a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales. Igualmente, las partes declararon que, con sujeción a las condiciones del contrato y de los acuerdos establecidos por las partes, constituían egresos del Modelo los siguientes rubros de inversión: a) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución del "alcance básico" del contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución de obras complementarias; c) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en "mayores cantidades de obra"; y, e) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores, hayan sido ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos.

Tal y como atrás quedó demostrado, en esta actualización del Modelo Financiero se incluyó la Variante de Cajicá, cuyo costo de construcción se estableció en el adicional al contrato principal de fecha 6 de abril de 2004 y sus anexos y también la construcción del retorno Briceño I, la del Puente elevado sobre la línea férrea (Jardines Zue) y los ingresos por el Peaje de Teletón; todo como aparece en el cuadro denominado "Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá, incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón' (Página 1 de 2).

De conformidad con lo anterior, la entidad concedente reconoció que el Concesionario había realizado o estaba realizando las inversiones que se incorporaron al modelo financiero aprobado por ellas mediante el Acta de 31 de Mayo de 2005 y cuya descripción, naturaleza y cuantía se reseñaron en el mismo.

Igualmente en cumplimiento de la obligación de las partes establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre ellas en materia de riesgos y garantías en términos del contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosíes y demás documentos suscritos durante la vigencia del Contrato de Concesión, las partes y la Interventoría procedieron a actualizar y correr el *"Modelo Financiero"* tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del "*Modelo Financiero"* que se presentó por ellas y que está contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005.[470] En ella, de nuevo las partes manifestaron tener claro que el llamado "*Modelo Financiero"* es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores, por lo que, dijeron, la actualización del "*Modelo Financiero",* que sirve de referencia para el presente documento, refleja parcialmente lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 hasta el día 30 de noviembre de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se había iniciado. Unas y otras se relacionaron detalladamente en la actualización del modelo financiero que hace parte de esa Acta y, específicamente en el Anexo No. 1, identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados, esto último, según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro. En consonancia con lo anterior, las partes señalaron que el "*Modelo Financiero"* final o definitivo será establecido una vez que la totalidad de las variables que se constituyen sus factores de egreso y de ingreso, a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales, en la medida en que se conozcan sus valores y oportunidades de ejecución y se puedan aplicar de manera cierta todas las estipulaciones del contrato y determinar en ese momento la duración real del mismo. Así mismo, con sujeción a las estipulaciones del contrato, las partes declararon que constituían egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a) Las inversiones que haya realizado y realice el

[470] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

Concesionario en la ejecución del "alcance físico adicional" del Contrato y de su "alcance físico opcional"; b) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en la ejecución de obras complementarias en ítems previstos; c) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en "*mayores cantidades de obra"* de acuerdo con las Cláusulas Vigésima y Vigésima Primera y su Aclaración del 12 de diciembre de 2005; y, e) Las inversiones que haya realizado y realice el Concesionario en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores, hayan sido éstas ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos, previa y expresa aprobación de la entidad concedente.

En esta actualización del modelo financiero se actualizó la fecha de construcción de la segunda calzada del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, lo mismo que la fecha de construcción de las obras complementarias y ambientales; se excluyó el retorno de Briceño I y, ante la imposibilidad de aplicar la Cláusula 20 del contrato en ese momento en ejecución del mismo, se dejó constancia que se tomó como referencia provisionalmente para el valor de las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, el valor que se derivaba de los diseños aprobados y que la cifra que aparecía reflejada en el ítem Tramo I- Obra básica, complementarias, adicionales y mayores cantidades de obra ($53.883.653.111 a precios de mayo/94) no había sido desagregada y, por tanto, no había sido aplicado sobre éstos valores lo dispuesto respecto de las "mayores cantidades de obra". "En consideración a lo anterior, señalaron, el valor real final será el que resulte de la aplicación de las estipulaciones contractuales, en especial de las Cláusulas Vigésima y Vigésima Primera y su Aclaración del 12 de diciembre de 2005 que aplicará respecto de las "*mayores cantidades de obra"* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el Concesionario ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron que "Luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten."[471] "Por lo tanto, precisaron las partes, el valor real final será el que resulte de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del doce (12) de diciembre 2005 que aplicará respecto de las '*mayores cantidades de obra'* resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el CONCESIONARIO ($47.651.425.984. a precios de mayo de 1994)." (Acuerdo Séptimo del Acta)

En el Documento Actualización del Modelo Financiero se lee:

> "La actualización del modelo financiero presenta una situación dinámica generada por la fecha real de los ingresos, la liquidación de las obras ejecutadas, el cronograma y el costo de las obras por ejecutar y en general todas las situaciones que generan algún tipo de modificación que lo afecte.
>
> "Por lo anterior, se presenta la actualización del modelo financiero, manteniendo la Tasa Interna de Retorno del proyecto (100% accionario) estipulada en el contrato del 10.94% real."

Igualmente, mediante el Otrosí No. 43, suscrito el 11 de agosto de 2006,[472] las partes acordaron novar la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo

[471] Esta última posibilidad de recortar el plazo fue modificada por el Otrosí No. 54 del 31 de octubre de 2013, mediante el cual las partes definieron como fecha cierta de la Concesión el 30 de noviembre de 2016, con la única posibilidad de ampliarse si así lo decide el Tribunal en esta providencia.

[472] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000035 a 000038

insoluto por concepto de las "Obras ejecutadas en ítems no previstos", realizadas en ejecución del "*Tramo I",* que a fecha 29 de diciembre de 2005 ascendía a la suma de $2.153.186.684,27, en pesos de mayo de 1994, en el sentido de que, en lugar de pagarla con dinero en efectivo, la compensará mediante su inclusión dentro del Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994.

Así mismo, mediante el Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006,[473] el Concesionario se obligó para con el INCO "a la realización de la construcción de un puente peatonal que atraviese la Autopista Norte, el cual se erigirá a la altura de la abscisa PR 5+700 de las calzadas oriental y occidental de la Autopista Norte, y permitirá el acceso peatonal por parte de los usuarios del Centro Hospitalario llamado Clínica Teletón, de conformidad con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sus apéndices y anexos y los documentos agregados al presente Contrato." Así mismo, independiente del plazo de ejecución de esta obra pactado, las partes acordaron que el valor de este Otrosí sería cubierto al Concesionario mediante la ampliación de la etapa de operación de acuerdo con la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión de 1994.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá a esta pretensión y, en tal virtud, declarará que, en el específico caso del Contrato de Concesión 0664 de 1994, los parámetros determinantes para conocer si su equilibrio económico y financiero se conserva es el valor de la inversión que el Concesionario ha realizado y realizará para la ejecución de la totalidad del alcance final del contrato, así como el derecho que éste tiene de recibir la remuneración derivada de la explotación comercial de las casetas de peaje por un período de tiempo determinado o plazo fijo contractual. Es decir, que las Convocantes tienen, de conformidad con una estructura de riesgos implícita y/o explícita en el Contrato de Concesión, derecho a recibir como contraprestación por las obras y actividades a su cargo, no solamente el monto total de los dineros por ellas invertidos y por invertir para cumplir con el objeto y obligaciones totales del contrato, sino también un rendimiento sobre el capital invertido, bajo los términos que desarrolla el Contrato y con los efectos que de sus estipulaciones se derivan, en consonancia con la matriz de riesgos asumida inicialmente y sus ulteriores modificaciones, el plazo fijo pactado, y los sistemas de compensación acordados para restablecer el equilibrio económico del contrato, para cuyo último propósito en la oferta económica del Concesionario, según los Pliegos lo exigían, era menester incluir un Modelo Financiero y una Tasa Interna de Retorno – TIR como parámetro de referencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

## 5.3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES IV.1.5., IV.1.6., IV.1.7., IV.2.1. y IV.1.8. DECLARATIVAS DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUERON CONCILIADAS

La parte convocante solicita del Tribunal:

> *"**IV.1.5.-** Se declare que la Convocada a pesar de mediar múltiples requerimientos, radicados ante ella por las Convocantes, ha incumplido hasta la presente fecha, con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio contractual mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes.*
>
> *"**IV.1.6.-** Se declare que como consecuencia del despacho favorable de la pretensión inmediatamente anterior, las Partes deben dar aplicación a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio contractual definidos en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA según el orden de prioridad, procedimientos y condiciones señalados en su cuerpo; vale decir, dando prevalencia a la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión hasta el día que resulte suficiente para*

[473] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066

*que las Convocantes obtengan el retorno de la totalidad de su inversión y la rentabilidad resultante a su favor como corolario de la matriz de riesgos del contrato, sus ulteriores modificaciones y de la TIR como quedó definida en los diferentes documentos aplicables, esto es el Pliego de Condiciones, la Oferta de las Convocantes, el Contrato mismo y sus documentos modificatorios.*

*"**IV.1.7**.-Se declare que con posterioridad a la suscripción del otrosí del 29 de diciembre de 2005 aludido en el hecho 57, las Convocantes ejecutaron una serie de obras adicionales y suscribieron el otrosí de fecha 22 de agosto de 2006 cuyo desarrollo, al igual que el de otros acuerdos contractuales, determinó que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos del acabado de identificar otrosí (el del 29 de diciembre); suma esta de dinero que incluye los mayores valores o el valor de obras no contempladas respecto de los convenidos y/o incorporados en la actualización del Modelo Financiero adoptada por el acabado de referir otrosí, por los ítems que seguidamente se desglosan con indicación de su individual valor: Obras Ambientales Variante Cajicá COP33.282.000; Box Peatonal el Redil COP31.723.000; Ciclorruta Capellanía – Zipaquirá COP3.665.866.000; Redes de Servicios COP1.761.361.000; Salmueroducto COP77.714.000; Puente Peatonal Familia COP86.563.000; Puente Peatonal Teletón COP59.156.000; Puente Peatonal Barrio Colombia COP29.493.000; Retorno Peaje Andes COP46.218.000; mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador – Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) COP3.870.947.000; Viaducto Portachuelo, Sector Iardenia y Realce Rasante Variante de Portachuelo COP4.492.628.000. Todos los anteriores valores a precios de mayo de 1994. Dicho valor total y los parciales en que se desagrega serán los que finalmente resulten del dictamen pericial que al efecto de su determinación se solicitó en el pertinente acápite de la demanda sustituta original y aquí se reitera.*

*"**IV.1.8.-** Se declare que como consecuencia de haber incurrido las Convocantes en un mayor valor de la inversión inicialmente reconocida como partida total de egreso en el otrosí de fecha 29 de diciembre de 2005; es deber legal y contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI suscribir el acuerdo que adopte el mecanismo de ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato, hasta la fecha que resulte necesaria para que los Convocantes recuperen totalmente el monto de la inversión que les demandó y demandará la ejecución de las obras y actividades que colocaron a su cargo el contrato original, sus adiciones, modificaciones y otrosíes, y la rentabilidad correspondiente, todo en consonancia con las estipulaciones del Contrato de Concesión, la matriz de riesgos adoptada por las Partes y sus ulteriores modificaciones, y según resulte del dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera."*

## Consideraciones del Tribunal

Como atrás se vio minuciosamente tanto en el apartado 4 como al analizar las dos pretensiones anteriores, el Tribunal destaca que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, en varias ocasiones se produjo la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y, en casi todas ellas, frente a los requerimientos hechos por la convocante, en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, las partes concurrieron a su restablecimiento según lo acordado por ellas y conforme a las consideraciones en cada caso expuestas en: 1) El Otrosí No. 02 del 22 de mayo de 1996; 2) El Otrosí No. 04, suscrito el 19 de febrero de 1997; 3) El Otrosí No. 06, suscrito el 11 de mayo de 1996; 4) El Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998; 5) El Otrosí No. 8, suscrito el 23 de diciembre de 1998, luego aclarado por el Otrosí No. 9, suscrito el 24 de mayo de 1999; 6) El Otrosí No 20, suscrito el 11 de agosto de 2003; 7) El acta de actualización del modelo financiero, suscrita el 31 de mayo de 2005 y el Otrosí No 31, suscrito en la misma fecha; 8) El acta de actualización del modelo financiero suscrita el 29 de diciembre de 2005; 9) El Otrosí No. 44, suscrito el 11 de agosto de 2006; 10) El Otrosí No. 43, suscrito el 22 de agosto de 2006; 11) El Acta

de acuerdo suscrita el 7 de diciembre de 2006; 12) El Otrosí No. 46, suscrito el 21 de diciembre de 2006; y, 13) El Otrosí No. 47 del 19 de febrero de 2007.

Ello significa que, desde 1996 y hasta el mes de febrero de 2007, ante las solicitudes elevadas por la parte convocante, en trece (13) oportunidades, la Convocada sí cumplió con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio financiero mediante la aplicación de los mecanismos o sistemas contractuales que las mismas partes de común acuerdo consideraron idóneos y suficientes, o lo que es lo mismo, no es cierto que la convocada, en el período descrito, haya incumplido con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio financiero, mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes.

En tal virtud, el Tribunal observa que no obstante las dificultades que se presentaron por los diferentes problemas comunes de los contratos de concesión de infraestructura vial de primera generación, ambas partes estuvieron de acuerdo en cumplir a cabalidad tanto con las obligaciones como con la finalidad del Contrato estatal y lo ejecutaron con estricto cumplimiento del principio constitucional de la buena fe el cual como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, funge como elemento esencial de todas las actuaciones que debe adelantar la Administración en materia de contratación estatal, durante todas las etapas que la conforman, y le impone a las partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y de procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación.

> *"El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.*
>
> *"La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídica; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del trafico jurídico.*
>
> *"El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83[474], norma suprema que introduce el postulado de la "bona fides" en el ámbito del derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados, imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad.*
>
> *"El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, "deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural", reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual.*
>
> *"En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

[474]El artículo 83 constitucional reza: "*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*."

> *"Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entrabamientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe."*[475]

Como no obstante la relación de los hechos que le sirven de causa a la pretensión IV.1.6., las convocantes no precisaron en ésta en qué casos particulares y concretos la Convocada, a pesar de mediar los que aquellas llamaron múltiples requerimientos, radicados ante ésta, habría incumplido hasta la fecha de la presentación de la demanda, con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio financiero mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes y de la lectura de tales hechos se puede observar que ellos se refieren a los que también le sirven de causa a las pretensiones principales IV.1.7. y IV.1.8., el Tribunal procederá a hacer su estudio de manera conjunta o agrupada de todas estas pretensiones principales con el objeto de adoptar, en cada caso y, de manera uniforme, una decisión congruente.

**Sobre los requerimientos radicados por las Convocantes ante el INCO, transformado luego en la ANI, para restablecer la ecuación o equilibrio contractual mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes**

Con motivo de las nuevas cantidades de obra ejecutadas después del Acta con la cual se hizo la actualización del Modelo Financiero, suscrita el 29 de diciembre de 2005, lo que pudo haber generado de nuevo una ruptura de la ecuación económica y financiera del Contrato de Concesión, a partir del año 2008, el Concesionario prevalido del respeto conjunto del principio de la buena fe con el que habían actuado las partes y principalmente, de la confianza legítima que de la ejecución de la relación contractual se derivó, elevó varias solicitudes INCO, transformado luego en la ANI, para proceder a realizar o ejecutar entonces la revisión y/o actualización del Modelo Financiero y con él determinar si había lugar al restablecimiento de la ecuación económica financiera del Contrato de Concesión.

Para tal efecto:

Con la comunicación DVNB-1.377-08 del 5 de junio de 2008, el Concesionario le envió para su revisión y estudio al INCO, en medio magnético, la actualización del Modelo Financiero del 28 de mayo de 2008.[476]

A su vez, con la comunicación DVNB-2.822-08 del 12 de noviembre de 2008,[477] de nuevo el Concesionario le envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero a noviembre 12 de 2008, el cual incluyó adicionalmente los tramos Briceño – Zipaquirá y varias obras complementarias, que además fueron sometidas por el INCO a aprobación del CONPES y que éste había ya había aprobado con el Documento 3535 del 18 de julio de 2008.[478]

---

[475] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp: 15469.
[476] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000428.
[477] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000429.
[478] Con el Documento CONPES 3535 de 2008, el Consejo de Política Económica y Social CONPES, a solicitud del Ministerio de Transporte y del INCO, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, emitió concepto favorable para la adición, entre otros, del Contrato de Concesión de Infraestructura Vial celebrado con la Unión Temporal DEVINORTE, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1150, el cual estableció como requisito para la celebración de prórrogas o adiciones a los Contratos de Concesión de obra pública el concepto previo favorable del CONPES: "Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública**.** En los contratos de concesión de obra pública podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. // Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES." A su vez, en cumplimiento del artículo 61 de la Ley 1169 de 2007, ante solicitud del INCO, el

Igualmente, con la comunicación DVNB-3.124-08 del 18 de diciembre de 2008,[479] de nuevo el Concesionario le envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero a diciembre de 2008.

Con la comunicación DVNB-244-09 del 30 de enero de 2009,[480] de acuerdo con la solicitud formulada por el INCO, el Concesionario le envió para su revisión y estudio al Subgerente de Gestión Contractual del INCO, la actualización del Modelo Financiero excluyendo el peaje en el tramo Briceño – Zipaquirá.

Con la comunicación DVNB-425-09 del 17 de febrero de 2009,[481] el Concesionario le envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero de la Concesión, el cual incluyó las observaciones realizadas por la Interventoría en reuniones realizadas el 5 y el 12 de febrero de 2009 al Modelo presentado en el mes de diciembre de 2008, donde se incluyó la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá, así como otras obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Con la comunicación DVNB-496-09 del 24 de febrero de 2009,[482] el Concesionario dio alcance a su comunicación DVNB-425-09 del 17 de febrero de 2009, y después de una nueva revisión le envió para su estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero de la Concesión, el cual contenía las últimas observaciones realizadas por la Interventoría al Modelo, donde se incluyó la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá, así como otras obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008.

Luego de haber acordado conceptualmente con el Subgerente de Estructuración del INCO la forma en que debería ser corrido el Modelo Financiero, con la comunicación DVNB-1.020-09 del 28 de abril de 2009,[483] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero, el cual incluyó la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá, así como otras obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Al día siguiente, con la comunicación DVNB-1.037-09 del 29 de abril de 2009,[484] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero, el cual incluyó la rehabilitación parcial de la Autopista Norte Fase 1, y que se denominó Intervención Previa, tramo éste que estaba incluido en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008.

Con la comunicación DVNB-1.213-09 del 20 de mayo de 2009,[485] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero, el cual incluyó la rehabilitación parcial de la Autopista Norte Fase 1, y que se denominó Intervención Previa, así como la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá, y obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Esta nueva versión, de acuerdo con lo solicitado por el INCO y la Interventoría, se expresó en ingreso esperado.

Con la comunicación DVNB-1.365-09-09 del 9 de junio de 2009 [486] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, un nuevo Modelo Financiero, de fecha junio 8 de

Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS en la sesión del 17 de julio de 2008 evaluó y avaló fiscalmente, entre otras, la adición o prórroga del Contrato de Concesión celebrado con la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – DEVINORTE.

[479] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000430.
[480] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000431.
[481] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000432.
[482] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000433.
[483] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000434.
[484] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000435.
[485] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000436.
[486] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000437.

2009, y que correspondía a diversas observaciones hechas por la Interventoría respecto a la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá y obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Esta nueva versión, de acuerdo con lo solicitado por el INCO y la Interventoría, se expresó en ingreso esperado.

Con la comunicación DVNB-1.726-09 del 29 de julio de 2009,[487] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, un nuevo Modelo Financiero, de fecha julio 27 de 2009, y que incluyó las diversas observaciones hechas por la Interventoría respecto a la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá y obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Esta nueva versión, de acuerdo con lo solicitado por el INCO y la Interventoría, está expresada en ingreso esperado. Igualmente, en la misma fecha, con la comunicación DVNB-1.727-09 del 29 de julio de 2009,[488] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, un nuevo Modelo Financiero, donde se incluyó la rehabilitación parcial de la Autopista Norte Fase 1, que se denominó Intervención Previa, el cual incluyó varias recomendaciones efectuadas tanto por el INCO como por la Interventoría. Esta nueva versión se expresó, de acuerdo con lo solicitado por el INCO y la Interventoría, en ingreso esperado.

Con la comunicación DVNB-1.886-09 del 14 de agosto de 2009,[489] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, un nuevo Modelo Financiero, de fecha agosto 12 de 2009, respecto a la rehabilitación del tramo Briceño – Zipaquirá y obras complementarias acordadas con el INCO, la Interventoría y las comunidades, incluidas y aprobadas todas ellas en el CONPES 3535 del 18 de julio de 2008. Con la comunicación DVNB-2.112-09 del 16 de agosto de 2009,[490] el Concesionario dio alcance a la comunicación anterior y señaló la necesidad de predios para la construcción de los peatonales del Colegio Odontológico, Taller Cinco y Sindamanoy.

Con la comunicación DVNB-0216-10 del 25 de enero de 2010,[491] el Concesionario dio respuesta al oficio 2002-013-DVNB-Cl-541 del 20 de enero de 2010, relacionado con la Base de Cálculo soporte del Modelo Financiero Autopista Norte Fase 1.

Con la comunicación DVNB-0952-10 del 5 de mayo de 2010,[492] el Concesionario envió de nuevo para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, un nuevo Modelo Financiero, que incluyó obras sociales incluidas en el CONPES 3535, así como la rehabilitación de la Autopista Norte Fase 1 calzada oriental y occidental, así como la actualización correspondiente a las inversiones realizadas en los tramos Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo.

Con la comunicación DVNB-1.063-10 del 20 de mayo de 2010,[493] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, la última versión del Modelo Financiero, que tenía en cuenta los siguientes parámetros: eliminación de ciertas obras que no eran necesarias tales como: El Puente de Santana, Ampliación Viaducto La Caro, Puente Cajicá Hatogrande, Puente Línea Férrea y el Puente Capellanía, se incluyó la totalidad de las obras sociales aprobadas por el CONPES 3535, así como la rehabilitación de la Autopista Norte Fase 1 calzada oriental y occidental y la actualización parcial correspondiente a las inversiones realizadas en los tramos Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo respecto de la ejecución de las obras correspondientes a las acometidas de redes de servicios así como de las obras ambientales tales como la Cicloruta Capellanía - Zipaquirá.

[487] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000438.
[488] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000439.
[489] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000440.
[490] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000441.
[491] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000442 a 000443.
[492] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000444.
[493] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000445.

Con la comunicación DVNB-1.572-10 del 29 de julio de 2010,[494] el Concesionario envió para su revisión y estudio al Gerente General del INCO, dos Modelos Financieros: 1) Actualización del Modelo Financiero aprobado en diciembre de 2005 el cual incluye las inversiones ejecutadas dentro del Alcance Básico del Contrato, actualización ésta que se debía hacer tal y como se acordó entre las partes mediante el Otrosí de agosto 22 de 2006 y de acuerdo al Acta de Terminación suscrita entre la Interventoría SESAC y DEVINORTE, el 27 de julio de 2010 en el cual se incluyó la ejecución de las obras realizadas con corte a 30 de abril de 2010 exceptuando el tramo de Iardenia; y, 2) Modelo Financiero que incluyó las obras sociales aprobadas por el CONPES 3535 que corresponde a Obras Adicionales.

Con la comunicación DVNB-2.000-10 del 5 de octubre de 2010,[495] el Concesionario le señaló al Ministro de Transporte la suprema importancia de actualizar de nuevo el Modelo Financiero tal como lo establece la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión, debido a que posteriormente a la última actualización cumplida el 28 de diciembre de 2005, había realizado sustanciales inversiones para llevar a cabo la culminación de las obras.

Con la comunicación DVNB-2.239-10 del 4 de noviembre de 2010,[496] el Concesionario le recordó a la Gerente del INCO el deber de la entidad Concedente y del Concesionario actualizar el Modelo Financiero, mediante el involucramiento de los valores reales de las obras ejecutadas a partir de diciembre de 2005, con el fin primordial de acordar la fecha hasta la cual se extendería la Etapa de Operación del Contrato a los efectos de que el Concesionario reciba la contraprestación que a su favor resulte, máxime cuando el valor de las mismas había sido definido en el Acta de Terminación de Plazo de Obra del 27 de julio de 2010. Así mismo, señaló que, la actualización del Modelo Financiero debe ser útil al propósito de estimar el valor de las pocas obras que faltaban por ejecutar, las que una vez realizadas deberían generar una nueva y definitiva ampliación de la Etapa de Operación del Contrato 0664, salvo que la entidad concedente procediera a aplicar alguno de los dos sistemas adicionales a la compensación que contempla la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato, esto es, el aumento de las tarifas de peaje por encima del IPC o la asignación de partidas del Presupuesto General de la Nación dirigidas a cubrir el faltante de la contraprestación debida al Concesionario. Con base en ello, el Concesionario le solicitó al INCO continuar con las conversaciones que condujeran a la actualización del Modelo Financiero y a la Suscripción del Otrosí que solemnizara el modelo así producido, y señalara el día hasta el cual se extendería la Etapa de Operación del Contrato de Concesión, como consecuencia de efectivizar la compensación de las obras ya ejecutadas y estimar la de las por realizar. Finalmente, con esta comunicación, la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá precisó al INCO que a ese momento no estaba formulando reclamación alguna, sino que simplemente estaba invitando al INCO para que las dos partes procedieran a la actualización del Modelo Financiero como desarrollo de su recíproco deber resultante de lo dispuesto por la Ley y por el Contrato.

Con la comunicación DVNB-0.353-11 del 15 de febrero de 2011,[497] el Concesionario le envió para su revisión y estudio a la Gerente General del INCO, la actualización del Modelo Financiero aprobado en diciembre de 2005, el cual incluye gran parte de las inversiones ejecutadas dentro del Alcance Básico del Contrato, actualización ésta que se debía hacer tal y como se acordó entre las partes mediante el Otrosí de agosto 22 de 2006, y de acuerdo al Acta de Terminación suscrita entre la Interventoría SESAC y DEVINORTE, el 27 de julio de 2010, en el cual se incluyó la ejecución de las obras realizadas con corte a abril 30 de 2010. Aquí el Concesionario señaló la importancia de hacer mención a que la Interventoría de Construcción representada por la firma SESAC Ltda., sólo actuó y se pronunció con corte a abril 30 de 2010, ya que el INCO no pudo ampliar el término de la misma y, de acuerdo con lo planteado por la Supervisora del Contrato, respecto de actualizar el Modelo hasta donde logró pronunciarse la Interventoría, adjuntó las cifras correspondientes

[494] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000446.
[495] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000447.
[496] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000441 a 449.
[497] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000450.

aprobadas por la misma hasta dicho corte, quedando pendiente por resolver los hitos sobre los cuales no se pronunció y que se habían ejecutado hasta esa fecha y que serían objeto de análisis y pronunciamiento por parte de la nueva Interventoría de Construcción.

Con la comunicación DVNB-0.908-11 del 13 de mayo de 2011,[498] en respuesta a la comunicación 2002-013-DVNB-CI-0887 de la Interventoría Consorcio D.I.S. S.A. – I.P.C. Ltda., el Concesionario atendió las solicitudes de aclaración e información elevadas por ésta relacionadas con la actualización del Modelo Financiero.

Con la comunicación DVNB-0967-11 del 20 de mayo de 2011,[499] el Concesionario le expresó su interés a la Gerente General del INCO, respecto de la posibilidad por DEVINORTE de adelantar los estudios, diseños y construcción de la ampliación y rehabilitación de la Autopista Norte, antigua Vía los Libertadores entre las calles 193 donde terminó la ampliación realizada por el IDU y la calle 236 donde inicia la vía concesionada a DEVINORTE y, al mismo tiempo, le señaló la necesidad de proceder a la actualización del Modelo Financiero del Contrato de Concesión 664 de 1994, de manera que incluya el valor actualizado de las obras ejecutadas con relación a los tramos Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo con el objeto de definir el monto financiable a través del mecanismo de extensión de la Etapa de Operación.

Con la comunicación DVNB-1.010-11 del 27 de mayo de 2011,[500] también en respuesta a la comunicación 2002-013-0887 de la Interventoría Consorcio D.I.S. S.A. – I.P.C. Ltda., el Concesionario le envió el Modelo Financiero actualizado al 20 de mayo de 2011, con el cual se atendieron todas las inquietudes presentadas por la Interventoría.

Con la comunicación DVNB-1.482-11 del 5 de agosto de 2011,[501] en respuesta a la comunicación No. 2011-305-010561-1, el Concesionario le envió al Subgerente de Gestión Contractual del INCO el Modelo Financiero propuesto debidamente formulado, con el fin de llevar a cabo la actualización correspondiente.

Con la comunicación DVNB-2.057-11 del 27 de octubre de 2011,[502] en respuesta a la comunicación No. 2011-305-014974-1, el Concesionario le envió a la Subgerente de Gestión Contractual del INCO el Modelo Financiero propuesto debidamente formulado con las últimas observaciones realizadas por el INCO y la Interventoría.

Con la comunicación DVNB-0215-12 del 3 de febrero de 2012,[503] el Concesionario informó a la Jefe de la Oficina Jurídica de la ANI, sobre las actuaciones hasta ese momento surtidas respecto de la actualización del Modelo Financiero de la Concesión DEVINORTE. Adicionalmente le adjuntó los correos de fechas de 3 octubre y 6 y 7 de diciembre de 2011, en los cuales se solicitó y se remitió el Modelo Financiero con las últimas observaciones, así como el Oficio enviado por la Interventoría Consorcio D.I.S. S.A. – I.P.C. S.A. No. 2002-013-1088 de diciembre 7 de 2011 a la Doctora Silvia Urbina Restrepo, Subgerente de Gestión Contractual del INCO, emitiendo la aprobación de la actualización del Modelo Financiero y señalando que al interior de la entidad se llevó a cabo la revisión técnica y financiera de dicho Modelo Financiero, por parte de la Supervisora Técnica de la Concesión Devinorte, Ingeniera Claudia Ramírez y del Financiero Emerson Durán, cuyas observaciones fueron acatadas e incluidas en la versión final que había sido aprobada por la Interventoría, con ocasión de lo cual posteriormente se elaboró un borrador de documento jurídico para formalizar la actualización del Modelo Financiero, pero como quiera que para esa fecha –

[498] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000451 a 453.
[499] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000454 a 460.
[500] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000461.
[501] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000462.
[502] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000463.
[503] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000464 a 000465.

febrero de 2012- no existía Interventoría, se le envió al abogado asignado del proyecto Juan Pablo Ramírez , documento que el Concesionario solicitó se lograra finalmente formalizar.

Con la comunicación DVNB-558-12 del 20 de marzo de 2012,[504] en atención a la reunión cumplida en la ANI el 14 de marzo de 2012, después de discutir diferentes apreciaciones respecto de la actualización del Modelo Financiero de la U.T DEVINORTE, el Concesionario le señaló a la Subgerente de Gestión Contractual de la ANI que no obstante se había comprometido de enviarle el 16 de marzo de 2012 la versión de lo que la ANI considerara debía ser la actualización del Modelo Financiero, ésta aún no había sido remitida y le señaló su deseo de avanzar lo más rápido posible sobre este tema ya que es una obligación contractual de la entidad concedente actualizar el Modelo Financiero de la Concesión el cual, dijo, no se había logrado a pesar de las reiteradas solicitudes elevadas desde el año 2011.

Con la comunicación DVNB-1750-12 del 04 de septiembre de 2012,[505] dando alcance a las conversaciones sostenidas con el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI en la reunión del jueves 2 de agosto de 2012, el Concesionario le reiteró al citado funcionario las solicitudes dirigidas a que a la mayor brevedad posible se acometieran las conversaciones y tareas dirigidas a analizar, discutir y resolver asuntos de esencial importancia relacionados con el estado de ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994, en particular i) lo relacionado con la actualización del Modelo Financiero; y, ii) lo relativo a la ejecución, inejecución, eliminación o sustitución de los 14 ítems contractuales que aún no habían sido ejecutados. Allí se señaló que desde el 27 de julio de 2010, la firma interventora del Contrato SESAC Ltda., como consecuencia de la terminación de su vinculación contractual, preparó y suscribió conjuntamente con el Concesionario el Acta de Terminación de Obra, la cual valoró y aprobó las obras ejecutadas por el Concesionario relativas a los tramos Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo hasta el 30 de abril de 2010. Con posterioridad a ese hecho la Unión Temporal Concesionaria siguió ejecutando las obras y actividades referidas a estos tramos de la vía, las cuales fueron mesuradas y valoradas por $7.018'905.072.22 ($1.618.498.588.19 en pesos de mayo de 1994). No obstante los continuos requerimientos de la Concesionaria, dijo, hasta el 6 de septiembre de 2012 no había sido posible actualizar el Modelo Financiero, ni la toma de decisiones relacionadas con el mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual que habría de ser utilizado para los efectos de lograr el equilibrio roto. Así mismo, el Concesionario señaló que desde la suscripción del Acta del 27 de julio la entidad concesionaria desarrolló en el cuerpo de la misma una reclamación dirigida a obtener el reconocimiento y pago de los mayores valores representativos de obras determinadas por el cambio de los diseños, efectivamente ejecutados mediando la aprobación del INCO, respecto de los inicialmente acordados entre las partes y que tenían relación con los siguientes ítems: i) cambio del alineamiento del tramo K 16+500 al K 17+00, zona de Iardenia (El barril); nivel de la rasante de la Variante de Portachuelo; y, iii) puente Vehicular de Portachuelo. En consecuencia, dijo, el concesionario está a la espera de las definiciones de la ANI en relación con la actualización del Modelo, que, dijo, en principio lo habían acordado, se actualizaría tomando en cuenta todo lo que hasta esa fecha había ocurrido a fin de evitar dejar aspectos por cubrir, dada la proximidad de la finalización del Contrato de Concesión, que, señaló, en principio debería ocurrir el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de los efectos que sobre el plazo de duración de la Etapa de Operación se deriven como consecuencias de las fórmulas que se adoptaran para el restablecimiento del equilibrio contractual. Finalmente, el Concesionario reiteró su solicitud contenida en la comunicación DVNB-1459-12 del 23 de julio, invitando a la ANI a que tomara las decisiones pertinentes y se instruyera a la Unión Temporal DEVINORTE, sobre si las obras pendientes de ejecución debían ser ejecutadas tal y como resultaron diseñadas en el año de 1996, o si debían ser ejecutadas de conformidad con las nuevas reglamentaciones sobre sismo resistencia, o si debían ser sustituidas por otras de mayor utilidad para las comunidades usuarias del sistema vial, o si definitivamente debían ser excluidas del alcance del contrato.

[504] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000466.
[505] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000467 -000468.

Con la comunicación DVNB-203-13 del 28 de enero 2013,[506] el Concesionario le envió al Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI la actualización del Modelo Financiero aprobado en diciembre de 2005, el cual incluía el costo de las obras ejecutadas y aprobadas por la Interventoría SESAC con corte el 30 de abril de 2010, así como los valores aprobados por las Interventorías Consorcio DIS Y Consorcio CTI, de acuerdo a cada una de las actas de terminación parcial de las obras, continuando con las condiciones y parámetros iniciales presentados en la actualización del Modelo Financiero de diciembre del año 2005 y manteniendo la Tasa Interna de Retorno del proyecto estipulada en el Contrato de Concesión. Para esa actualización, dijo, se tuvo en cuenta las actas de obra y documentos contractuales firmados por las diferentes interventorías y avalados por la ANI y señaló que en ese momento, la Interventoría actual, estaba revisando todas las inversiones ejecutadas sobre las cuales la Interventoría Consorcio DIS no alcanzó a formalizar por vencimiento del Contrato. Estos valores obviamente no habían sido incluidos en esta actualización, lo cual se haría una vez se pronunciara la Interventoría que actuaba en ese momento.

Con la comunicación ICITY-0029-13 del 12 de febrero de 2013,[507] radicada en la ANI con el No. 2013-409-005669-2 del 14/02/2013, la Interventoría ejercida por el Consorcio ICITY, le envió al Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI "el estudio de revisión de la actualización del modelo financiero aprobado en 2005, presentado por el Concesionario" y "los documentos soporte del costo de las obras ejecutadas y aprobadas por la firma interventora SESAC, con corte a 30 de abril de 2010 y los documentos aprobados por las Interventorías Consorcio DIS S.A. -IPC S.A. y el Consorcio CTY" los cuales fueron entregados a la Interventoría ejercida por el Consorcio ICITY por parte del Concesionario y revisados y estudiados conjuntamente con el mismo para su validación e inclusión en el modelo financiero.

Con la comunicación DVNB-0401-13 del 25 de febrero de 2013,[508] el Concesionario le indicó al Presidente de la ANI que el 14 de febrero de 2013 la Interventoría del Contrato (Consorcio Icity), bajo el número 2013-409-005669-2 radicó ante la ANI el documento que denominó "Informe Concepto Actualización Modelo Financiero a 25 de enero de 2013 presentado por el Concesionario", así como de la misma manera, la ANI era conocedora de las reiteradas solicitudes que la Unión Temporal Devinorte había venido presentando en relación con la necesidad de dar cumplimiento a la obligación legal y contractual de actualizar el Modelo Financiero a afectos de que una vez cumplida la misma, como de hecho finalmente había ocurrido, se procediera a adoptar el instrumento contractual idóneo que solemnizara los resultados de la actualización, en el sentido de acordar el mecanismo de compensación idóneo y suficiente contractualmente pactado para los efectos de restablecer la ecuación económica del contrato. Por tal motivo, el Concesionario le solicitó al Presidente de la ANI instruir a quien correspondiera con el fin de que se procediera a elaborar y suscribir el correspondiente Otrosí que, en aplicación de lo establecido en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión, actuara el mecanismo de ampliación del término de duración de la Etapa de Operación hasta el 30 de septiembre de 2017, fecha en la cual la Unión Temporal Concesionaria mediante el recaudo del peaje que le habían sido cedidos (Los Andes, Fusca y Teletón) podría obtener el retorno de la inversión representativa de los estudios, diseños, construcción, operación y mantenimiento del Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá que administra, y la correspondiente tasa interna de retorno (TIR) contractualmente convenida entre las partes. Sin embargo de lo anterior, Concesionario le aclaró al Señor Presidente de la ANI que, la Interventoría aún no se había pronunciado sobre "*La reclamación realizada por el Concesionario mediante comunicado DVNB-2538-12, por concepto de la inversión realizada por el Concesionario en la modificación sustancial del diseño Capellanía – Zipaquirá, por valor de $4.-392 millones de pesos de mayo de 1994, no se ha documentado siendo objeto de estudio. Por lo cual no se incluye en este ejercicio.*" En tanto lo anterior, una vez la Interventoría se pronunciara sobre el rubro de inversión, dijo el Concesionario,

[506] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000469.
[507] Cuaderno de Pruebas No. 18, Folios 143 a 161.
[508] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000470 a 000471 y Cuaderno de Pruebas No. 17, Folios 000220 y vuelto.

procedería a solicitar la actuación de los instrumentos contractuales que incorporaran este rubro en el Modelo Financiero, con sus correspondientes efectos.

Con el oficio de radicación de salida No. 2013-308-004304-1,[509] suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente Grupo Financiero VGC de la ANI, ésta le informó al Concesionario que "efectivamente la Interventoría del Proyecto de Concesión Devinorte, Consorcio ICITY remitió su concepto a la actualización del modelo financiero en la fecha y con número de radicado por usted informado, no obstante, nos permitimos manifestar que ni en sus comunicaciones ni en el concepto de la Interventoría fue radicado el modelo financiero en Excel debidamente formulado, el cual fue recibido vía correo electrónico el 25 de febrero por esta Agencia y que como comprenderá es fundamental para la revisión y concepto de la misma." A su vez, con respecto al mecanismo de compensación al Concesionario contemplado en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 664 de 1994, la ANI señaló que sólo el primero de ellos, es decir, la ampliación de la Etapa de Operación, requería la actualización del modelo financiero como herramienta para determinar el plazo adicional requerido para la respectiva compensación. Adicional a ello, dijo, "es facultativo para la Entidad, la utilización de cualquiera de los tres mecanismos mencionados en la medida que la Cláusula mencionada establece que '… la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos…', lo que deja sin sustento su afirmación en cuanto a que es obligación legal y contractual efectuar la actualización del modelo financiero. / Lo anterior sin perjuicio de que los mecanismos de compensación están siendo contemplados por esta Agencia y en evaluación de nuestro equipo jurídico, dejando siempre claro que la obligación de la Agencia es la de compensar al Concesionario, no la de actualizar el modelo financiero." "Finalmente y teniendo como precedente que la actualización del modelo financiero es la herramienta para establecer el plazo adicional de operación que se constituye en uno de los mecanismos de compensación, dijo la Agencia, nos permitimos informar que en su revisión adelantada por esta Entidad en relación con el concepto de la Interventoría, se realizaron las siguientes observaciones: El modelo financiero establece fechas de inicio para algunas obras que están pendientes de ejecución en enero, febrero y marzo de 2013. / Según lo informado por la Interventoría dichas obras no han iniciado por lo que el modelo remitido no se ajusta a la realidad de los plazos programados para el inicio de la ejecución de las mismas y no se observa que exista un cronograma aprobado que respalde las fechas de ejecución como soporte de la actualización del modelo financiero. Bajo las condiciones del modelo remitido, el cronograma se encuentra atrasado aún sin que se haya aprobado por parte de la Entidad. / Se solicita revisar el valor del mantenimiento de las obras en el modelo financiero de enero de 2013 y su variación frente al modelo del 2005. / Se solicita validar la fuente de los TPD utilizados en el modelo. / Posteriormente, en reunión adelantada el 11 de marzo de 2013 se plantearon inquietudes adicionales a la Interventoría del proyecto, las cuales fueron oficializadas en comunicación del 13 de marzo de 2013 con radicado 2013-308-003689-1, las cuales, una vez serán resueltas, se continuará con el proceso de definición correspondiente."

Con la comunicación DVNB-809-13 del 23 de abril de 2013,[510] en respuesta al oficio anterior con número de radicación de salida 2013-308-004304-1, el Concesionario le indicó al Vicepresidente de Gestión Comercial y al Gerente del Grupo Financiero VGC de la ANI, que "Discrepamos de su interpretación en el sentido de que el hecho jurídico según el cual la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión estipule los mecanismos que puede actuar la Entidad Concedente con el propósito de mantener la ecuación contractual, de plano elimina la obligación surgida de la Ley y de las cláusulas contractuales que imponen el débito de actualizar permanentemente la ecuación del contrato. Por el contrario, según el Contrato de Concesión 664 de 1994 esa ecuación puede resultar quebrantada por cualquiera de las situaciones a que se refieren las CLÁUSULAS QUINTA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA SÉPTIMA o VIGÉSIMA del mismo y, de serlo, la obligación de restablecerla, surge

[509] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 17, Folios 000219 y vuelto.
[510] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000472 a 000477.

de manera automática. / Para el caso específico que nos ocupa, es indiscutible que la hipótesis generadora del desequilibrio de la ecuación contractual se ubica en lo regulado por la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato, que modula lo relacionado con los 'SOBRECOSTOS POR MAYORES CANTIDADES DE OBRA EN LA CONSTRUCCIÓN', como es posible que ocurra por la presentación de una o varias de las diferentes situaciones de hecho que la mencionada cláusula regula; amén de que también puede atraerse al caso, lo que norma la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA del referido documento. / Entonces, presentada cualquier situación de que las cláusulas citadas regulan, es evidente que la Entidad Concedente debe mantener constante la ecuación contractual y aplicar, apegada al texto y espíritu del contrato, los mecanismos que crea la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA. / Con independencia de lo que hemos dado en llamar '*actualización del modelo financiero'* de manera consuetudinaria entre la Entidad Concedente y la Concesionaria sea acertado, la propiedad o no el término es irrelevante en cuanto lo que siempre han querido significar las Partes es el mantener constante la ecuación contractual. Es suma, es absolutamente indiscutible que existe la obligación legal y contractual de restablecer la ecuación contractual, cuando ésta resulte rota; como es el caso que nos ocupa."

Más adelante, en esta comunicación, el Concesionario señala que "La argumentación de la ANI transcrita simplemente afianza o avala lo que hemos solicitado, por lo que la prohijamos en un todo. Es decir, bajo el entendido que '*actualizar el modelo financiero'* significa restablecer la ecuación contractual mediante la aplicación de los mecanismos idóneos y suficientes para lograr la igualdad de los extremos de la ecuación; eso y nada más que eso, es lo que las Unión Temporal Devinorte está solicitando. / Sin embargo de lo anterior, es preciso recalcar que la aplicación de los diferentes mecanismos regulados por el Contrato para lograr el equilibrio financiero no es un asunto discrecional de la ANI, desde luego que las estipulaciones contractuales, que constituyen ley para las partes, incorporan regulaciones que tienen que ver con los siguientes aspectos: i) Una prioridad para la aplicación de los diferentes mecanismos o procedimientos convenidos para lograr el mantenimiento de la ecuación contractual. ii) La exigencia de determinados y rigurosos requisitos para justificar la aplicación del tercer sistema, esto es, la asignación, al efecto, de partidas del Presupuesto General de la Nación. Entre otros, uno de ellos consiste en la solicitud expresa y razonada del Concesionario. iii) La necesidad de buscar un acuerdo entre las Partes, de manera que tan solo no logrado el mismo, la Entidad Concedente puede optar por aplicar a su arbitrio alguno de los mecanismos; pero, recalcamos nosotros, sin apartarse de las limitaciones que impone la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA."

Finalmente, el Concesionario señaló que no era verdadero que las obras pendientes no se hubieran iniciado y que, por consiguiente, la información vertida para los efectos de correr el modelo no correspondiera a los hechos sucedidos, para lo cual, adjuntó las copias auténticas de las actas de iniciación de las obras y el estado de ejecución de cada una de ellas.

Así, queda demostrado que efectivamente en varias comunicaciones se solicitó del INCO/ANI por parte del Concesionario a partir del año 2008, la actualización del Modelo Financiero, para lo cual se adelantaron varios estudios y conversaciones hasta el mes de febrero de 2013, con varias interventorías sucesivas en inclusive con la ANI sin que hubiera interventoría, pero finalmente no se produjo la revisión ni la actualización del modelo financiero, con lo cual queda probado, que la parte convocada en este período sí incumplió su obligación legal y contractual de acceder a restablecer la ecuación o equilibrio contractual mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes.

Incumplida dicha obligación, se trabó la controversia judicial que dio lugar a este proceso arbitral. Con la demanda arbitral, el Concesionario presentó las siguientes cifras sobre los mayores valores y obras adicionales ejecutadas, a su juicio, durante el tiempo transcurrido entre diciembre del año 2005 y la fecha de la instalación del Tribunal Arbitral[511]:

[511] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folio 000586

| | |
|---|---|
| Obras Ambientales Variante Cajicá | $ 33.282.000 |
| Box Peatonal El Redil | $ 31.723.000 |
| Cicloruta Capellanía – Zipaquirá | $ 3.665.866.000 |
| Redes de servicios | $ 1.761.361.000 |
| Salmueroducto | $ 77.714.000 |
| Puente Peatonal Familia | $ 86.563.000 |
| Puente Peatonal Teletón | $ 59.156.000 |
| Puente Peatonal Barrio Colombia | $ 29.493.000 |
| Retorno Peaje Andes | $ 46.218.000 |
| Mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) | $ 3.870.947.000 |
| Viaducto Portachuelo, sector lardenia y Realce Rasante Variante Portachuelo | $ 4.492.628.000 |
| **Valor Total a precios de mayo /94** | **$ 14.154.852.000** |
| **Valor Total al precio de hoy** | **$ 66.605.089.920** |

**Sobre las obras adicionales ejecutadas por las Convocantes con posterioridad a la suscripción del otrosí del 29 de diciembre de 2005, la celebración del otrosí del 22 de agosto de 2006 y de otros acuerdos contractuales que pudieron determinar que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos del otrosí del 29 de diciembre de 2005**

En la pretensión principal IV.1.7. y conforme a la enumeración de los hechos que le sirven de causa, las convocantes se refieren concretamente a una serie de obras adicionales ejecutadas conforme al Otrosí de fecha 22 de agosto de 2006 -que es posterior a la suscripción del Otrosí del 29 de diciembre de 2005 aludido en el hecho 57- y "cuyo desarrollo, al igual que el de otros acuerdos contractuales, dijeron, determinó que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos del acabado de identificar otrosí (el del 29 de diciembre); suma esta de dinero que incluye los mayores valores o el valor de obras no contempladas respecto de los convenidos y/o incorporados en la actualización del Modelo Financiero adoptada por el acabado de referir otrosí, por los ítems que seguidamente se desglosan con indicación de su individual valor: Obras Ambientales Variante Cajicá COP33.282.000; Box Peatonal el Redil COP31.723.000; Ciclorruta Capellanía – Zipaquirá COP3.665.866.000; Redes de Servicios COP1.761.361.000; Salmueroducto COP77.714.000; Puente Peatonal Familia COP86.563.000; Puente Peatonal Teletón COP59.156.000; Puente Peatonal Barrio Colombia COP29.493.000; Retorno Peaje Andes COP46.218.000; mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador – Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) COP3.870.947.000; Viaducto Portachuelo, Sector Iardenia y Realce Rasante Variante de Portachuelo COP4.492.628.000. Todos los anteriores valores a precios de mayo de 1994. Dicho valor total y los parciales en que se desagrega serán los que finalmente resulten del dictamen pericial que al efecto de su determinación se solicitó en el pertinente acápite de la demanda sustituta original y aquí se reitera." (subrayado fuera del texto de la reforma de la demanda arbitral sustituida).

Fue respecto de tales obras adicionales previstas en el Otrosí del 22 de agosto de 2006 que las convocantes plantearon a la convocada la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión como consecuencia de haber incurrido con su ejecución en un mayor valor de la inversión inicialmente reconocido como partida total de egreso en el Acta en la cual consta la nueva Actualización del Modelo Financiero relativa al Contrato de Concesión, suscrita el 29 de diciembre de 2005,[512] motivo por el cual reclamaron de la convocada en varias ocasiones su restablecimiento, mediante el cumplimiento del deber legal y contractual a cargo de las partes, entre ellas, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, de suscribir el acuerdo que adoptara el mecanismo de restablecimiento del equilibrio definido en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato y según el orden de prioridad, procedimientos y condiciones allí señalados, esto es, dando

[512] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

prevalencia a la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión hasta el día que resultara suficiente para que las Convocantes obtuvieran el retorno de la totalidad de su inversión y la rentabilidad resultante a su favor como corolario de la matriz de riesgos del contrato, sus ulteriores modificaciones y de la TIR -como quedó definida en los diferentes documentos aplicables, esto es el Pliego de Condiciones, la Oferta de las Convocantes, el Contrato mismo y sus documentos modificatorios-.

Ello significa que a partir del diseño y ejecución de tales obras a las que hace referencia el Otrosí suscrito por las partes el 22 de agosto de 2006, se pudo haber roto el equilibrio económico financiero y las partes entraron en conversaciones para establecer o determinar si se había producido o no dicha ruptura, al término de las cuales la parte convocada no estuvo de acuerdo en que ella se hubiere presentado.

Probado está lo que dijo la primera parte el Acta de Reinicio de las Obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo, suscrita el 29 de diciembre de 2005[513] en la cual las partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

> "6. En la cláusula primera, parágrafo primero, numeral 1 del Contrato de Concesión 664 de 1994, se señala como partes de su objeto, entre otras obras, la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y la construcción de la Variante Portachuelo.
>
> "7. En la cláusula tercera, literal c) del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se determinó aplazar la construcción del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras.
>
> "8. La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras básicas a que se refiere el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se iniciarán en cuanto EL INSTITUTO entregue al CONCESIONARIO la totalidad de los predios requeridos por tramos, para la ejecución de dichas obras básicas.
>
> "9. La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispone entregar a el **CONCESIONARIO** la suma de DIECIOCHO MIL MILONES DE PESOS ($18.000.000.000,oo), como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y la Variante de portachuelo.
>
> "10. Lo anterior permitirá que el **CONCESIONARIO** inicie la construcción del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) de manera racional y escalonada en la medida que le vayan siendo entregados tramos continuos de predios, en el sentido Sur-Norte; esto es, empezando desde el sitio denominado Capellanía y específicamente desde su intersección con la Variante de Cajicá; por lo cual es posible levantar el aplazamiento en la construcción de las obras: segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y la Variante Portachuelo, las cua[les] serán iniciadas por EL CONCESINARIO sólo respecto de aquellos tramos que cuenten con (i) licencia ambiental aprobada; (ii) los permisos ambientales correspondientes; (iii) la disponibilidad de los predios requeridos; y (iv) la aprobación del cronograma de obra por parte del **INCO.**
>
> "11. Según el adicional del quince (15) de junio de 2005 y su aclaración del veinticinco (25) de octubre de 2005, el **INCO** delegó en el **CONCESIONARIO** la gestión de adquisición de los predios requeridos para la construcción del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo; actividad que debe ser desarrollada en un plazo de doce (12) meses, una vez aprobados por el **INCO** las fichas prediales y los avalúos.
>
> "12. El **CONCESIONARIO** presentó a consideración del INVIAS, hoy subrogado por el **INCO,** y de la INTERVENTORIA actuante en su momento, la valoración de las obras (i) segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y (ii) Variante de Portachuelo. Dicho valor fue el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades de obra resultantes de los diseños definitivos aprobados, y de los precios convenidos al efecto para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración de la obra es la que aparece en Anexo que se adjunta a la presente acta para que forme parte integral de ella. En todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es el inicialmente presupuestado y aprobado según el 'ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664-94

[513] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE', suscrita el 2 de Septiembre de 1996, pero que el valor final de las referidas obras será el que finalmente certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la construcción de las mismas, en consonancia con las estipulaciones del Contrato 0664-94. El estimado en construcción se establece en esta misma Acta y sus anexos; todo como aparece en el cuadro denominado '*Anexo No.1- PRESUPUESTOS DE CONSTRUCCIÓN CAPELLANIA – ZIPAQUIRA Y VARIANTE PORTACHUELO'.*"

Como consecuencia de todo lo anterior, en la citada Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron que: 1) El Concesionario se comprometió a dar inicio y a ejecutar las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo de acuerdo con los estudios, diseños, planos, especificaciones, presupuesto y demás documentos relacionados en el Acuerdo Tercero de esa Acta; 2) El valor de tales obras, correspondería a los diseños presentados por el Concesionario, "el cual asciende a la suma de ($15.032.286.576 a precios de mayo de 1994), desagregados de la siguiente forma:

| **DESCRIPCION** | **VALOR (precios de mayo de 1994)** |
|---|---|
| COSTO OBRA BASICA (Incluida rehabilitación) | $ 12.061.704.369 |
| REDES DE SERVICIOS | $ 1.050.670.378 |
| SALMUERODUCTO | $ 328.940.400 |
| RETORNOS A NIVEL | $ 240.013.865 |
| PUENTES PEATONALES Y PARADEROS | $ 183.125.000 |
| CICLORUTA | $ 1.167.832.564 |

| | |
|---|---|
| **TOTAL SECTOR II ($/MAYO/94)** | **$15.032.286.576** |

"Sin embargo, su valor final será el que certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la obra y resulte de la aplicación de las cláusulas del contrato y de lo señalado en la consideración 12 y 18." Aquí se acordó que "Se debe descontar del valor total de la obra básica del tramo II, los valores reconocidos por Restrepo y Uribe en las cantidades de obra ejecutada del tramo I, en lo relacionado con los ítem: 70.40 Estudio, Diseño y Construcción del intercambiador a desnivel de Portachuelo L = 220 m con un valor ejecutado de $38.893.120 de mayo de 1994 y el ítem 70.70 Estudio, diseño y construcción del paso elevado en Santana sobre el FFCC L = 160 m con un valor ejecutado de $35.893.438 de mayo de 1994". Así mismo se pactó que el trazado de la cicloruta debería ser previamente concertado por las partes; 3) Con el fin de dar claridad a lo convenido, al igual que a las consideraciones precedentes, las partes acordaron integrar al texto de esta Acta, para que formaran parte de ella los siguientes documentos: (i) diseño geométrico; (ii) pavimentos, (iii) geotecnia; (iv) presupuesto, (v) especificaciones de construcción generales y particulares, (vi) cronograma de inversiones, (vii) tráfico; (viii) hidráulica; (ix) hidrología; (x) geología; (xi) presupuesto presentado por el Concesionario; (xii) "ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE" y su correspondiente Anexo; (xiii) Anexo N° 1, mencionado en el considerando 12; y, xiv) los demás que resultaran conexos según las consideraciones precedentes; 4) Dado que la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo es parte del "*alcance físico adicional"* del Contrato de Concesión N° 664 de 1994 y por lo mismo está contemplada como insumo de egreso en el Modelo Financiero del Contrato de Concesión, las partes efectuaron la actualización resultante de la determinación de la fecha de inicio y duración de la ejecución de las obras; 5) Se acordó que el plazo para la ejecución de las obras sería de veinticuatro (24) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previa presentación al INCO, de la totalidad de los permisos ambientales, tales como disposición de materiales, fuentes de materiales, plantas de trituración, concreto y asfaltos, concesiones de aguas, vertimientos, aprovechamientos forestales, etc.; 6) Finalmente, de conformidad con lo establecido en las consideraciones de esta Acta, el Concesionario se comprometió a iniciar las obras de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, a partir del momento en que la totalidad de los predios necesarios para la construcción de cada uno de los

tramos en que se habían dividido las dos obras a que se refiere esta Acta estuvieren a su disposición, según lo acordado en el adicional de 15 de junio de 2005.

Igualmente, probado está lo que dice el Otrosí No. 44 - Adición - Modificación Diseños de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo - Ancho separador a seis metros, suscrito el 22 de agosto de 2006,[514] en el cual las partes hicieron previamente las siguientes consideraciones:

> "7.- Dentro del objeto del Contrato 664 de 1994 y, específicamente, de su 'alcance físico adicional' se encuentra comprendida la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo.
>
> "8. En la cláusula tercera, literal c) del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se determinó aplazar la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras.
>
> "9. La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras a que se refiere el literal c) de la cláusula tercera del otrosí del 23 de diciembre de 1998 se iniciarían en cuanto el **INVIAS** entregara a **EL CONCESIONARIO** la totalidad de los predios requeridos para la ejecución de dichas obras básicas, por tramos.
>
> "10. La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispuso entregar a **EL CONCESIONARIO** la suma de DIECIOCHO MIL MILLONES DE PESOS ($18.000.000.000), como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo.
>
> "11. Lo anterior permitió que **EL CONCESIONARIO** iniciara la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo el día 8 de junio de 2006, como se desprende del 'Acta de inicio de construcción' de la misma fecha, de manera racional y escalonada en la medida que le fueran siendo entregados tramos continuos de predios, en el sentido Sur-Norte; como lo señala la consideración 3) del mentado documento.
>
> "12. **EL CONCESIONARIO** presentó a consideración del **INVIAS,** hoy subrogado por el **INCO,** y de la **INTERVENTORÍA** actuante en su momento, la valoración de las obras (i) segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y (ii) Variante de Portachuelo. Dicho valor fue el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades de obra resultantes de los diseños definitivos aprobados, y de los precios convenidos al efecto para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración de la obra es la que aparece en Anexo que se adjuntó al documento denominado 'Acta de reinicio de obras' de fecha 29 de Diciembre de 2005; bajo el entendido que, en todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es el inicialmente presupuestado y aprobado según el 'ACTA DE INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA (sic) PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN N° 664-94 SUSCRITO ENTRE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE', suscrita el 2 de septiembre de 1996, pero que el valor final de las referidas obras será el que finalmente certifique LA INTERVENTORIA al finalizar la construcción de las mismas, en consonancia con las estipulaciones del Contrato 0664-94 y que, además, los capítulos de inversión denominados 'Acometidas y conducciones de Servicios Públicos' y 'Obras Ambientales', constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor por concepto distinto al de 'mayores cantidades de obra', en el evento de que con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo se detecten situaciones imprevistas que determinen la necesidad de acometer obras no contempladas en el presupuesto original, vertido en el Anexo. Lo anterior, siempre y cuando medie la previa y expresa aprobación y certificación de la **INTERVENTORIA.**
>
> "13. Una vez iniciadas las obras, **EL INCO,** mediante Oficio SGC - 008494 de agosto 1 de 2006, informó a **EL CONCESIONARIO** que era decisión del Gobierno Nacional y del Ministerio de Transporte, modificar el diseño de las obras atrás identificadas en el sentido de que los tramos de carretera Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y Variante Portachuelo debían ser rediseñados en el sentido de que los mismos contemplaran un separador entre las calzadas de seis (6) [metros] de ancho.[515]

[514] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000039 a 000044

[515] La comunicación SGC-008494 calendada el 1 de agosto de 2006, suscrita por el Subgerente de Gestión Contractual del INCO y dirigida al representante legal de la Unión Temporal Devinorte, le expresa "…que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, ha adoptado la decisión de que el tramo de carretera que va desde Cajicá (Capellanía) hasta Zipaquirá (retén) y la Variante de Portachuelo se construyan (sic) de manera que queden dotadas con un separador, entre calzadas, de seis (6) metros de ancho. // Como consecuencia de lo anterior el diseño definitivo aprobado por el INVIAS para los mencionados tramos de carretera no debe ser tenido en cuenta. // Por consiguiente les solicitamos que procedan a elaborar los nuevos estudios, diseños y presupuesto de las

"14. Como consecuencia de lo anterior y a solicitud de **EL CONCESIONARIO** se hace necesario que éste elabore los nuevos estudios, diseño y presupuesto de las obras resultantes de la orden impartida por **EL INCO,** para lo cual se le concedió un plazo de dos (2) meses. Lo anterior bajo el entendido de que la responsabilidad por los diseños y por la ejecución de las obras corresponde exclusivamente a **EL CONCESIONARIO.**

"15. Que como corolario de la modificación del diseño definitivo que había sido aprobado por el **INVIAS, EL CONCESIONARIO** presentó a consideración de **EL INCO** y de la **INTERVENTORIA** mediante comunicación DVNB - 1.936, de Agosto 03 de 2006, el valor total estimado que supondría la ejecución de las obras de los tramos Cajicá (Capellanía) - Zipaquirá (retén) y Variante Portachuelo, siguiendo el nuevo diseño. El valor estimado que supondría la ejecución de las obras Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y variante Portachuelo, siguiendo el nuevo diseño. El valor estimado es de $16,944,353,016 a precios de mayo de 1994. Dicho valor ha sido el resultado de multiplicar los precios aplicables señalados en el contrato original para el caso de ítems contemplados en la oferta inicial a las cantidades estimadas resultantes de la nueva geometría de las vías y de los precios sugeridos para aquellos ítems que no fueron objeto de la oferta inicial. La valoración total estimada de la obra es la que aparece el anexo que se adjunta al presente escrito para que forme parte integral de él. En todo caso y para todos los efectos, las partes entienden y acuerdan que el valor mencionado es global fijo, sin lugar a ningún tipo de ajuste ni de reconocimientos posteriores ni anteriores por concepto de mayores cantidades o de ítems no previstos, con la excepción que seguidamente se consagra y que además se protocoliza en la cláusula segunda del presente adicional. Aclaran los suscribientes que los capítulos de inversión denominados 'Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos' y 'Obras Ambientales', constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor o menor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la expresa y previa aprobación y certificación de la **INTERVENTORIA.**

"16. Las partes acordaran que el precio total fijo de la segunda calzada del Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, será el que resulte de aplicar la metodología señalada en la consideración precedente al diseño definitivo que resulte aprobado por **EL INCO** y por la **INTERVENTORIA** del contrato, una vez haya sido presentado por el **CONCESIONARIO** en el plazo fijado."

Con base en los anteriores antecedentes y consideraciones: 1) El Concesionario se comprometió para con el INCO a ejecutar las obras de construcción de la doble calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo de acuerdo con los estudios y especificaciones y demás documentos relacionados en el contrato original y siguiendo el nuevo diseño que resultara aprobado (Cláusula Primera); 2) El Concesionario dispondría de un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la fecha de este adicional, para presentar a la consideración y aprobación del INCO y de la Interventoría los nuevos estudios, diseño y presupuesto de las obras señaladas en la cláusula anterior (Cláusula Segunda); 3) El valor estimado de las obras ascendió a la suma de $16.944.353.016 en pesos de mayo de 1994, valor que se estableció como lo señala la consideración 14 de este adicional, tomando como base las cantidades de obra estimadas por el Concesionario**.** Sin embargo, una vez éste presentara al INCO los nuevos estudios, diseño y presupuesto y éstos fueran aprobados por el INCO y por la Interventoría, las partes procederían a establecer el valor de las obras bajo el nuevo diseño que resulte aprobado. Así mismo se acordó que el valor establecido siguiendo la metodología acordada y definida sería adoptado mediante Acta suscrita por el INCO, la Interventoría y el Concesionario, la cual haría parte integral de este adicional. Este valor sería global fijo, sin lugar a ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra. No obstante lo anterior, los capítulos de inversión denominados "Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos" y "Obras Ambientales" constituyeron los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo se detectaren situaciones imprevistas que determinaran una mayor o menor cantidad de obra a ejecutar. Lo

mencionadas obras, a fin de que sean considerados y aprobados por el INCO y la INTERVENTORÍA del Contrato. // Consideramos razonable el plazo de dos (2) meses solicitado por ustedes para proceder a su elaboración, presentación y aprobación, tanto de los estudios y diseños como del presupuesto de obra. En estos diseños deberá estar incluida la cicloruta. // Así mismo, hemos impartido las instrucciones para que se proceda a elaborar el texto adicional al Contrato de Concesión, que incorpore estos acuerdos. // Aceptamos el sistema de precio máximo ofrecido; siguiendo los mismos lineamientos adoptados para el caso de la Variante de Cajicá." Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000391 a 000392 y Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000019 a 000020.

anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría. Entendieron también las partes que dentro del valor de este adicional no estaba comprendido el reconocimiento por las actividades que tuvieran que ver con el traslado y/o relocalización de redes de servicios realizados en áreas diferentes al cajón de la vía. En el evento de ser requerido este tipo intervención por fuera del cajón de la vía, debía mediar previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría para que se pudiera dar el reconocimiento de su valor al Concesionario; 4) Dado que la construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo es una obra que hace parte del "alcance físico adicional" del Contrato de Concesión 664 de 1994 y, por lo mismo, se contempla como insumo de egreso en el "Modelo Financiero" del Contrato, las partes acordaron que efectuarán su actualización en el sentido de incluir el mayor valor resultante del cambio de diseño de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo a que se alude en la consideración 13 de ese Otrosí y que finalmente resultare como consecuencia de lo señalado en la consideración 14 y en la Cláusula Segunda de ese mismo Otrosí o Adicional.

Además de lo anterior, en el Acta suscrita el 7 de diciembre de 2006[516] que contiene el Acuerdo de Cantidades de obra y Presupuesto, incluyendo el separador central de seis (6) metros y otras modificaciones, conforme a la Adición al Contrato de Concesión contenida en el Otrosí No 44 suscrito el 22 de agosto de 2006, las partes acordaron: 1) Que el Concesionario presentaría a la Interventoría, 30 días después de firmada esta Acta, un cronograma detallado para el estudio, diseño y construcción de los intercambiadores a desnivel y los puentes peatonales del sector Capellanía – Zipaquirá; 2) Que el Concesionario presentaría a la Interventoría los siguientes documentos correspondientes a la construcción de la cicloruta: Cronograma de actividades y Presupuesto de obra; Planos geométricos, Estudio de Suelos y cantidades de Obra, el día 30 de enero de 2007; 3) Aprobar por las partes que intervinieron esta Acta -el INCO, la Interventoría y el Concesionario-el siguiente resumen de presupuesto y cantidades de obra para la Vía Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y Variante de Portachuelo:

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALORES DE 1994 |
|---|---|---|
| 1 | COSTOS DE OBRA BÁSICA (Incluida Rehabilitación) | $15,932,551,417 |
| 2 | REDES DE SERVICIOS | $1,050,670.378 |
| 3 | SALMUERODUCTO | $328,940,400 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $43,334,265 |
| 5 | PUENTES PEATONALES (3) Y (2) PARADEROS | $283,687,500 |
| 6 | CICLORUTA | $1.167.832.564 |
| | **VALOR TOTAL** | **$18,807,016,524** |

4) El valor del Ítem 1 (Costo de Obra Básica -Incluida Rehabilitación), sería a Precio Global Fijo, siguiendo la metodología adoptada en el Contrato de Concesión 664 de 1994, sin lugar a ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra; 5) No obstante lo anterior, los capítulos de inversión denominados "Redes de Servicios Públicos" y otras Obras, Salmueroducto, Puentes Peatonales y Paraderos y Cicloruta constituyeron los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor, hacia arriba o hacia abajo, en el evento de que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante Portachuelo, se detectaran situaciones imprevistas que determinaran una mayor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría; 6) Entendieron las partes que dentro del valor de este adicional no está comprendido el reconocimiento por las actividades que tuvieran que ver con el traslado y/o relocalización de redes de servicios realizados en áreas diferentes al cajón de la vía. En el evento de ser requerido este tipo intervención por fuera del cajón de la vía, debería mediar previa y expresa aprobación y certificación de la Interventoría para que se pudiera dar el reconocimiento de su valor al Concesionario; y, 7) Para efectos de amparar los compromisos adquiridos en esta Acta, el Concesionario se obligó a ajustar y ampliar las garantías constituidas frente al Contrato Principal.

[516] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000056 a 000060

También está probado en este proceso que en el Acta de Terminación del plazo de Obra para la construcción de la doble calzada Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y de la Variante de Portachuelo, suscrita el 27 de julio de 2010,[517] se hizo la actualización de valores del proyecto de acuerdo con la ampliación del separador central de seis (6) metros.

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALORES DE 1994 |
|---|---|---|
| 1 | COSTOS DE OBRA BÁSICA (Incluida Rehabilitación) | $15,932,551,417 |
| 2 | REDES DE SERVICIOS | $1,050,670.378 |
| 3 | SALMUERODUCTO | $328,940,400 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $43,334,265 |
| 5 | PUENTES PEATONALES (3) Y (2) PARADEROS | $283,687,500 |
| 6 | CICLORUTA | $1.167.832.564 |
| | **VALOR TOTAL** | **$18,807,016,524** |

En ella se destaca la Nota 1 conforme a la cual el valor del Ítem 1 (Costo de Obra Básica – Incluida Rehabilitación) es a Precio Global Fijo; siguiendo la metodología adoptada en el Contrato de Concesión 0664 de 1994, sin ningún tipo de ajustes ni reconocimientos posteriores por concepto de mayores cantidades de obra. Así mismo se destaca la Nota 2, en la cual se señala que "los capítulos de inversión denominados 'Redes de servicio y otras obras: Salmueroducto, Puentes Peatonales y Paraderos y Ciclorruta constituyen los únicos ítems que podrían llegar a ser objeto de modificación en su valor hacia arriba o hacia abajo, en el evento en que y con ocasión del proceso de construcción de la segunda calzada del tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y de la Variante de Portachuelo, se detecten situaciones imprevistas que determinen una mayor cantidad de obra a ejecutar. Lo anterior mediando la previa y expresa aprobación y certificación de la INTERVENTORÍA. Con base en lo anterior las cantidades ejecutadas y aprobadas por la INTERVENTORÍA y el INCO con corte al 30 de abril se expresan en el siguiente cuadro:

| ITEM | DESCRIPCIÓN | VALOR EJECUTADO Básico | Valor con ajuste |
|---|---|---|---|
| 2 | REDES DE SERVICIO | $ 2,675.393.536.75 | $ 10.863.932.504.16 |
| 3 | SAMUERODUCTO | $ 406.654.271.72 | $ 1.695.627.850.21 |
| 4 | ESTUDIOS Y DISEÑOS | $ 43.334.265.00 | $ 156.818.472.00 |
| 5 | PUENTES PEATONALES | $ 346.250.000.00 | $ 1.413.251.801.00 |
| 6 | CICLORUTA | $ 4.404.429.489.00 | $ 17.986.288.581.06 |
| | **TOTAL** | **$ 7.876.061.562.47** | **$ 32.115.919.208.43** |

Tales Notas 1 y 2 corresponden al Parágrafo Cuarto, numerales 5 y 6 del Acta de cantidades de obra y presupuesto, suscrita entre el INCO, el Concesionario y la Interventoría. En esta acta se explicó la causa del incremento en las cantidades de obra correspondientes a las redes de servicio y a la cioclorruta, pero el Concesionario dejó constancia que si bien estaba de acuerdo con las Notas 1 y 2, "los mayores valores de obra resultantes de la mejora y la modificación sustancial de los diseños del Tramo K16 + 500 al K17 +000, zona de Iardenia (El Barril), y la modificación del Puente Vehicular de Portachuelo por exigencia, entre otras razones, de las normas sismo resistentes actuales, no son el resultado de un simple incremento en las cantidades de obra requeridas para ejecutar tales ítems, sino la consecuencia directa de la modificación de los diseños introducidos al trazado y geometría de la vía y a la estructura (Puente Vehicular) atrás identificadas; por lo que dicho mayor valor debe ser reconocido y pagado por el INCO, en aplicación de los mismos razonamientos de derecho que se tuvieron en cuenta para modificar el valor del Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá y de la Variante de Portachuelo en su alcance básico, los cuales se contienen en el documento anexo." A su vez, la Interventoría dejó constancia de sus comentarios y, con base en los antecedentes expuestos y, a su juicio, "dada la falta de soportes técnicos, balance de obras y claridad en las cantidades y precios unitarios", se abstuvo de emitir concepto respecto al requerimiento del mayor valor citado por el Concesionario, según su denominación "POR MODIFICACIÓN DEL DISEÑO".

[517] Cuaderno de Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000001 a 000017.

También quedó probado en este proceso que, en atención a que: 1) Mediante otrosí del 13 de octubre de 2009, las partes acordaron prorrogar la fecha de entrega del puente vehicular elevado Santana para cuando el avance en los diseños del Tren de Cercanías lo aconsejara, lo cual sería comunicado por el INCO al Concesionario o, a más tardar para diciembre 31 de 2013, lo que primero ocurriera; 2) Recibida el 25 de octubre de 2012 la comunicación de la ANI radicado de salida No. 2012-305-013588-1 en la cual se informó que a esa fecha no se tenían avances significativos en cuanto al diseño del tren de cercanías, por lo cual solicitó programar el inicio de las obras de construcción de la mencionada estructura con el fin de que se pudiera dar cumplimiento a los plazos pactados en el citado otrosí para lo cual se pidió hacer entrega de los respectivos diseños a la interventoría; 3) La comunicación anterior fue atendida mediante la DVNB.2374-12 del 05 de diciembre de 2012 con la cual se entregaron los diseños, planos y presupuesto; 4) A solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la Gobernación de Cundinamarca definió las especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal necesarias para el Metro Ligero Regional, motivo por el cual se debió proceder con un nuevo diseño y presupuesto en reemplazo de los ya aprobados; 5) El Consorcio ICITY mediante comunicación ICITY-0022-13 del 06 de febrero de 2013 envió copia de las cartas de la Gobernación de Cundinamarca, determinó las nuevas especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal y solicitó proceder con la elaboración de los diseños correspondientes y definir el nuevo presupuesto, mediante el Acta suscrita el 16 de enero de 2013,[518] la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día diez y seis (16) de enero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al Puente vehicular Santana, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

Igualmente quedó probado en este proceso que en atención a que la Interventoría encontró que contractualmente se debía proceder con la construcción de la ampliación a tres carriles del antiguo Viaducto La Caro (Comunicación ICITY-0090-12 del 5 de octubre de 2012), obra que es parte del Alcance Básico del Contrato, ampliación que debe hacerse cumpliendo con las normas sismoresistentes vigentes, y así lo aprobó la ANI, se consideró necesario proceder a ejecutar los Estudios y Diseños necesarios para el reforzamiento estructural y construcción ampliación, así como el presupuesto respectivo, razón por la cual la Interventoría y el Concesionario procedieron a la firma del Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción ampliación del viaducto existente en La Caro, perteneciente al Alcance Básico, mediante el Acta suscrita el 11 de febrero de 2013,[519] las partes acordaron como fecha de inicio el día 11 de febrero de 2013 para los estudios y diseños correspondientes al viaducto antiguo de La Caro, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

Así mismo, quedó probado en este proceso que teniendo en cuenta que: 1) Mediante Otrosí del 15 de junio de 2005 las partes acordaron adicionar el Alcance del Contrato de Concesión en el sentido de incluir dentro del mismo la construcción del puente elevado en el sector de Jardines Zhue, bajo el diseño, las especificaciones y el presupuesto definitivos que posteriormente convinieran las partes, previo aval por parte de la Interventoría para que, una vez definidos, los documentos, los planos y las memorias técnicas que los contuvieran pasaran automáticamente a formar parte del citado Otrosí. 2) Mediante el Otrosí del 7 de julio de 2006, las partes acordaron posponer la ejecución de esta obra, hasta que el 23 de octubre de 2012, la Interventoría solicitó programar el inicio de la misma; 3) La Gobernación de Cundinamarca definió las especificaciones en cuanto a gálibo vertical y horizontal necesarias para el Metro Ligero Regional, motivo por el cual se debía proceder con un nuevo diseño y presupuesto en reemplazo de los ya aprobados; y, 4) El Consorcio

[518] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000551 a 000554 y Folios 000587 a 000590
[519] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000523 a 000526

ICITY, el 6 de febrero de 2013 determinó las nuevas especificaciones y solicitó proceder con la elaboración de los diseños correspondientes y definir el nuevo presupuesto, mediante el Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Puente Vehicular Zhue, obra complementaria del Contrato de Concesión, suscrita el 11 de febrero de 2013,[520] la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 11 de febrero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al Puente Vehicular Zhue, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

Por su parte, quedó probado en este proceso que teniendo en cuenta que: 1) El 5 de marzo de 2013 se firmó el Acta de inicio de la construcción del tramo La Caro – Centro Chía entre el Interventor CONSORCIO TÉCNICO INTERVENTORÍA y DEVINORTE, en cuya Cláusula Primera se especificó que el tramo era de 270 m aproximadamente, entre el PR 5+450 (k 0+077.23) hasta el PR 5+720 (k 0+390) de la ruta 45-A-04 y que en el cronograma presentado con el acta, el inicio de las obras a partir del K 0+390 estaba condicionado, entre otras cosas, a la aprobación de algunos diseños y presupuestos; 2) En mayo de 2012 asumió las labores de Interventoría el CONSORCIO ICITY con el cual se realizó el estudio de los diseños pendientes, llegando a la conclusión que era preferible construir este tramo de vía con talud, sin muro de contención ni protección de la tubería y que esa modificación implicaría la compra de un predio adicional a la Universidad de La Sabana razón por la cual la ANI y la Interventoría sostuvieron reuniones con ellos de las cuales surgieron diferentes alternativas y solicitudes; 3) Con comunicación ICITY-0138-12 del 05 de diciembre de 2012 la Interventoría informó a la ANI su concepto con respecto a la solicitud de la Universidad de la Sabana sobre el traslado del box peatonal y puso a su consideración las alternativas que consideran viables; 4) Mediante Comunicación de la ANI radicado de salida No. 2012-305-016034-1 del 12 de diciembre de 2012, dirigida a la Interventoría se informó que teniendo en cuenta las alternativas propuestas y con el fin de atender la solicitud realizada por la Universidad de la Sabana, en el sentido de reubicar el box peatonal de acuerdo al nuevo plan maestro de la institución educativa, modificado como consecuencia de las temporadas invernales de los años 2010 y 2011, solicitó realizar una mesa de trabajo con el concesionario Unión Temporal Devinorte y revisar en conjunto las alternativas propuestas, con el fin de establecer la mejor opción; 5) En comunicación ICITY-0160-12 del 19 de diciembre de 2012 dirigida por la Interventoría a la ANI se informó de las distintas reuniones sostenidas y plantearon nueva alternativa y mediante la comunicación ICITY-0168-12 del 27 de diciembre de 2012 el CONSORCIO ICITY indicó la necesidad de programar una mesa de trabajo con esa Interventoría, para estudiar las diferentes propuestas o alternativas; y, 6) Realizada la mesa de trabajo el 16 de enero de 2013, distintas reuniones entre la Interventoría y el Concesionario, y analizadas las alternativas propuestas, el 05 de febrero de 2013 con comunicación ICITY-0020-13 la Interventoría solicita al Concesionario realizar los ajustes al diseño, mediante esta Acta de Inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Tramo La Caro - Centro Chía previsto como parte del Alcance Básico, mediante Acta suscrita el 11 de febrero de 2013,[521] la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 11 de febrero de 2013 para los Estudios y Diseños correspondientes al tercer carril La Caro – Centro Chía, de acuerdo con el cronograma adjunto a dicha Acta. Igualmente acordaron que, una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

Quedó probado en este proceso que teniendo en cuenta que: 1) Mediante Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se determinó aplazar la construcción de la segunda calzada del tramo Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, dada la falta de disponibilidad oportuna de los predios requeridos para realizar las obras; 2) La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras a las que se refiere el literal anterior se iniciarían cuando el INVIAS entregara al Concesionario la

[520] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000535 a 000538 y Folios 000599 a 000602
[521] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000546 a 000550 y Folios 000610 a 000614

totalidad de los predios requeridos por tramos; 3) La cláusula quinta de la adición del 15 de junio de 2005 dispuso entregar al concesionario la suma de $18.000.000.000 como aporte estatal para la gestión predial y la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, lo cual permitió que el Concesionario iniciara la construcción el día 8 de junio de 2006 como se desprende del acta de inicio de esa misma fecha; 4) Una vez iniciadas las obras, mediante el Oficio SGC-008494 del 1 de agosto de 2006, le informó al Concesionario que era su decisión modificar el diseño de las obras en el sentido que los tramos Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo contemplarían un separador de seis metros de ancho; 5) El 7 de diciembre de 2006, se suscribió entre el INCO, el Concesionario y la Interventoría, el acta de cantidades de obra y el presupuesto de la doble calzada Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, de acuerdo con los nuevos diseños solicitados por el INCO, contemplando un separador de seis metros de ancho, en la cual se estableció un tiempo de dos meses a partir del 7 de diciembre de 2006 para que el Concesionario presentara los cronogramas de las obras a ejecutar y atender las sugerencias formuladas a los rediseños presentados; 6) Mediante acta de terminación del plazo la segunda calzada del tramo Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo suscrita entre el Concesionario y la Interventoría el 27 de julio de 2010, se acordó que se iniciaría la construcción del Puente Peatonal de Refisal una vez CODENSA, subterranice sus redes de alta tensión en el sector del costado occidental; y, 7) En repetidas ocasiones el Concesionario y la ANI requirieron a CODENSA la subterranización de las redes, a pesar de lo cual esa empresa solo convino en suscribir un contrato con el Concesionario para que, a costa de dicha empresa, se acometieran las obras civiles necesarias para tal efecto, mediante esta Acta suscrita el 12 de marzo de 2013,[522] la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 1 de marzo de 2013 para los estudios y diseños correspondientes al puente peatonal Refisal en la vía Capellanía – Zipaquirá, de acuerdo con el cronograma que forma parte de esa acta. Igualmente se acordó que una vez se ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

Finalmente, está probado en este proceso que teniendo en cuenta que: 1) En la Cláusula Décima del Otrosí del 11 de mayo de 1998, se determinó suspender la construcción de la Variante de Cajicá hasta tanto se contara con los recursos suficientes para el pago de la totalidad de los predios requeridos; 2) De conformidad con lo establecido en el Otrosí del 23 de diciembre de 1998, se determinó nuevamente aplazar la construcción de la Variante debido a que la ejecución de las obras se vio afectada por falta de disponibilidad de predios; 3) La adición del 24 de mayo de 1999, estableció que las obras de la Variante de Cajicá se iniciarían cuando el INVIAS entregara al Concesionario la totalidad de los predios requeridos para los tramos; 4) En el artículo 3 de la Aclaración del 21 de diciembre de 2001, se determinó que con el giro de los $11.293.000.000 se consideró levantada la suspensión de la obra Variante de Cajicá, la cual sería iniciada por el Concesionario solo en aquellos tramos que contaran con Licencia Ambiental aprobada, con los permisos ambientales correspondientes, previa disponibilidad de los predios; 5) Mediante Otrosí del 6 de abril de 2004, el Concesionario se comprometió a dar inicio y ejecutar las obras de construcción de la Variante de Cajicá y en el Acta del 7 de junio de 2004 se dio inicio a las obras de construcción de la misma; 6) El 30 de agosto de 2006 se suscribió el Acta de Liquidación de las Obras de Construcción de la Variante de Cajicá quedando faltando por ejecutar los puentes peatonales El Misterio y Rincón Santo; y, 7) El 4 de abril de 2011 la ANI solicitó de la Interventoría explicar las razones por las cuales no se habían ejecutado dichas obras y el 6 de marzo de 2013 solicitó dar inicio a estas obras tal y como había sido requerido por la comunidad y la Alcaldía de Cajicá, mediante el Acta suscrita el 15 de marzo de 2013,[523] la Interventoría y el Concesionario acordaron como fecha de inicio el día 1 de marzo de 2013 para los estudios y diseños correspondientes a los puentes peatonales El Misterio y Rincón Santo en la Variante de Cajicá, de acuerdo con el cronograma que forma parte de esa acta. Igualmente se acordó que una vez se

[522] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000539 a 000545 y Folios 000603 a 000609
[523] Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000527 a 000534 y Folios 000591 a 000598

ejecutaran los nuevos Estudios y Diseños, se someterían a la aprobación de la Interventoría ICITY y a la ANI, al igual que el presupuesto correspondiente.

También está probado que, durante el trámite de este proceso arbitral, las Partes celebraron un Acuerdo Conciliatorio parcial el 30 de octubre de 2015, el cual fue aprobado por este Tribunal mediante providencia el 24 de noviembre de 2015 (Acta No. 29), en la cual, con fundamento en las consideraciones en ella contenidas, las partes acordaron:

1. Suscribir un Otrosí -el Otrosí No. 60- para dar cumplimiento a lo pactado entre las partes en el citado Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015 (Cláusula Primera).

2. Declarar como lo hicieron que al momento de la suscripción del acuerdo conciliatorio se encontraban ya ejecutadas las siguientes obras (Cláusula Segunda):

| No. | OBRA | FECHA DE TERMINACIÓN | ACTA DE TERMINACIÓN |
|---|---|---|---|
| 1 | Puente peatonal El Misterio | 9 de abril de 2014 | 22 de abril de 2014 |
| 2 | Puente peatonal Rincón Santo | 19 de febrero de 2014 | 27 de febrero de 2014 |
| 3 | Ampliación en un tercer carril del Tramo la Caro-Centro Chía | 19 de septiembre de 2014 | 26 de septiembre de 2014 |
| 4 | Ampliación del Puente sobre el Rio Bogotá | 30 de junio de 2014 | 10 de julio de 2014 |

3. Declarar que, para el momento de la suscripción del citado Otrosí, se encontraban en ejecución de las siguientes obras (Cláusula Tercera):

| Obras en ejecución |
|---|
| a. Puente Peatonal Refisal |
| b. Construcción Cicloruta la Caro Centro Chía |
| c. Puente o Paso peatonal Zhúe |
| d. Ampliación Viaducto La Caro |

4. Declarar que, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, las siguientes obras se excluyeron del alcance del Contrato de Concesión (Clausula Cuarta):

| Obras | Obras contratadas en | Valor |
|---|---|---|
| a. Puente Vehicular Santana | Alcance Básico | $ 809.375.000 |
| b. Puente Vehicular Zhúe (*) | Otrosí Modificación del 15/06/2005 | $ 1.664.251.000 |
| c. Box UniSabana | Alcance Básico | $ 42.431.000 |
| d. Viaducto Hato Grande | Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001 | $ 630.300.000 |
| e. Viaducto Capellanía | Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001 | $527.821.000 |

(*) Inicialmente el valor establecido para dicha obra correspondía a los $1.704.247.000, monto del cual se descuenta lo pagado por estudio y diseño por interventorías anteriores, recursos que ascienden a 39.996 millones, resultado el valor definitivo de exclusión de $ 1.664.251.000.

Las partes señalaron que "el valor asociado a la exclusión de las obras mencionadas asciende a la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL PESOS ($ 3.674.178.000) pesos de 1994, de conformidad con los documentos contractuales y según la distribución antes indicada; monto que, sin perjuicio de lo que se decida por el panel arbitral, se encuentra incorporado en el modelo financiero del contrato conforme con lo establecido en el "Acta de Reinicio de obra de los Tramos Capellanía-Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y actualización del Modelo Financiero" del 29 de diciembre de 2005.

En el dictamen pericial de ingeniería se recogen las fechas de ejecución efectiva de las obras, prueba que sirvió a su turno de insumo para que el perito financiero pudiera establecer con certeza los valores correspondientes a las inversiones, en las fechas en las que efectivamente se realizaron y su impacto en el modelo financiero.

A su vez, con base en el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015 que fue aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015 y el Otrosí No. 60 de 2016, a solicitud el Tribunal en este proceso y sin perjuicio de lo dicho en el dictamen inicial, en el documento de respuesta al auto de 13 de julio de 2016 entregado por el perito financiero el 19 de julio del mismo año, señaló lo siguiente:[524]

> "El día 15 de abril de 2016, la Partes suscribieron el Otrosí No. 60 del Contrato derivado de la firma del Acuerdo Conciliatorio suscrito por ellas el 30 de octubre de 2015. En el mencionado Otrosí 60 se relacionan 13 obras del alcance básico y físico adicional que al momento de la interposición de la Demanda Arbitral el 28 de junio de 2013 no habían sido ejecutadas. En el momento de la suscripción de este Otrosí, estas 13 obras se clasifican en 3 grupos según lo estipulado en el Acuerdo Conciliatorio, de la siguiente manera:
>
> - **Obras que al tiempo de la interposición de la Demanda Arbitral estaban pendientes de ejecutar y a la fecha del Otrosí 60 ya se habían ejecutado.** Estas 4 obras son el Puente Peatonal el Misterio, Puente Peatonal Rincón Santo, Ampliación del Tercer Carril del Tramo La Caro – Centro Chía.
> - **Obras que en el momento de la firma del Otrosí 60 estaban en Ejecución.** Estas 4 obras son el Puente Peatonal Refisal, Construcción Cicloruta La Caro – Centro Chía, Puente Peatonal Zhué y Ampliación Viaducto La Caro.
> - **Obras que por mutuo acuerdo serán excluidas del alcance del Contrato.** Estas 5 obras son: Puente Vehicular Santana, Puente Vehicular Zhué, Box Unisabana, Viaducto Hato Grande y Viaducto Capellanía. El valor asociado a estas obras, de $3.674 MM de mayo de 1994 será destinado en un monto de $1.925 MM a financiar el mayor valor de la obra Viaducto La Caro y el resto estará a libre disposición de la parte Convocada.
>
> "Cada una de las 13 obras relacionadas en el Otrosí 60 ha tenido modificaciones con respecto a la información inicialmente entregada por el Perito Ingeniero en el Dictamen Técnico y el resto de documentos relacionados. Todas ellas hacen parte de las inversiones en CAPEX según el Contrato y sus modificaciones contemplados en el '*Cuadro relativo a la Inversión Ejecutada de acuerdo con el Contrato y sus Modificaciones'* y que fue utilizado por el Perito Financiero como insumo para responder a las Pregunta 3 de la parte Convocante, las preguntas 10, 11 y 12 de la parte Convocada y las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte Convocada.
>
> "A petición del tribunal en el Auto del 13 de junio de 2016, el Perito Ingeniero entregó el día 5 de julio la actualización del *'Cuadro relativo a la Inversión Ejecutada de acuerdo con el Contrato y sus Modificaciones'*, en la que se relacionan los valores y fechas de ejecución de las obras relacionadas en el Otrosí 60, así como las obras que a raíz del Otrosí 60 fueron excluidas del alcance del Contrato.[525]
>
> "El cuadro complementado por el Perito Ingeniero que según su criterio relaciona la inversión en CAPEX ejecutado según el Contrato y sus modificaciones incluido el Otrosí 60 es el siguiente:

Tabla No. 19 ´– Inversión ejecutada según extensión al dictamen técnico del 5 de julio de 2016

| CONCEPTO | INVERSIÓN EJECUTADA SEGÚN EXTENSIÓN AL DICTAMEN TÉCNICO DEL 5 DE JULIO DE 2016 | | | |
|---|---|---|---|---|
| CONCEPTO DE INVERSIÓN / OBRA | Valor (COPs Miles May/94) | Estado | Desde | Hasta |
| Tramo I | | | | |
| Obra Basica, Complementarias, Adicionales y Mayores Cant. de Obra | 53.883.653 | EJECUTADA | Nov-95 | Abr-99 |

[524] Valfinanzas. Banca de Inversión. Documento de respuesta al Auto del 13 de junio de 2016. Perito Financiero Valor en Finanzas S.A.S. Bogotá 19 de julio de 2016, páginas 59 a 63

[525] "Cuadro Incluido en la página 35 de la Extensión al Dictamen Técnico presentado por el Perito Ingeniero el día 5 de julio de 2016."

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Items No Previstos (miles $ mayo/94) | | 7.091.565 | EJECUTADA | Nov-95 | Abr-99 |
| | Costo Total | 60.975.218 | | | |
| Obras de Renivelación | | 192.851 | EJECUTADA | Nov-95 | Abr-99 |
| | | | | | |

| CONCEPTO | | INVERSIÓN EJECUTADA SEGÚN EXTENSIÓN AL DICTAMEN TÉCNICO DEL 5 DE JULIO DE 2016 | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| CONCEPTO DE INVERSIÓN / OBRA | | Valor (COPs Miles May/94) | Estado | Desde | Hasta |
| Otras Obras Tramo I | | | | | |
| Puente Teleton | | 876.747 | EJECUTADA | Ene-00 | Ago-00 |
| Zona Fibrit | | 26.309 | EJECUTADA | Dic-00 | Dic-00 |
| | Costo Total | 903.056 | | | |
| Otras Obras Pendientes Tramo I | | | | | |
| Ampliación del Puente Sobre el Río Bogota | | 146.300 | EJECUTADA | Ene-14 | Jun-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía | | 291.178 | EJECUTADA | Mar-12 | Sept14 Sept-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía (Tercer Carril terminación) | | 123.295 | EJECUTADA | Sept-14 | |
| Ampliación Viaducto La Caro | | 2.735.930 | EN EJECUCCIÓN | Jun-16 | Jul-17 |
| | Costo Total | 3.296.703 | | | |
| Obras Solicitadas por la Comunidad | | | | | |
| Avenida Pradilla | | 559.918 | EJECUTADA | Ago-97 | Abr-99 |
| Obras Predios | | 21.399 | EJECUTADA | Ago-97 | Abr-99 |
| Estudio Variante Hato Grande | | 67.389 | EJECUTADA | Sept00 | Oct-00 |
| | Costo Total | 648.706 | | | |
| Obras Ambientales | | | | | |
| Tierra negra y Arborización | | 47.438 | EJECUTADA | Feb-01 | Mar-01 |
| Construcción Cicloruta | | 163.156 | EJECUTADA | Mar-14 | Oct-14 |
| Construcción Cicloruta | | 111.549 | EN EJECUCCIÓN | Jul-16 | Ene-17 |
| | Costo Total | 322.143 | | | |
| Tramo II | | | | | |
| Variante Cajicá (GL) | | 7.403.269 | EJECUTADA | Jun-04 | Abr-06 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Zue) | | 86.625 | EN EJECUCCIÓN | Jul-16 | Dic-16 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Rincon Santo) | | 86.625 | EJECUTADA | Mar-13 | Feb-14 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal El Misterio) | | 86.625 | EJECUTADA | May-13 | Abr-14 |
| Recuperación Cra 6a - Vte Cajica | | 231.038 | EJECUTADA | Feb-06 | Jun-06 |
| Redes de Servicios - Vte Cajica | | 475.398 | EJECUTADA | Jun-04 | Mar-06 |
| Jarillon - Vte Cajica | | 109.746 | EJECUTADA | Jun-05 | Mar-06 |
| Construcción Cicloruta | | 672.382 | EJECUTADA | Jun-04 | Ago-05 |
| Box peatonal El Redil | | 31.723 | EJECUTADA | Ago-05 | Sept-05 |
| Capellanía - Zipaquira | | 9.041.053 | EJECUTADA | Feb-07 | Abr-10 |
| Capellanía - Zipaquira (5 cm) | | 392.421 | EJECUTADA | Ago-13 | Oct-13 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Vahicular Santa Ana) | | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | Ene-00 | Ene-00 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Peatonal Refisal-Santana) | | 86.563 | EN EJECUCCIÓN | Jul-16 | Dic-16 |
| Modificación sustancial diseño | | 907.796 | EJECUTADA | Feb-07 | Abr-10 |
| Vte Portachuelo | | 5.603.140 | EJECUTADA | Ene-06 | Sept09 |
| Modificación sustancial diseño Vte Portachuelo | | 3.564.527 | EJECUTADA | Ene-06 | Sept09 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Otras Obras Variante Cajicá | | | | |
| Puente Cajicá - Hatogrande | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | Ene-00 | Ene-00 |
| Paso a Nivel Zue | 61.543 | POR EJECUTAR | Mar-15 | Ago-15 |
| CONCEPTO | INVERSIÓN EJECUTADA SEGÚN EXTENSIÓN AL DICTAMEN TÉCNICO DEL 5 DE JULIO DE 2016 | | | |
| CONCEPTO DE INVERSIÓN / OBRA | Valor (COPs Miles May/94) | Estado | Desde | Hasta |
| Puente Línea Ferrea | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | Ene-00 | Ene-00 |
| Diseño Puente Linea Ferrea | 39.997 | EJECUTADA | Dic-05 | Dic-05 |
| Puente Capellanía | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | Ene-00 | Ene-00 |
| Otras Obras | | | | |
| Compensación vegetación | 135.659 | EJECUTADA | Ene-06 | Dic-07 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | 4.404.429 | EJECUTADA | Feb-07 | Abr-10 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | 429.269 | EJECUTADA | May-10 | Feb-12 |
| Otras Obras Capellania - Zipaquira | 3.608.270 | EJECUTADA | Feb-07 | Abr-10 |
| Peatonal Teleton | 409.958 | EJECUTADA | Feb-07 | Ago-07 |
| Accesos Parque Sopo | 70.870 | EJECUTADA | Oct-04 | Oct-04 |
| Peatonal Restaurante Colombia | 97.383 | EJECUTADA | Mar-12 | Ago-12 |
| Espacio público peatonal Colombia | 87.048 | EJECUTADA | Mar-12 | Ago-12 |
| Costo Total | 38.123.356 | | | |
| Obras Complementarias Otrosí | | | | |
| Zona Lomitas | 158.741 | EJECUTADA | Sept-02 | Mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 18.418 | EJECUTADA | Mar-03 | Mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 14.735 | EJECUTADA | Feb-13 | Sept13 |
| Rehabilitación Capellanía - Zipaquirá | 749.978 | EJECUTADA | Ene-02 | Mar-02 |
| Peatonal Unisabana | 100.000 | EJECUTADA | Nov-02 | Abr-03 |
| Retorno Peaje Andes | 142.217 | EJECUTADA | Ene-05 | Mar-05 |
| Costo Total | 1.184.089 | | | |
| TOTAL COSTOS DE INVERSIÓN (CONSTRUCCIÓN) | 105.646.122 | | | |

Fuente: página 35 de la Extensión al Dictamen Técnico presentado por el Perito Ingeniero el día 5 de julio de 2016

"Es preciso mencionar que el cuadro 'Actualización de Inputs de Construcción' presentado por el Perito Ingeniero en las páginas 35 y 36 de la Extensión al 'Alcance del Dictamen Ordenado por el Auto del 7 de junio de 2016' relaciona los valores asociados a las cinco obras que fueron excluidas[526]/ del alcance del Contrato mediante el Otrosí 60 y los incluye en las sumas de los subtotales de obras. Por lo anterior, los resultados de algunos de los subtotales presentados por el Perito ingeniero son mayores a los utilizados para realizar la actualización solicitada del Modelo Financiero en las siguientes respuestas en la medida en que se entiende que las obras excluidas y sus correspondientes costos podrían no ser ejecutados, de manera que no resultaría razonable imputarlos dentro de los cálculos.

"De forma similar, el 'Total Costo de Construcción' presentado por el Perito Ingeniero en la página 36 de la Extensión al Dictamen del 5 de Julio asciende a $107.394.470 miles de mayo de 1994. Éste valor es mayor a la suma del costo de todas las obras no excluidas en $1.748.348 miles de mayo de 1994. Del cuadro 'Actualización de Inputs de Construcción' se observa que este mayor valor es consecuente con el concepto 'A disposición de la ANI' y, al indagar en la información disponible, se identifica que corresponde al saldo del valor de las obras excluidas que no se han reasignado en la

[526] "Conforme con el Otrosí 60 y el cuadro suministrado por le Perito Ingeniero las obras excluidas son BOX Unisabana, Puente Vehicular Santa Ana, Puente Línea Férrea (Zué), Viaducto Hatogrande y Viaducto Capellanía."

obra 'Ampliación Viaducto La Caro' [527]/. Como resultado de lo anterior, el valor total del costo de construcción que se utiliza para realizar la actualización solicitada del Modelo Financiero en las siguientes respuestas es menor en la medida en que el Perito Financiero no incluye esos recursos 'A disposición de la ANI' toda vez que se entiende que: i) no han sido asignados para su ejecución en ninguna otra obra, y ii) no resultaría razonable imputarlos dentro de los cálculos y generar una rentabilidad sobre recursos que no necesariamente serán ejecutados."

A su vez, al proceder a hacer la actualización del Modelo Financiero en la forma solicitada por el Tribunal, para lo cual debió tener en cuenta los ajustes que debía realizar a las inversiones en cuanto se refiere a las fechas o épocas de su real proceder, el perito financiero, señaló lo siguiente[528]:

"Con el propósito de cumplir lo indicado en la pregunta, en primer lugar se procedió a identificar las partidas que el enunciado solicita tener en cuenta para actualizar el modelo financiero del Proyecto.

"Con respecto a la primera: *'tomar en cuenta los valores de inversión en obras y actividades por parte de la Concesionaria que no se encuentren contemplados en la actualización efectuada en el año 2005',* en la Audiencia del 9 de septiembre de 2015 se indicó al Perito Financiero que estos valores de inversión se refieren a los que presente el Perito Ingeniero en el marco de las respuestas a las preguntas 1, 2 y 3 que le formuló la parte Convocante. Estos valores se presentaron en la Respuesta No. 1 de este documento.

"Por su parte, la segunda instrucción del enunciado solicita tener en cuenta todas '*las inversiones en cuanto se refiere a las fechas o épocas de su real proceder*'. Considerando que la determinación de estos aspectos corresponde a elementos de carácter técnico, el Perito Financiero se remitió al Dictamen Técnico para identificar el cronograma de la inversión ejecutada por el Concesionario. Así en la respuesta a la pregunta 2 de la Extensión al Dictamen Técnico se encontró el *'Cuadro relativo a la Inversión Ejecutada de acuerdo con el Contrato y sus Modificaciones'* [529]/ sobre el cual el Perito Ingeniero precisa: *'Dado que esta información es muy extensa porque supone el registro de todas inversiones, de todos los frentes, adelantados por el concesionario desde el inicio del Contrato de Concesión hasta la fecha, que comprende 256 meses, se adjunta a continuación el CD distinguido DVNB 2198-15, que contiene tres archivos de los cuales el que corresponde a esta información es el titulado '30.6.4 ModeloINCODic-05 Actualizado 30 sep 2014 def.xlx', ver hoja nombrada 'const'…'.* Así, Valfinanzas se dirigió al archivo mencionado del CD adjunto al Dictamen Técnico.

Ahora bien, el enunciado solicita al Perito Financiero incluir en la actualización aquellas obras y actividades no relacionadas en el Modelo de 2005 y modificar las fechas de todas las obras por aquellas de su real proceder.

"Así, la actualización solicitada podría realizarse a partir del CAPEX incluido en el Modelo de 2005 y ajustándolo mediante la identificación puntual de las diferencias encontradas para establecer el CAPEX real ejecutado. El procedimiento anterior se puede representar a partir del Esquema No. 1.

Esquema No. 1

$$CAPEX\ real\ ejecutado\ =\ Capex\ Modelo\ 2005\ +\ Delta\ CAPEX$$

*Donde,*

$$Delta\ de\ CAPEX\ =\ Ajuste\ por\ Valor\ de\ Obras\ no\ incluido\ en\ Modelo\ 2005\ +\ Ajuste\ por\ Fechas\ de\ real\ proceder.$$

"Ahora bien, si de manera alternativa se cuenta directamente con el CAPEX ejecutado, la actualización puede llevarse a cabo mediante remplazando este flujo-grama en la herramienta de simulación por el CAPEX incluido en el Modelo de 2005.

[527] "Esta asignación es consecuente con lo indicado en el Acuerdo Conciliatorio y el Otrosí 60. Así, la resta de a) $3.674.178.000 de mayo de 1994 correspondientes al valor de las obras excluidas, menos b) $1.925.830.126 de mayo de 1994 asociados al mayor valor de la "Ampliación del Viaducto La Caro", es igual a $1.748.347.874 de mayo de 1994.
[528] Valfinanzas. Banca de Inversión. Documento de respuesta al Auto del 13 de junio de 2016. Perito Financiero Valor en Finanzas S.A.S. Bogotá 19 de julio de 2016, páginas 67 a 71
[529] "Dictamen Técnico. Página 333."

"En ese orden de ideas, se infiere que las partidas a tener en cuenta para la actualización del modelo financiero solicitado en la pregunta corresponden al cronograma de inversiones ejecutado por Devinorte, el cual según el Perito Ingeniero se relaciona en la hoja *'Const' del archivo '30.6.4 ModeloINCODic-05 Actualizado 30 sep 2014 def.xlx'* anexo al Dictamen Técnico.

"Ahora bien, la Tabla No. 19 se presenta los valores y fechas de ejecución de las obras contenidas en *'Cuadro relativo a la Inversión Ejecutada de acuerdo con el Contrato y sus Modificaciones'* indicado en el Dictamen Técnico frente a las relacionadas en el Modelo de 2005.

Tabla No. 19 – Inversión Ejecutada según Contrato y sus Modificaciones en Dictamen Técnico vs. Modelo de 2005

| CONCEPTO | MODELO 2005 | | | | RESPUESTA 2 - EXTENSIÓN AL DICTAMEN TÉCNICO | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **CONCEPTO DE INVERSIÓN / OBRA** | **Valor (COPs Miles May/94)** | **Estado** | **Desde** | **Hasta** | **Valor (COPs Miles May/94)** | **Estado** | **Desde** | **Hasta** |
| **Tramo I** | | | | | | | | |
| Obra Basica, Complementarias, Adicionales y Mayores Cant. de Obra | 53.883.653 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | 53.883.653 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| Items No Previstos (miles $ mayo/94) | 7.091.565 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | 7.091.565 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| **Costo Total** | **60.975.218** | | | | **60.975.218** | | | |
| **Obras de Renivelación** | **192.851** | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | **192.851** | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| **Otras Obras Tramo I** | | | | | | | | |
| Puente Teleton | 876.747 | EJECUTADA | ene-00 | ago-00 | 876.747 | EJECUTADA | ene-00 | ago-00 |
| Zona Fibrit | 26.309 | EJECUTADA | dic-00 | dic-00 | 26.309 | EJECUTADA | dic-00 | dic-00 |
| **Costo Total** | **903.056** | | | | **903.056** | | | |
| **Otras Obras Pendientes Tramo I** | | | | | | | | |
| Box Unisabana - Paradero | 42.431 | POR EJECUTAR | jul-06 | dic-06 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Ampliación del Puente Sobre el Río Bogota | | | | | 146.300 | EJECUTADA | ene-14 | jun-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía | 223.243 | POR EJECUTAR | ene-12 | jun-12 | 291.178 | EJECUTADA | mar-12 | sep-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía (Tercer Carril terminación) | | | | | 123.295 | EJECUTADA | sep-14 | sep-14 |
| Ampliación Viaducto La Caro | 810.100 | POR EJECUTAR | abr-08 | mar-09 | 2.735.930 | EN EJECUCIÓN | jun-16 | jul-17 |
| **Costo Total** | **1.075.774** | | | | **3.296.703** | | | |
| **Obras Solicitadas por la Comunidad** | | | | | | | | |
| Avenida Pradilla | 581.317 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 | 559.918 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 |
| Obras Predios | | | | | 21.399 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 |
| Estudio Variante Hato Grande | 67.389 | EJECUTADA | sep-00 | oct-00 | 67.389 | EJECUTADA | sep-00 | oct-00 |
| **Costo Total** | **648.706** | | | | **648.706** | | | |
| **Obras Ambientales** | | | | | | | | |
| Tierra negra y Arborización | 47.438 | EJECUTADA | feb-01 | mar-01 | 47.438 | EJECUTADA | feb-01 | mar-01 |
| Construcción Cicloruta | | | | | 163.156 | EJECUTADA | mar-14 | oct-14 |
| Construcción Cicloruta | 165.471 | POR EJECUTAR | ene-12 | jun-12 | 111.549 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | ene-17 |
| **Costo Total** | **212.909** | | | | **322.143** | | | |
| **Tramo II** | | | | | | | | |
| Variante Cajicá (GL) | 7.663.135 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 7.403.269 | EJECUTADA | jun-04 | abr-06 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Zue) | | | | | 86.625 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | dic-16 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Rincon Santo) | | | | | 86.625 | EJECUTADA | mar-13 | feb-14 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal El Misterio) | | | | | 86.625 | EJECUTADA | may-13 | abr-14 |
| Recuperación Cra 6a - Vte Cajica | 300.000 | EN EJECUCIÓN | feb-06 | jun-06 | 231.038 | EJECUTADA | feb-06 | jun-06 |
| Redes de Servicios - Vte Cajica | 534.783 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 475.398 | EJECUTADA | jun-04 | mar-06 |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Jarillon - Vte Cajica | 76.465 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 109.746 | EJECUTADA | jun-05 | mar-06 |
| Construcción Cicloruta | 717.041 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 672.382 | EJECUTADA | jun-04 | ago-05 |
| Box peatonal El Redil | | | | | 31.723 | EJECUTADA | ago-05 | sep-05 |
| Capellanía - Zipaquira | 8.391.905 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 9.041.053 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Capellanía - Zipaquira (5 cm) | | | | | 392.421 | EJECUTADA | ago-13 | oct-13 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Vahicular Santa Ana) | | | | | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Peatonal Refisal-Santana) | | | | | 86.563 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | dic-16 |
| Modificación sustancial diseño | | | | | 907.796 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Vte Portachuelo | 3.669.800 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 5.603.140 | EJECUTADA | ene-06 | sep-09 |
| Modificación sustancial diseño Vte Portachuelo | | | | | 3.564.527 | EJECUTADA | ene-06 | sep-09 |
| **Otras Obras Variante Cajicá** | | | | | | | | |
| Puente Cajicá - Hatogrande | 630.300 | POR EJECUTAR | may-09 | dic-09 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Paso a Nivel Zue | 61.543 | POR EJECUTAR | feb-06 | jul-06 | 61.543 | POR EJECUTAR | mar-15 | ago-15 |
| Puente Línea Ferrea | 1.704.247 | POR EJECUTAR | abr-10 | feb-11 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Diseño Puente Linea Ferrea | | | | | 39.997 | EJECUTADA | dic-05 | dic-05 |
| Puente Capellanía | 527.821 | POR EJECUTAR | dic-10 | may-11 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| **Otras Obras** | | | | | | | | |
| Compensación vegetación | 135.659 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 135.659 | EJECUTADA | ene-06 | dic-07 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | 1.167.833 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 4.404.429 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | | | | | 429.269 | EJECUTADA | may-10 | feb-12 |
| Otras Obras Capellania - Zipaquira | 1.802.750 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 3.608.270 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Peatonal Teleton | 350.802 | POR EJECUTAR | feb-06 | jul-06 | 409.958 | EJECUTADA | feb-07 | ago-07 |
| Accesos Parque Sopo | 70.870 | EJECUTADA | oct-04 | oct-04 | 70.870 | EJECUTADA | oct-04 | oct-04 |
| Peatonal Restaurante Colombia | 67.890 | POR EJECUTAR | mar-06 | jul-06 | 97.383 | EJECUTADA | mar-12 | ago-12 |
| Espacio público peatonal Colombia | | | | | 87.048 | EJECUTADA | mar-12 | ago-12 |
| **Costo Total** | **27.872.841** | | | | **38.123.356** | | | |
| **Obras Complementarias Otrosi** | | | | | | | | |
| Zona Lomitas | 158.746 | EJECUTADA | sep-02 | mar-03 | 158.741 | EJECUTADA | sep-02 | mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 18.418 | EJECUTADA | mar-03 | mar-03 | 18.418 | EJECUTADA | mar-03 | mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 14.735 | POR EJECUTAR | nov-05 | ene-06 | 14.735 | EJECUTADA | feb-13 | sep-13 |
| Rehabilitación Capellanía - Zipaquirá | 750.000 | EJECUTADA | ene-02 | mar-02 | 749.978 | EJECUTADA | ene-02 | mar-02 |
| Peatonal Unisabana | 100.625 | EJECUTADA | nov-02 | abr-03 | 100.000 | EJECUTADA | nov-02 | abr-03 |
| Retorno Peaje Andes | 96.000 | EJECUTADA | ene-05 | mar-05 | 142.217 | EJECUTADA | ene-05 | mar-05 |
| **Costo Total** | **1.138.523** | | | | **1.184.089** | | | |
| **Total Obra Ejecutada** | **63.961.927** | | | | **105.646.122** | | | |
| **Total Obra en Ejecución** | **9.291.423** | | | | **-** | | | |
| **Total Obra Faltante** | **19.766.528** | | | | **0** | | | |
| **TOTAL COSTOS DE INVERSIÓN (CONSTRUCCIÓN)** | **93.019.879** | | | | **105.646.122** | | | |

"Como se puede observar, el cronograma de inversiones ejecutadas por el Concesionario relacionado en el Dictamen Técnico resulta en un valor total mayor al incluido en el Modelo de 2005 por COPs 14.375 MM de pesos de mayo de 1994."

Así, quedó demostrado que con posterioridad a la suscripción del otrosí del 29 de diciembre de 2005 aludido en el hecho 57, las Convocantes ejecutaron una serie de obras adicionales y suscribieron el otrosí de fecha 22 de agosto de 2006 cuyo desarrollo, al igual que el de otros acuerdos contractuales, determinó que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como

partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos del acabado de identificar otrosí (el del 29 de diciembre); suma esta de dinero que incluye los mayores valores o el valor de obras no contempladas respecto de los convenidos y/o incorporados en la actualización del Modelo Financiero adoptada por el acabado de referir otrosí, por los ítems que seguidamente se desglosan con indicación de su individual valor: Obras Ambientales Variante Cajicá COP33.282.000; Box Peatonal el Redil COP31.723.000; Ciclorruta Capellanía – Zipaquirá COP3.665.866.000; Redes de Servicios COP1.761.361.000; Salmueroducto COP77.714.000; Puente Peatonal Familia COP86.563.000; Puente Peatonal Teletón COP59.156.000; Puente Peatonal Barrio Colombia COP29.493.000; Retorno Peaje Andes COP46.218.000; mayor valor de la obra básica por razón de la ampliación del ancho del separador – Tramo Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) COP3.870.947.000; Viaducto Portachuelo, Sector Iardenia y Realce Rasante Variante de Portachuelo COP4.492.628.000. Todos los anteriores valores a precios de mayo de 1994.

También quedó demostrado que como consecuencia de haber incurrido las Convocantes en un mayor valor de la inversión inicialmente reconocida como partida total de egreso en el otrosí de fecha 29 de diciembre de 2005, es deber legal y contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI suscribir el acuerdo que adopte el mecanismo de ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato, hasta la fecha que resulte necesaria para que los Convocantes recuperen totalmente el monto de la inversión que les demandó y demandará la ejecución de las obras y actividades que colocaron a su cargo el contrato original, sus adiciones, modificaciones y otrosíes, y la rentabilidad correspondiente, todo en consonancia con las estipulaciones del Contrato de Concesión, la matriz de riesgos adoptada por las Partes y sus ulteriores modificaciones.

Como consecuencia de lo anterior, las Partes deben dar aplicación a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio contractual definidos en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión, según el orden de prioridad, procedimientos y condiciones en ella señalados, es decir, dando prevalencia a la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión hasta el día que resulte suficiente para que las Convocantes obtengan el retorno de la totalidad de su inversión y la rentabilidad resultante a su favor como corolario de la matriz de riesgos del contrato, sus ulteriores modificaciones y de la TIR como quedó definida en los diferentes documentos aplicables, esto es el Pliego de Condiciones, la Oferta de las Convocantes, el Contrato mismo y sus documentos modificatorios.

En consecuencia, con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión declarativa IV.1.5., e integralmente a las pretensiones declarativas IV.1.6., IV.1.7. y IV.1.8. de la demanda arbitral reformada y que no fueron conciliadas.

## 5.7. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES IV.1.9. Y IV.1.10. DECLARATIVAS DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUERON CONCILIADAS

La parte convocante solicita del Tribunal:

> *"IV.1.9.- Se declare que dicha actualización debe realizarse observando en un todo las estipulaciones, parámetros y metodología adoptados contractualmente, y que definen puntualmente el contenido del Modelo Financiero que vincula a las Partes y la naturaleza de la remuneración o contraprestación pactada en favor de las Convocantes.*
>
> *"IV.1.10.-Se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI debe suscribir con las Convocantes el documento contractual que solemnice la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión en el lapso de tiempo que*

*resulte suficiente para restablecer el equilibrio económico contractual, de acuerdo con la estructura de riesgos asumidos por cada una de las partes según lo estipula el Contrato de Concesión y sus ulteriores modificaciones. Como se puntualizó en las pretensiones declarativas IV.1.4, IV.1.6 y IV.1.9 dentro del término que el Panel Arbitral señale para que ello suceda."*

## Consideraciones del Tribunal

Por tratarse de dos pretensiones declarativas íntimamente relacionadas y la segunda es consecuencial de la primera, el Tribunal procederá a su estudio de manera conjunta.

Tal y como atrás se señaló al resolver la pretensión IV.1.3., con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación legal de mantener el equilibrio financiero del Contrato, las partes acordaron expresamente que si presentaba alguna de las situaciones descritas en el parágrafo tercero de la Cláusula Quinta (Si el Instituto no autorizaba el ajuste en el valor de las tarifas de peaje), y cláusulas Décima Tercera (Si la suma de los desembolsos totales efectuados por la Unión Temporal Concesionaria para la adquisición de predios, incluyendo aquellos para los que hubiere sido necesario adelantar el proceso de expropiación, fuere superior a este valor, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal), Décima Séptima (Si durante la Etapa de Operación, el ingreso total obtenido por concepto de peaje, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, fuere menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el Instituto compensaría la diferencia a la Unión Temporal) o Vigésima (El Instituto reconocerá a la Unión Temporal Concesionaria el sobrecosto producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems conforme a los parámetros que aquí se consagran) del Contrato de Concesión, la ecuación contractual prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendría constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos: 1) Aumento en el plazo de la Etapa de Operación; 2) Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la Etapa de Operación, por encima del incremento del Índice de Precios al Consumidor del DANE, el cual no podría ser superior al 30% del Índice de Precios al Consumidor; 3). Para déficits superiores al 30% sobre la base prevista, pagos en moneda nacional, con recursos del Presupuesto General de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Los tres sistemas de compensación se aplicarían para sobrecostos de construcción y déficits de la demanda. En tales casos se iniciaría el proceso de compensación con el sistema (1), prosiguiendo con el sistema (2) y se utilizará el sistema (3), como último recurso. El concesionario debía presentar al Instituto Nacional de Vías la documentación necesaria para demostrar las razones financieras por las cuales se debía recurrir al sistema (3), la cual será evaluada por la auditoría externa. Para cubrir faltante por compra de predios o costos de interventoría se recurriría en todos los casos al sistema (3). El instrumento o la combinación de ellos que se utilizaría para la compensación, sería acordado entre el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario, una vez se produzca el hecho; de no lograrse el acuerdo prevalecerá la decisión de la entidad concedente una vez efectuada la respectiva liquidación en caso de optase por la alternativa tres, la entidad Concedente procedería al pago de los recursos en el plazo establecido, quedando especialmente obligada a efectuar todas las diligencias que fuesen conducentes a la inclusión en el presupuesto inmediatamente siguiente de las partidas necesarias para el pago por este concepto.

De manera complementaria, mediante el Otrosí No. 8 suscrito el 22 de diciembre de 1998,[530] las partes convinieron que los acuerdos a los que llegaron en dicho instrumento contractual conforme a las consideraciones allí expuestas para restablecer la ecuación económico y financiera del Contrato de Concesión 0664 de 1994, serían consignados y se involucrarían en la actualización del Modelo Financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial. De conformidad con lo anterior, las partes se comprometieron a que, en el término máximo allí previsto y que luego fue

[530] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218

ampliado por los Otrosíes Nos. 9[531] y 10[532] suscritos el 24 de mayo de 1999, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación, todo con el propósito de mantener la TIR del proyecto.

A su vez, precisamente en cumplimiento de la obligación a cargo de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del Contrato, el estado actual del equilibrio económico y financiero del mismo, mediante el procedimiento de actualizar el modelo financiero contractualmente adoptado como consecuencia de haber sido ofertado por el Concesionario y aceptado por la entidad concedente, las partes y la Interventoría, a través de sus expertos, realizaron trabajos de investigación, analíticos y conclusivos, a veces separadamente, otras veces colectivamente, y a partir del mes de julio de 2001 se reunieron en varias ocasiones, con la finalidad de establecer los montos reales de los factores constitutivos de los ingresos y egresos del flujo de caja del proyecto, con el propósito de establecer bajo qué condiciones el comportamiento del flujo de caja resultante de contabilizar los factores constitutivos de sus insumos, ya ocurridos y por estimar bajo los parámetros contractuales los factores constitutivos por ocurrir, garantizaban la obtención de un 10.9324291668734%, que las partes al correr el modelo financiero aproximaron a 10.93% en términos reales como Tasa Interna de Retorno del proyecto, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta y aceptada por la entidad concedente. Como consecuencia de lo anterior, las partes y la Interventoría arribaron a las conclusiones que luego las partes solemnizaron en el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003.[533]

Posteriormente, también, en cumplimiento de la obligación de las partes de verificar permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, a fin de mantener la Ecuación Contractual mediante el procedimiento de actualizar el "Modelo Financiero" contractualmente adoptado, observando la metodología propuesta por el Concesionario en su oferta que fue aceptada por la entidad concedente y con la finalidad de conservar la TIR acordada en favor del Concesionario, las partes y la Interventoría se reunieron de manera periódica en el primer semestre de 2005 con el propósito de incorporar en el Modelo Financiero las novedades registradas desde la última actualización del mismo efectuada el 1 de octubre de 2001, todo lo cual se incorporó en el Acta suscrita el 31 de mayo de 2005 la cual fue solemnizada con el Otrosí No. 31, suscrito en la misma fecha.[534] Con este Otrosí, en acatamiento a su deber legal y contractual de hacer evaluaciones permanentes del comportamiento de la "Ecuación Contractual", el INCO y el Concesionario se obligaron desde ese momento a aplicar los mecanismos contractuales de compensación que fueran necesarios para restablecer la "Ecuación Contractual".

Más adelante, también en cumplimiento de la obligación de las partes de establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre ellas en materia de riesgos y garantías en términos del Contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosíes y demás documentos suscritos durante la vigencia del Contrato de Concesión, las partes y la Interventoría procedieron a actualizar y correr el *"Modelo Financiero"* tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del "*Modelo Financiero"* que está contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, cuya tasa fue de 10.9292448992791 y que las partes al correr el modelo financiero aproximaron de nuevo al 10.93%.[535]

[531] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223
[532] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230
[533] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281
[534] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365
[535] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

De conformidad con lo anterior, al resolver atrás la pretensión IV.1.3., el Tribunal resolvió que accederá a ella y, en tal virtud, señaló que declarará que, de conformidad y como consecuencia de lo dispuesto por los artículos 4, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y las pertinentes adiciones, otrosíes o modificaciones al precitado contrato, es obligación de las partes contractuales estudiar y definir permanentemente durante la ejecución del Contrato el estado del equilibrio económico y financiero del mismo a fin de convenir y solemnizar, en cuando éste haya resultado roto, las medidas o mecanismos de compensación contractualmente pactados, de manera que resulten idóneos y suficientes para restablecer dicho equilibrio.

Inclusive, en los trabajos que las partes alcanzaron a adelantar hasta el año 2013 con el propósito de actualizar el Modelo Financiero que estaba contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, alcanzaron a trabajar con una tasa del 10.93579% y que al correr el modelo financiero aproximaron a 10.93%.

En el dictamen financiero rendido a solicitud de las partes por Valfinanzas, la tasa con la cual trabajó sus análisis y conclusiones es de 10.9338842975207% que aproxima entonces a 10.93%

En consecuencia, como complemento de lo anterior, el Tribunal accederá también a las pretensiones declarativas IV.1.9 y IV.1.10 y, en tal virtud, declarará:

1. Que dicha actualización debe realizarse observando en un todo las estipulaciones, parámetros y metodología adoptados contractualmente, y que definen puntualmente el contenido del Modelo Financiero que vincula a las Partes y la naturaleza de la remuneración o contraprestación pactada en favor de las Convocantes.

2. Que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI debe suscribir con las Convocantes el documento contractual que solemnice la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión en el lapso de tiempo que resulte suficiente para restablecer el equilibrio económico contractual, de acuerdo con la estructura de riesgos asumidos por cada una de las partes según lo estipula el Contrato de Concesión y sus ulteriores modificaciones, antes del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis y en un todo de acuerdo con los parámetros y decisiones que en este Laudo se contemplan.

## 5.9. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIÓN IV.3.1. Y IV.3.3. PRINCIPALES DE CONDENA DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA QUE NO FUERON CONCILIADAS

La parte convocante solicita del Tribunal:

> *"**IV.3.1.-** Se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a reconocer y pagar mediante los mecanismos idóneos y suficientes contractualmente acordados, el mayor valor de las inversiones efectuadas por los Convocantes en ejecución de las obras y actividades a que se refiere la pretensión declarativa explicitada en el numeral **IV.1.7** anterior, mismo que los rendimientos o utilidad con miras al restablecimiento del equilibrio económico contractual. Dicho mayor valor de las inversiones realizadas se concreta en la suma de COP14.154.852.000, a precios de mayo de 1994, o en aquella que resulte establecida de conformidad con el dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera. Esto como resultado de la aplicación del Modelo Financiero contractualmente adoptado y las estipulaciones contractuales aplicables.*
>
> *"**IV.3.3.-** Se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a suscribir, conjuntamente con la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL***

> ***DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, el documento contractual por virtud del cual se adopten formalmente los mecanismos idóneos y suficientes para actualizar el Modelo Financiero y de contera restablecer el equilibrio financiero del contrato de forma que éste involucre, como partidas de egreso, los mayores valores de la inversión efectuada por las Convocantes a que aluden la pretensión declarativa identificada bajo el numeral **IV.1.7**, y/o la pretensión subsidiaria de la acabada de citar, mismo que la de condena identificada como **IV.3.1**, dando, para el efecto, aplicación a lo estipulado a voces de la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA** del Contrato de Concesión 0664 de 1994; esto es, ampliando el término de duración de la Etapa de Operación del contrato hasta el día 30 de julio de 2018 o hasta el día que resulte establecido de conformidad con el dictamen pericial que en el pertinente acápite de la demanda sustituta original se solicitó y aquí se reitera, mediando la aplicación de los parámetros y metodología de cálculo contractualmente adoptados y las estipulaciones contractuales aplicables. Dicha ampliación debe partir del día siguiente a aquel contractualmente ya acordado a términos del otrosí de fecha 29 de diciembre de 2005; esto es, del 30 de noviembre del año 2016.*

**Consideraciones del Tribunal**

Tal y como ha quedado expuesto en las consideraciones que anteceden, y como ha quedado demostrado con los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, le asiste razón a la parte convocante en el sentido de que las obras realizadas con posterioridad a la última actualización del modelo financiero requieren ser incorporadas como parte de ese modelo e igualmente exigen una modificación del plazo contractual en los términos y para los fines contemplados en la cláusula trigésima sexta del contrato. En ese sentido, es claro que el Tribunal habrá de acceder a las pretensiones de condena teniendo en cuenta en el modelo financiero la totalidad de las obras de que dan cuenta los dictámenes periciales técnico y financiero y excluyendo del mismo aquellas que las partes, en desarrollo del acuerdo conciliatorio, resolvieron sustraer del Contrato.

No obstante lo anterior, resulta indispensable, para efectos de determinar con exactitud el plazo final que debe tener la concesión, que el Tribunal proceda a abordar, como a continuación lo hará, el estudio de la demanda de reconvención para poder precisar cuáles de los conceptos contenidos en ella deberán ser tenidos en cuenta igualmente en el modelo financiero.

De esa forma, las conclusiones obtenidas en relación con la demanda inicial, y aquellas que se obtendrán en relación con la demanda de reconvención, permitirán al Tribunal establecer los ítems que serán tenidos en cuenta en el modelo financiero para la obtención de la TIR y con ella el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Por esa razón, al final de esta providencia, y una vez concluido el estudio de la demanda de reconvención, el Tribunal procederá a exponer, en un capítulo final, las conclusiones que le permitan precisar con exactitud la fecha de terminación de la concesión.

## 5.10. SOBRE LAS DENOMINADAS "EXCEPCIONES" PROPUESTAS POR LA ANI AL CONTESTAR LA DEMANDA ARBITRAL

Revisadas las que la entidad convocada al contestar la demanda arbitral denominó "excepciones" de mérito y que, a su juicio, subsisten una vez aprobado el Acuerdo Conciliatorio Parcial, el Tribunal encuentra en ellas simples oposiciones y no verdaderas excepciones de mérito, según lo expuesto en la parte inicial de esta providencia. En ella se ha señalado que cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad

oponiendo excepción alguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. Ahora, verdaderas contrapretensiones son las contenidas en la demanda de reconvención cuando ella existe, como en el presente caso, evento en el cual procede estudiarlas y resolverlas con dicha contrademanda, como también en este caso se hace más adelante en esta providencia.

Así, los argumentos planteados por la parte convocada como oposición a la demanda arbitral no constituyen excepciones propiamente tales, según ya quedó dicho, aunque en todo caso, el Tribunal ya se refirió a tales argumentos al estudiar y pronunciarse sobre el fondo de cada asunto, en el acápite correspondiente, al estudiar cada una de las pretensiones no conciliadas, desistidas o renunciadas.

## 6. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN QUE NO FUERON CONCILIADAS POR LAS PARTES

Procede el Tribunal a resolver las pretensiones formuladas por la parte convocada en su demanda de reconvención reformada y debidamente ajustada a los acuerdos contenidos en la conciliación celebrada por las partes, para lo cual se procederá a estudiar esas pretensiones en el mismo orden en que se encuentran planteadas, precisando sin embargo que algunas de ellas serán estudiadas de manera conjunta.

### 6.1. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA UTILIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO COMO INSTRUMENTO PARA MANTENER LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

En la primera pretensión de este grupo, la parte convocada solicita lo siguiente:

> *"Que se declare que la TIR ofertada en la propuesta de Unión Temporal para el proyecto vial Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, es una TIR real del 10.93%".*

Como fundamento de esa petición sostiene que en el proceso quedó demostrado que efectivamente la TIR del flujo de caja libre del proyecto, antes de impuestos, es igual a 10,93% por las siguientes razones:

> *"a) La TIR ofertada por el Concesionario en el capítulo 6.2.6 Resultados Financieros Proyectados del Volumen 2 de la Propuesta Devinorte es de 34,23% efectiva anual, y teniendo en cuenta que la inflación proyectada al momento de la oferta correspondía a 21% se observa que al descontarle el efecto inflacionario, la TIR de 34,23% efectiva anual es equivalente a una TIR de 10.93% real anual.*
>
> *"b) Así mismo, se observa que en el documento "Desarrollo Vial del Norte de Bogotá –Actualización Modelo Financiero –diciembre 28 de 2005 Bases de cálculo"6/; anexa al Acta de Reinicio de Obras de los Tramos Capellanía Zipaquirá y la Variante Portachuelo y Actualización del Modelo Financiero firmada por las Partes el 29 de diciembre de 2005, también se establece una TIR de 10.93% real anual.*
>
> *"c) Igualmente, coincide lo anterior con la TIR indicada en el documento Acta denominada "Cierre del Modelo Financiero de la U.T. DEVINORTE"7/ con fecha del 1 de octubre de 2001, en su página*

*15, la cual fue protocolizada mediante la Adición al Contrato de Concesión firmado el 11 de agosto de 2003.*

*"d) Finalmente, es la TIR a la cual se han cerrado todas las actualizaciones y adiciones del modelo financiero del Contrato de Concesión".*

Por su parte, el concesionario se opone a esa declaratoria al dar respuesta a la demanda de reconvención, así como en su alegato de conclusión, insistiendo en que la TIR corresponde al 10,94%.

## Consideraciones del Tribunal

Revisados varios de los documentos utilizados por las partes como soportes de la ejecución contractual, el Tribunal encuentra que en muchos de ellos se hizo mención a una TIR del 10,94% real anual, mientras que en otros se menciona el 10,93% real anual. Se observa incluso que en un mismo documento las partes hicieron mención indistintamente a una TIR del 10,93% y del 10,94%. Resulta por ello indispensable que para resolver la petición que aquí se estudia, el Tribunal acuda, por ser un tema técnico, a un criterio financiero y especializado, más que a la simple manifestación que en diversos momentos del proyecto pudieran las partes haber efectuado.

Observa el Tribunal en primer lugar que la TIR real anual contenida en la propuesta inicial ascendió a 10,9338842975207%. Posteriormente, en el modelo financiero del año 2001 (solemnizado en el año 2003), la TIR real anual acogida por las partes fue de 10,9324291668734% y que al correr el modelo financiero aproximaron a 10,93%. Posteriormente en la actualización del modelo financiero del año 2005, la TIR real anual correspondió a 10,92448992791% que, también, al correr el modelo financiero, las partes aproximaron a 10.93%

Revisada la tasa de rentabilidad del proyecto prevista por el Concesionario (34.23% efectiva anual) y descontando de ella la inflación del 21% utilizada para los cálculos iniciales, aplicando para ello la fórmula de deflactación, el Tribunal advierte que, en estricto sentido, el cálculo arrojaría la suma de 10,93388%. Una aproximación de ese resultado llevaría a concluir que la Tasa Interna de Retorno TIR real anual es del 10,93%, lo cual coincide igualmente tanto con la aplicación que las partes han hecho de ella en los años 2003 y 2005, como con la conclusión obtenida por el perito financiero designado dentro del trámite, quien en su informe inicial concluyó lo siguiente:

*"Finalmente, la acción solicitada debe realizarse 'a efectos de que las Convocantes no sólo recuperen el valor de su inversión, sino, además, obtengan la tasa interna de retorno (TIR) contractualmente pactada'. Al respecto, se entiende que esta TIR es la calculada sobre el Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuestos igual a 10,93% real anual toda vez que:*

- *"Según lo indicado en el Capítulo 6.2.6 Resultados Financieros Proyectados del Volumen 2 de la Propuesta de Devinorte, la TIR nominal anual ofertada con una inflación del 21% es de 34,23%; lo que es equivalente a 10,93% real anual;*
- *la TIR del 10,93% real anual es mencionada en el documento 'Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero – diciembre 28 de 2005 Bases de cálculo' anexa al Acta de Reinicio de Obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante Portachuelo y Actualización del Modelo Financiero firmada por las Partes el 29 de diciembre de 2005;*
- *"Coincide con la TIR indicada en el documento Acta denominada 'Cierre del Modelo Financiero de la U.T. DEVINORTE' con fecha del 1 de octubre de 2001, en su página 15, la cual fue protocolizada mediante la Adición al Contrato de Concesión firmado el 11 de agosto de 2003; y*

- *"Esta es la resultante de la hoja de cálculo "TIR" de los dos modelos actualizados por las Partes tanto en 2001 como en 2005".*

Las anteriores conclusiones del experto, fundamentadas adicionalmente en los documentos contractuales suscritos por las partes en los años 2005 y 2001, permiten concluir al Tribunal sin necesidad de análisis adicionales, que la TIR real anual del proyecto asciende a 10,93% real anual, por lo cual, se accederá a la prosperidad de la pretensión primera de la demanda de reconvención.

No habiéndose formulado por parte de la convocada en reconvención una excepción específica en relación con esta petición, sino habiéndose formulado simplemente una oposición respecto de ella, el Tribunal está relevado de estudiar algún medio específico de defensa en este punto.

En la Pretensión Segunda la ANI solicita lo siguiente:

> *"Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera (3ª) del Contrato Principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas del proyecto vial".*

En la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión[536], las partes pactaron que el contrato se ejecutaría en un plazo de 15 años, el cual se dividiría en tres etapas a saber (i) una etapa de diseño y programación, (ii) otra de construcción y (iii) finalmente una de operación.

Atrás de manera extensa se analizó el tema del plazo del Contrato de Concesión en general y de los plazos de cada una de sus Etapas y al hacerlo el Tribunal ya observó: i) Que como consecuencia de la asignación gradual de los recursos necesarios para la adquisición de predios, se había visto alterado el programa de obras establecido, de tal manera que se hacía necesario programar el plazo previsto para la etapa de construcción; y, ii) Que como consecuencia del incremento en los plazos establecidos para las etapas de diseño y construcción y teniendo en cuenta que el Concesionario había manifestado su acuerdo acerca de que las obras adicionales y complementarias serían compensadas a éste por parte de la entidad pública Concedente mediante la utilización de los mecanismos 1 y 2 de la Cláusula Trigésima Sexta, "Ecuación Contractual" del Contrato de Concesión, se hizo necesario suprimir el límite máximo de los plazos de ejecución de las tres etapas establecido inicialmente en ciento ochenta (180) meses de conformidad con la Cláusula Tercera, "Plazos", del Contrato de Concesión, por lo que mediante el **Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998**,[537] las partes acordaron modificar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, cuyo contenido ya había sido modificado por la Cláusula Primera del Otrosí del 24 de julio de 1997, en el sentido de ampliar dicho plazo e indicar que **la Etapa de Construcción se ejecutaría en cuarenta y seis (46) meses y veintiún (21) días calendario**, contados a partir de la fecha de suscripción del acta correspondiente, es decir, octubre 12 de 1995, esto es, hasta el 2 de septiembre de 1999. Como complemento de lo anterior y por las razones expresadas en el numeral segundo de la parte considerativa de este Otrosí, las partes acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera del contrato principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas, al tiempo que acordaron que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto. Ello no significa que se hayan eliminado los plazos de ejecución de cada una de las Etapas ni el plazo general para la ejecución del Contrato, sino que, por las modificaciones ya acordadas -que habían incrementado o superado el plazo inicial general de 180 meses, sin perjuicio de las que en el futuro se pactaran-, lo único que se hizo fue "suprimir el límite máximo" de los 180 meses inicialmente establecido en el Contrato de Concesión celebrado el 24 de noviembre

[536] Folios 100 del cuaderno de pruebas número 5.
[537] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000208 a 000213

de 1994 y, acordar, como se hizo, que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto.

El simple cotejo del acuerdo contenido en la cláusula segunda del otrosí de fecha 6 de agosto de 1998, junto con el contenido de la pretensión, permite concluir que la misma está igualmente llamada a prosperar y así lo declarará el Tribunal, con las precisiones y consideraciones arriba expuestas.

En la Pretensión Tercera de la demanda de reconvención, se solicita lo siguiente:

> *"Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron que el plazo total de ejecución del contrato será establecido al finalizar la etapa de construcción y una vez redefinida la ingeniería financiera del proyecto".*

Como atrás se ha señalado, mediante el **Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998**,[538] las partes acordaron modificar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, cuyo contenido ya había sido modificado por la Cláusula Primera del Otrosí del 24 de julio de 1997 y, por las razones expresadas en el numeral segundo de la parte considerativa de este Otrosí, acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera del contrato principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas, y al mismo tiempo acordaron que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto.

En consecuencia, al igual que como ocurre con la pretensión anterior, la solicitud que en este punto presenta la entidad demandante en reconvención, se puede resolver comparando simplemente el contenido de lo solicitado con el texto de la Cláusula Segunda del Otrosí de 6 agosto de 1998, el cual en su texto literal coincide íntegramente con la pretensión.

Por ello se accederá igualmente a declarar la prosperidad de la misma, pues se limita a que el Tribunal declare la existencia de un acuerdo negocial cuya prueba reposa en el expediente.

En cuanto a la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, la parte convocada solicita lo siguiente:

> *"Que se declare que de conformidad con el documento contractual del 11 de agosto de 2003, las partes tienen claro que el Modelo Financiero es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores y que no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores".*

Al analizar el íter contractual, el Tribunal ya observó que luego de varios estudios y análisis en mesas de trabajo, las partes y la Interventoría arribaron a las conclusiones que luego aquellas solemnizaron en el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003[539] en el cual dejaron en claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores y que, como consecuencia de ello, el resultado del "Modelo Financiero" final o definitivo sólo puede ser establecido una vez que la totalidad de las variables que constituyen sus factores de egreso y de

[538] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000208 a 000213
[539] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281

ingreso a tomar en cuenta, bajo la metodología contractualmente acordada, hayan pasado de la condición de hipotéticos a reales.

También en el Acta suscrita el 31 de mayo de 2005 la cual fue solemnizada con el Otrosí No. 31, suscrito en la misma fecha, [540] de nuevo, las partes expresaron que tenían claro que el llamado "Modelo Financiero" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o suceden los susodichos insumos o factores.

Igualmente, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, [541] de nuevo las partes manifestaron tener claro que el llamado "*Modelo Financiero"* es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores.

Así las cosas, revisado el Otrosí de fecha 11 de agosto de 2003[542], el Tribunal observa que le asiste razón a la reconviniente en el sentido de que, en el capítulo de consideraciones de ese documento, las partes textualmente tuvieron en cuenta lo que en la pretensión se solicita.

Por ello, y con la precisión de que se trata de una consideración que sirvió de fundamento a la suscripción del citado Otrosí, el Tribunal accederá a declarar próspera la pretensión y así lo registrará en la parte resolutiva de esta providencia.

En la Pretensión Quinta de la demanda de reconvención reformada, se solicitó lo siguiente:

> *"Que se declare que conforme al "ACTA DE REINICIO DE LOS TRAMOS CAPELLANÍA ~ ZIPAQUIRÁ Y LA VARIANTE PORTACHUELO Y ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO; RELATIVA AL CONTRATO DE CONCESIÓN NÚMERO 664 DE 1994, PARA LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, LAS OBRAS DE REHABILITACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN, LA OPERACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DEL PROYECTO VIAL DENOMINADO "DESARROLLO VIAL PARA EL NORTE DE BOGOTÁ", EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA" del 29 de diciembre de 2005, el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extenderla (sic) hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten".*

Para resolver esta petición, el Tribunal se remite a lo ya expuesto en consideraciones anteriores sobre el término de duración de la Etapa de Operación y, además, hace igual razonamiento que para las pretensiones inmediatamente anteriores, en el sentido de que lo que se solicita es simplemente la verificación del contenido de unos textos contractuales y la declaración de que lo solicitado en la pretensión corresponde con lo acordado.

En esos términos, al revisar el contenido de la cláusula séptima del Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005[543], el Tribunal advierte que efectivamente lo que la demandante en reconvención menciona en su pretensión coincide con lo acordado, por lo cual así se declarará.

En la pretensión sexta de la contra demanda el apoderado de la ANI solicita lo siguiente:

---

[540] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365
[541] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015
[542] Folio 277 a 281 del cuaderno de pruebas número 5.
[543] Folio 14 del cuaderno de pruebas número 6.

> *"Que se declare que la variable que determina el equilibrio económico del contrato de Concesión es la tasa interna real de retorno pactada considerando la distribución de riesgos del contrato, por lo que el plazo del Contrato se debe modificar en la medida en que esta tasa se modifica".*

Para resolver esta pretensión, el Tribunal considera necesario efectuar previamente las siguientes precisiones en relación con el tema de la tasa interna de retorno o TIR.

En la parte inicial de este Laudo, el Tribunal señaló de manera general que la Tasa Interna de Retorno TIR, 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."[544]

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

También se ha señalado que Tasa Interna de Retorno es el beneficio o utilidad esperada por los socios de una concesión en general o en los contratos de concesión de obra o de infraestructura vial de segunda, tercera y cuarta generación como resultado de la inversión con la que en ellos participan. Se constituye en la herramienta financiera que permite a las partes establecer el momento en que ese retorno esperado se obtiene, y se edifica como el centro del sinalagma de este tipo de contratos, toda vez que por las características y complejidad de esa modalidad negocial, resulta imposible establecer una equivalencia individual entre cada uno de los derechos y obligaciones de las partes. Bien por el contrario, el conjunto de esos derechos y obligaciones, visto como un todo, converge en la Tasa Interna de Retorno TIR y es por ello que su fijación prenegocial se constituye en el punto de referencia que se debe mantener para la satisfacción conjunta de las aspiraciones económicas de los contratantes y a su vez el plazo del contrato se altera en la media en que la TIR se modifique, razón por la cual debe afirmarse en tales casos que el plazo es variable. Ahora, como ha quedado desarrollado en capítulos precedentes, la preservación del equilibrio de la ecuación contractual es uno de los principios de la contratación estatal, y su teoría logra efectividad en los contratos de concesión a partir de la observación permanente de la TIR, por ser ella el indicador del estado financiero del negocio.

Empero, como también ya atrás quedó visto, ello no sucede con los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación que son de plazo fijo y en los cuales, se puede y se debe utilizar la TIR, pero únicamente cuando quiera que, roto el equilibrio financiero del Contrato, las partes opten por la ampliación del plazo de la Etapa de Operación como mecanismo o sistema para restablecerlo, como sucede con el Contrato de Concesión objeto de examen en este proceso.

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

El Tribunal ya atrás ya ha concluido que el Contrato de Concesión 0664 de 1994 es de plazo fijo. En efecto, en él se pactó un plazo general para la ejecución del Contrato (180 meses) y dentro de él los plazos de la Etapa de Diseño y Programación (6 meses), de la Etapa de Construcción (24 meses), y de la Etapa de Operación (150 meses). Desde el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el plazo total de las tres etapas descritas podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo.

Así las cosas, el Contrato que dio a origen a este proceso es un Contrato de Concesión de primera generación, modalidad negocial en relación con la cual es importante tener presente que se trata principalmente de negocios de plazo fijo y no de plazo variable hasta la obtención de la TIR. No impedía sin embargo esa característica que, para alcanzar el retorno esperado por el concesionario, las partes pudieran acordar la modificación del plazo, como en efecto se recogió en la Cláusula Trigésima Sexta y en la práctica se ejecutó en varios de sus otrosíes. Sin embargo, si se observa la referida cláusula, es claro que las previsiones en ella contenidas, están acordadas solamente para aquellos eventos en que el desequilibrio de la ecuación se presentara en contra del concesionario y para restablecerlo la partes optaran por el sistema o mecanismo de ampliar la etapa de operación.

También ya se ha concluido que mediante el Otrosí No. 07, suscrito el 6 de agosto de 1998, las partes acordaron modificar la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión y por las razones expresadas en el numeral segundo de la parte considerativa del mismo, acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la cláusula tercera del contrato principal, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas, al tiempo que acordaron que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto. Se reitera, ello no significa que se hayan eliminado los plazos de ejecución de cada una de las Etapas ni el plazo general para la ejecución del Contrato, sino que, por las modificaciones ya acordadas -que habían incrementado o superado el plazo inicial general de 180 meses, sin perjuicio de las que en el futuro se pactaran-, lo único que se hizo fue "suprimir el límite máximo" de los 180 meses inicialmente establecido en el Contrato de Concesión celebrado el 24 de noviembre de 1994 y, acordar, como se hizo, que el plazo total de ejecución del Contrato sería establecido al finalizar la Etapa de Construcción y una vez redefinida la Ingeniería financiera del proyecto. En otros términos, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Primera Generación con plazo fijo, no mutó a un Contrato de Segunda Generación con plazo variable que depende del tiempo requerido para obtener la TIR.

También ha quedado demostrado que mediante el Otrosí No. 8 suscrito el 22 de diciembre de 1998, las partes convinieron que los acuerdos a los que llegaron en dicho instrumento contractual conforme a las consideraciones allí expuestas, serían consignados y se involucrarían en la actualización del modelo financiero de la propuesta inicial con el fin de establecer las nuevas condiciones de plazo con las cuales se mantendría la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial, al tiempo que se estipuló que el cronograma de obra y de inversiones correspondiente a las obras definidas en dicho Otrosí involucrados para la actualización del modelo financiero serían de obligatorio cumplimiento para el Concesionario. De conformidad con lo anterior, las partes se comprometieron a que, en el término máximo allí previsto -que luego fue ampliado por los Otrosíes Nos. 9 y 10 suscritos el 24 de mayo de 1999-, definirían los ajustes que fuera necesario implementar a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la Etapa de Operación. Allí las partes acordaron que, en todo caso, mantendrían la TIR del proyecto.

Mediante el Otrosí No. 20, suscrito el 11 de agosto de 2003[545], las partes solemnizaron los acuerdos logrados entre ellas que desembocaron en la suscripción del "Acta de Cierre Financiero" de 1 de octubre de 2001, de conformidad con los cuales se amplió la etapa de operación en 56 meses -4

[545] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281

años y 8 meses-, pasando la Etapa de Operación de 150 meses -12 años y 6 meses- a 206 meses -17 años y 2 meses-.

A su vez, mediante el Otrosí No. 31, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005[546], el INCO reconoció que el Concesionario había realizado o estaba realizando las inversiones que se incorporaron al modelo financiero aprobado por ellas mediante el Acta de esa misma fecha y cuya descripción, naturaleza y cuantía se reseñaron en el mismo, que hace parte de la mencionada acta, y, adicionalmente, se relacionan en el "Cuadros resumen – Modelo con obras hasta Variante Cajicá, incluyendo la construcción del Retorno Briceño I y del Puente elevado sobre la línea férrea e ingresos por Peaje de Teletón", por lo que en aplicación de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, las partes acordaron que para que el Concesionario pudiera recuperar la inversión en las citadas obras ya ejecutadas o que se encontraban en estado de ejecución, se modificaba **el** término de duración de la Etapa de Operación, en el sentido de ampliarlo, hasta el día treinta (30) de septiembre de 2013. Como corolario de lo acordado, las partes se obligaron a tener en cuenta el valor de la inversión objeto de este otrosí efectuada por el Concesionario como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994, para todos los efectos contractuales.

Igualmente con el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005[547], que se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, las partes acordaron que luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten."

Mediante el Otrosí No. 54, suscrito el 31 de octubre de 2013,[548] en el cual las partes acordaron modificar el alcance del objeto del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada Intersección T de Portachuelo en su Fase I, para el desarrollo de las actividades allí descritas, las partes acordaron que el valor relacionado con la Construcción de la intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los precios y las cantidades de obra que se determinen a partir de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura. Los precios para las obras que se adelanten corresponderán a los precios INVIAS vigentes para el año 2013, Territorial Cundinamarca", e igualmente acordaron que el valor mensual relacionado con la Operación y Mantenimiento Rutinario "será establecido a precio global fijo, al que se llegará mediante el análisis de los Estudios y Diseños a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la ANI, calculándolo hasta el **30 de noviembre de 2016, fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial Devinorte**." "Sin embargo, señalaron las partes que, toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar **LAS PARTES**, en caso de un acuerdo conciliatorio. // Este valor se aplicará proporcionalmente en caso que se determinen periodos inferiores a un mes. // Si la decisión del Tribunal de Arbitramento o el arreglo entre **LAS PARTES** determinan acortar el plazo total de la Concesión; el valor establecido para la Operación y Mantenimiento Rutinario se disminuirá en la proporción correspondiente teniendo como base, el valor mensual pactado en este mismo parágrafo." (Cláusula Tercera. Valor. Parágrafos Primero y Segundo). En relación con la Gestión Predial que adelantara el concesionario y de conformidad con lo establecido en este Otrosí, se acordó el pago allí pactado y en la forma en él establecida, mientras que el valor de la gestión social y ambiental sería establecido a precio global fijo, al que se

[546] Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365
[547] Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015
[548] Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

llegaría mediante el análisis de los Estudios y Diseños definitivos a nivel de detalle – Fase III, revisados por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura (Cláusula Tercera, Parágrafos Tercero y Cuarto). (Subraya y resalta el Tribunal).

En este punto el Tribunal reitera que con el apartado del Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí modificatorio del 31 de octubre de 2013, que está contenida en los Acuerdos a los que arribaron las partes, ellas definieron de manera precisa la fecha cierta de terminación del Plazo de la Concesión Vial DEVINORTE, con lo cual modificaron el primer apartado del Acuerdo Séptimo contenido en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, al tenor de la cual las partes habían determinado que luego de correr el modelo financiero con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato 0664 de 1994 se extendería hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten. Ahora, por virtud de lo acordado en el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera del Otrosí No. 54 suscrito el 31 de octubre de 2013, las partes definieron como fecha cierta de terminación de la Concesión el 30 de noviembre de 2016 y con ello se eliminó la posibilidad que dicho término resulte mayor o menor. Con todo, como las partes señalaron a renglón seguido que "toda vez que cursa un Tribunal de Arbitramento en el que **el Concesionario pretende una ampliación del plazo de la concesión y en caso de que sus pretensiones sean reconocidas por el Tribunal**, el costo de Operación y Mantenimiento Rutinario se aplicará en proporción por cada mes adicional, según lo determine la decisión arbitral, o lo que llegasen a pactar LAS PARTES, en caso de un acuerdo conciliatorio", ello conlleva, entonces, que el plazo de la concesión se puede ampliar sólo si prosperan las pretensiones del Concesionario en este Tribunal Arbitral, pero en ningún caso, ahora, se puede recortar.

Por las consideraciones anteriores, para el caso que es materia de examen en este proceso, no le asiste razón a la convocante en reconvención y, por lo tanto, el Tribunal negará esta pretensión.

En lo tocante a la pretensión séptima de la reconvención, la ANI solicita, lo siguiente

> *"Que se declare que según el contenido general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, y la naturaleza de los contratos de concesión estatales, el Modelo Financiero incorporado a éste contrato mediante el modificatorio de fecha 31 de mayo de 2005 constituye un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto vial".*

Como quedó expuesto en el recuento realizado al inicio de esta providencia, en la modificación del 31 de mayo de 2005[549] las partes incluyeron una actualización del modelo financiero. En la cláusula primera de ese documento se convino que las inversiones que el concesionario había realizado o venía realizando y de las que daba cuenta el acta de la misma fecha, se incorporarían al referido modelo y, en consecuencia, suscribieron como anexo de esa modificación, una descripción detallada de todas aquellas obras y planes de inversión a ejecutar.

Convinieron igualmente en ese anexo que "*la simulación del modelo financiero no tiene un alcance definitivo, y sus variables son susceptibles de ajuste o modificación posterior en la medida en que para varias de ellas no se conocen los resultados finales o no se ha adoptado un acuerdo formal entre las partes*."

De conformidad con esas estipulaciones contractuales, así como con las consideraciones que en diversos apartes de este laudo se han efectuado en relación con el modelo financiero, para el Tribunal es claro que el mismo se edifica como un elemento de gestión y control del proyecto vial y por ende se accederá igualmente a la prosperidad de esta pretensión, precisando que el control que permite el modelo, es un control financiero del proyecto.

[549] Folios 363 a 366 del cuaderno de pruebas No. 5

Finalmente, en lo que se refiere a este primer grupo general de pretensiones, la parte demandante en reconvención solicita en su petición octava, lo siguiente:

> *"Que se declare que atendiendo la situación fáctica y jurídica que presenta actualmente el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, resulta necesario actualizar el Modelo Financiero, en las condiciones y por las causas que se plantean en las pretensiones solicitadas en los numerales 4.2.2 a 4.2.10 de la presente demanda".*

Revisado con detenimiento el alcance y la redacción de esta pretensión, observa el Tribunal que no podrá acceder a su prosperidad por cuanto la misma se plantea estrechamente relacionada con pretensiones planteadas más adelante en la demanda de reconvención.

En efecto, bien puede advertirse que lo que se solicita en ella es la declaratoria de que el modelo financiero tiene que actualizarse por las causas que se recogen en pretensiones posteriores, circunstancia que impide su resolución en este Capítulo del Laudo, por cuanto el Tribunal tendrá que entrar a revisar todas y cada una de las causas que en las pretensiones 4.2.2 a 4.2.10 se plantean, para poder concluir si el modelo debe ser actualizada con todos los eventos allí enlistados.

En otras palabras, la pretensión que se plantea como octava general sería una consecuencia o síntesis de la prosperidad de pretensiones que se han planteado como posteriores, y en esos términos, sin el análisis de cada uno de los conceptos que la componen, no se podrá acceder a su prosperidad como una declaración de carácter general y así se registrará en la parte resolutiva de esta providencia.

Resueltas como han quedado, las pretensiones declarativas generales planteadas en la reconvención y teniendo en cuenta que en relación con las mismas no existe oposición de la reconvenida, procede a continuación el Tribunal a resolver aquel grupo de peticiones relativas a la corrección del modelo financiero.

## 6.2. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA CORRECCIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR ERRORES EN EL CÁLCULO DE TARIFAS DE PEAJE

Para resolver estas pretensiones, y por estar las tres solicitudes declarativas, así como la consecuencial primera de condena estrechamente relacionadas entre sí, se abordará su estudio y su decisión de manera conjunta.

El texto de esas cuatro pretensiones es el siguiente:

> *"Que se declare que el modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, correspondiente a la actualización de diciembre de 2005, tiene un error de formulación en lo pertinente al cálculo de tarifas de peaje, consistente en que los ingresos estimados por concepto de los peajes Andes y Fusca utiliza erróneamente las tarifas de peaje, y aplica para todas las categorías de vehículos la tarifa correspondiente a automóviles.*
>
> *"Que se declare que el error de formulación subestima de manera importante los ingresos generados por los peajes Andes y Fusca, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*
>
> *"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente*

*al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.*

*"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de DIEZ Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO DIEZ Y OCHO PESOS ($16,440.867,118) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014*[550]*, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

Como sustento de este grupo de peticiones invoca la parte reconviniente algunas manifestaciones del perito financiero relativas a que las partes del contrato aplicaron a las diferentes categorías de vehículos la tarifa correspondiente a una de ellas.

Agrega en su alegato de conclusión que "*Así las cosas, es evidente dentro del expediente, y no ha sido objetado por la contraparte que la actualización del modelo financiero de diciembre de 2005,* ***contiene un error de formulación*** *en lo pertinente al cálculo de tarifas de peaje que así debe ser declarado*."

## Consideraciones del Tribunal

Para resolver esta solicitud, el Tribunal considera necesario efectuar una serie de precisiones sobre el alcance, los efectos jurídicos y la interpretación del modelo financiero. Se aclara que no se hará en este punto un enfoque técnico del mismo, sino que se formulará una serie de conclusiones en relación con lo que, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, es el modelo financiero y la forma como debe interpretarse.

Como ha quedado expuesto en capítulos precedentes, la relevancia del mencionado modelo en contratos de concesión como el que ocupa la atención del Tribunal es fundamental para su ejecución. Las partes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, discuten durante la etapa precontractual la estructuración y composición de ese modelo, y al momento de la celebración del contrato adoptan el modelo discutido y acordado que termina constituyéndose en una estipulación negocial más.

De esta forma, el modelo termina siendo una regla más de la ejecución contractual que rige el desarrollo de la convención y cuya aplicación en los términos acordados, es de obligatorio cumplimiento para las partes. Pero el hecho de que sea una herramienta financiera variable, no implica que para su interpretación tengan las partes o el juez que dejar de lado todas las demás cláusulas del contrato. Muy por el contrario, por ser éste una parte del clausulado negocial, su correcta y adecuada interpretación debe consultar, en primer lugar, el objeto y la causa del contrato, y se encuentra limitada al marco establecido por las demás estipulaciones del negocio. No se puede, so pretexto de dar privilegio a lo financiero, desconocer o desvirtuar los demás acuerdos contenidos en el Contrato y, por ello, cuando de decisión judicial se trata, el Juez no puede dar al modelo financiero el tratamiento de una herramienta técnica aislada sino que debe contemplar que su aplicación e interpretación esté en consonancia con lo que se pactó en las demás cláusulas del contrato y debe tener el excesivo cuidado de que las modificaciones financieras no desnaturalicen el esquema de riesgos del negocio ni lo que sobre el particular hayan podido convenir las partes.

[550] Esta cifra debe actualizarse a la fecha de emisión del Laudo Arbitral ya que fue calculada para pago en febrero de 2014, y esta actualización deberá contemplar la TIR y el IPC a la fecha.

Desde otro punto de vista, puede afirmarse que el modelo financiero es una cláusula más del contrato, y que la circunstancia de que esté compuesto por variables cambiantes y dinámicas, no le resta obligatoriedad en cuanto a su contenido y alcances, pues éstos se encuentran regidos por el principio del *pacta sunt servanda* sin que le sea dable a las partes dejar de aplicar las variables que lo componen o modificarlo unilateralmente, y sin que le sea posible al juez del contrato modificarlo por la simple petición de una de ellas. Tampoco puede convertirse en una herramienta que vaya en contravía de las estipulaciones del contrato ni mucho menos, se reitera, que deje sin efectos los demás acuerdos. Por ello la valoración del modelo financiero en un litigio sobrepasa el simple y puro análisis económico del mismo, pues al ser éste un componente más del contrato, su interpretación debe ser sistemática con las demás cláusulas y, las variables financieras que lo componen pueden en algunos casos encontrar límites en la estructura jurídica a la cual pertenece.

Establecido lo anterior, procede el Tribunal a resolver la pretensión que aquí se plantea, la cual, si se analiza con detenimiento, se encamina, en últimas, a obtener la "corrección" por parte del Juez, de una cláusula contractual, sobre la base de un supuesto error en la misma, lo cual desde ningún punto de vista puede hacer el fallador si no se dan los supuestos legales permitidos para que el tercero administrador de justicia pueda modificar el contrato, o lo que es lo mismo, para que pueda desconocer el principio de la fuerza obligatoria de los contratos.

La solicitud de la ANI en este punto preciso es que el Tribunal declare que el modelo financiero contiene un error de formulación. Y como quedó expuesto, invoca como sustento de la misma, la afirmación del perito en el sentido de que, en la etapa de construcción, se utilizó para todos los vehículos la misma tarifa.

No puede dejarse de lado que, desde el punto de vista puramente jurídico e incluso procesal, la demostración de un error en una cláusula contractual no conlleva la facultad del juez de corregirlo. Recordemos que la teoría del error se edifica sobre sus consecuencias en relación con el consentimiento de la parte y la eventual nulidad relativa que la misma pueda contener, pero lo que definitivamente no resulta admisible por la vía judicial es que la parte que considere que en un contrato quedó registrado un error conceptual en alguna de sus cláusulas, solicite al juez su modificación, pues es claro que la ley sólo lo autoriza a desconocer la obligatoriedad de los pactos en casos precisos y taxativos que no contemplan el evento de errores en el contrato.

Y en este punto considera necesario efectuar el Tribunal una distinción fundamental entre los conceptos de error en el consentimiento y de error o equivocación registrados en una cláusula del contrato. El primero de ellos se refiere en últimas, a que, como consecuencia de un entendimiento divergente entre las partes en relación con una situación de hecho, el consentimiento que ellas prestaron respecto de una cláusula o del contrato mismo, en la realidad no coincidió íntegramente, pues mientras una de ellas comprendió que su voluntad versaba sobre una circunstancia fáctica específica, la otra la refirió a una distinta. El segundo grupo, cobija los errores que las partes advierten en la redacción del contrato una vez que este se está ejecutando, los cuales derivan de una falta de cuidado o previsión en la elaboración y redacción de las cláusulas, pero no se extienden a invalidar el consentimiento prestado en relación con el objeto mismo de la estipulación. En este último evento es claro que no existe fundamento legal para que el juez intervenga en el contrato pues bien puede ocurrir que se trata de un simple lapsus calami que las partes podrían corregir con un acuerdo modificatorio, o puede llegar incluso a ser que una de ellas encuentra que le otorgó a la otra una ventaja que no advirtió a tiempo, y que en desarrollo de las negociaciones accedió a conceder sin medir los efectos que en el futuro pudiera generar para ella.

En cualquiera de estos últimos eventos descritos, es claro que el juez del contrato no puede modificar el contenido de sus previsiones pues no estamos ante una nulidad derivada de un vicio en el consentimiento - la cual por cierto tampoco daría lugar a cambios sino a su anulación - sino ante un yerro de escritura, de sintaxis o de redacción de las partes, o simplemente ante un yerro o

descuido de alguna de ellas en la etapa de negociación, lo cual, con mayor razón, enerva la posibilidad de que el juez modifique la convención.

El estudio efectuado en extenso, al inicio de esta providencia, en relación con las múltiples modificaciones contractuales que efectuaron los contratantes, pone de presente que tuvieron cuando menos 60 oportunidades de corregir aquello que la demandante en reconvención considera un error del modelo financiero, y nunca lo hicieron. Es más, también como atrás quedó demostrado, desde el año 2008 y hasta el mes de febrero de 2013, hubo un número considerable de solicitudes elevadas por el Concesionario a la Interventoría al INCO/ ANI para revisar y actualizar el modelo financiero, pero como atrás se vio ellas no fueron atendidas. También las partes tuvieron la posibilidad de hacerlo con motivo del trámite de la conciliación parcial celebrada ante este Tribunal y aprobada por éste el 24 de noviembre de 2015 y no ocurrió así.

Pero tampoco se solicitó en la contrademanda, la nulidad parcial de esa previsión negocial con fundamento en la teoría del error como vicio del consentimiento - la cual valga la pena decirlo, estaría incluso caducada y por ende saneada, por el transcurso el tiempo - simplemente porque para las partes es claro que ese error no existió en los términos en los que la ley y la teoría general del negocio jurídico le conceden efectos invalidantes.

Ahora bien, si el perito financiero afirma que las partes utilizaron la misma tarifa para las diferentes categorías de vehículos, no necesariamente significa esa manifestación que exista un error como se plantea en la pretensión.

Revisados los diferentes documentos contractuales desde los pliegos, el contrato, los otrosíes, y las múltiples actas que en desarrollo del mismo se suscribieron, se pone en evidencia que tanto el concedente como el concesionario eran plenamente conscientes de que existían diferentes tarifas de peaje para las diversas categorías de vehículos que por él circulaban.

Sin embargo y a pesar de esa claridad, en el modelo financiero las partes utilizaron siempre la misma tarifa durante la etapa de construcción e incluso en la actualización del año 2005 no acordaron efectuar la diferenciación que hoy se reclama, limitándose a lo acordado desde el inicio del negocio.

Muy por el contrario, en el acta número 1 del 8 de agosto de 2001 que serviría posteriormente como base para la actualización del modelo financiero en el año 2005, la interventoría en relación con ese tema manifestó lo siguiente "*el ajuste del modelo por este concepto puede no estar justificado e implicaría un cambio contractual cuyos efectos pueden trascender de manera inconveniente por cuanto la corrección del error significaría un cambio en la TIR que define el equilibrio financiero del contrato de 10.94% a 11.42% aproximadamente*"[551].

Esa manifestación de la Interventoría, constituye un hecho de fundamental importancia para optar por una decisión en este punto, y es que la propuesta y la estructuración de la TIR se realizaron sobre la base de una tarifa, y el cambio de la misma, tal y como se solicita hoy en día, modificaría sustancialmente la ingeniería financiera del contrato y dejaría sin soporte las decisiones financieras que durante la etapa de operación las partes adoptaron con fundamento en esa premisa.

Esas circunstancias reflejadas en la ejecución práctica del contrato, permiten afirmar que el hecho de que en el modelo financiero los contratantes hayan mantenido conscientemente durante la etapa de construcción una sola tarifa para todos los vehículos, obedece a que la evaluación de las propuestas y el cálculo de la ecuación financiera del contrato, se efectuaron sobre la base de una única tarifa y por ende su consentimiento se prestó sobre ella.

[551] Folio 227 del cuaderno de pruebas número 6

En esos términos, es claro que en su momento el oferente presentó su propuesta sobre una única tarifa y que el contrato le fue adjudicado sobre esa misma tarifa por lo cual no podría hablarse de error como vicio en el consentimiento el cual, como quedó expuesto, tampoco se ha solicitado.

Pero adicionalmente, se reitera, la aceptación de la propuesta planteada en esos términos, implicó que el cálculo de toda la ecuación financiera del negocio se edificara sobre ese supuesto y por ende no se puede ahora, a la terminación del contrato, invocarse la existencia de un error o equivocación pues la realidad de la ejecución del negocio demuestra que las partes mantuvieron durante una etapa del contrato una sola tarifa pues ésta se constituyó en una de las bases de la ecuación financiera del mismo. Resulta relevante el comportamiento contractual posterior en el cual deciden ajustar el modelo a tarifas variables, pero no modificaron lo ocurrido con anterioridad, pudiendo haberlo hecho.

Y si bien las anteriores conclusiones son suficientes para resolver desfavorablemente el grupo de pretensiones que aquí se estudia, considera necesario el Tribunal precisar que incluso así se aceptara la existencia del error, éste no sería constitutivo de desequilibrio como se solicita en la reconvención pues recordemos que el desequilibrio no puede entenderse desde el nacimiento mismo del contrato sino que debe obedecer a una situación sobreviniente y ajena a las partes, y no a un acuerdo consciente e inicial de ellas.

La entidad convocada y el concesionario celebraron un contrato cuya economía se fundamentó, entre otros, en la utilización de una sola tarifa para el cálculo de los ingresos por peaje en la etapa de construcción. Esa circunstancia quedó recogida en la oferta y aceptada en la adjudicación, y se reflejó durante una etapa del contrato por lo cual, siendo equivocada o no, no puede ser constitutiva de desequilibrio pues se trata de un acuerdo recogido desde el inicio del negocio.

Así pues, al constituir fundamento de las pretensiones que aquí se analizan la existencia de un supuesto desequilibrio en el contrato, el Tribunal no podrá acceder a su prosperidad en la medida en que el mismo no puede provenir de la celebración misma del negocio y así lo declarará en la parte resolutiva del fallo.

## 6.3. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR ACTUALIZACIÓN DEL TRÁFICO PROYECTADO CON EL REAL REGISTRADO

Este grupo de pretensiones, si bien se relacionan con la contabilización en el modelo financiero de los ingresos por peaje, específicamente en lo que se refiere al volumen de tráfico utilizado para calcular tales ingresos, se divide en dos temas que serán analizados de manera independiente a saber: (i) no tener en cuenta el modelo financiero el tráfico real de los peajes y (ii) no tener en cuenta el modelo los ingresos generados por el peaje Teletón entre noviembre de 2000 y octubre de 2005.

Las pretensiones que se estudiarán en este capítulo son las siguientes:

> *"Que se declare que el modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, correspondiente a la actualización de diciembre de 2005, ya se encuentra en oportunidad de ser actualizado, sustituyendo el tráfico proyectado considerado en el modelo financiero con el tráfico real registrado hasta la fecha, tal como se ha hecho históricamente, teniendo en cuenta el tráfico real para garantizarle al Concesionario un Tráfico Promedio Diario (TPD) garantizado, primando el tráfico real sobre el proyectado en el modelo financiero.*
>
> *"Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conlleva a corregir las siguientes deficiencias del modelo actual: a) el hecho de que no tuvo*

*en cuenta los ingresos reales generados por el peaje de Teletón; b) el hecho de que el modelo solo proyectó ingresos generados por el peaje de Teletón desde 2005 mientras que el peaje de Teletón recaudó ingresos desde Noviembre del año 2000; c)el hecho de que los tráficos de los peajes Andes y Fusca tenidos en cuenta en el modelo son inferiores a los tráficos reales, y en general la subestimación del ingreso generado por el tráfico de la concesión.*

*"Que se declare que las situaciones referidas en la pretensión declarativa precedente, subestima de manera importante los ingresos del concesionario, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero".*

*"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de VEINTIDOS MIL TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS PESOS ($22,035.403.800)*[552] (Sic) *a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según Las previsiones del contrato y de la Ley".*

### 6.3.1. El volumen de tráfico utilizado en el modelo financiero

Para fundamentar estas pretensiones, la reconviniente sostiene que en el acta de 31 de mayo de 2005 las partes acordaron que "*Las actualizaciones del Modelo Financiero tienen como propósito garantizar la recuperación de las inversiones incurridas por el Concesionario en las obras ejecutadas o que se encuentran en estado de ejecución"* y que en la cláusula quinta del contrato de concesión se pactó que: "*El pago del valor total del contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento durante la concesión se hará mediante: a) la cesión de los derechos del recaudo de peajes.*"

En ese sentido, considera la convocada que el Concesionario tiene derecho al recaudo de los peajes solamente hasta que logre obtener la Tasa Interna de Retorno pactada, y que para efectos de ese cálculo debe tenerse en cuenta el tráfico real registrado, el cual no fue observado en los anteriores modelos financieros debido a un error de formulación de los ingresos.

### Consideraciones del Tribunal

En lo que se refiere a este último argumento del actor, debe reiterase lo mencionado en el capítulo inmediatamente anterior referente a que la falta de cuidado o previsión de una parte al momento de celebrar un contrato no puede ser subsanada por el Juez a menos que se demuestre un error en su consentimiento u otra causal que invalide lo pactado, pues una vez celebrado el Contrato, o su modificación, éste se convierte en ley para las partes.

[552] Esta cifra fue calculada para pago en febrero de 2014, debe actualizarse para pago a la fecha de emisión del Laudo Arbitral.

Es evidente que en este caso los contratantes consintieron en que para efectos de correr el Modelo Financiero tendrían en cuenta los volúmenes teóricos de tráfico y no puede el Tribunal modificar lo acordado por el simple hecho de que una de ellas hubiese considerado con posteridad que tal pacto iba en contravía de sus intereses. En las actualizaciones al Modelo Financiero efectuadas por las partes en el año 2001 y en el año 2005, se pactó con claridad que el tráfico convenido para efectos de contabilizar los ingresos, era el tráfico mínimo garantizado en los pliegos, y al igual que para el tema anteriormente resuelto, así lo mantuvieron las partes durante toda la ejecución del Contrato. En igual sentido, sobre esa base, fue que se estructuró el modelo financiero y se adoptaron las decisiones del proyecto.

Pero, independientemente de lo anterior, analizados los pliegos, la oferta, el Contrato y sus modificaciones, se concluye que no fue un capricho de las partes utilizar en el Modelo Financiero el volumen teórico de tránsito por los peajes Fusca y Andes.

En el Volumen I de los pliegos de condiciones, específicamente en el capítulo 2.6[553], se reguló el tema de los volúmenes de tránsito para efecto del recaudo. En esa oportunidad se le puso de presente a los proponentes que para efectos del ingreso por recaudos de peaje se establecerían unos volúmenes mínimos y máximos de tránsito por categoría, los cuales serían la base de la garantía que otorgaba el INVÍAS para determinar el ingreso anual mínimo para el contratista y el ingreso anual máximo aportante a la concesión.

En relación con el volumen del tránsito mínimo garantizado, se indicó en los pliegos que, si el ingreso obtenido por concepto de peaje durante un año determinado era menor al ingreso por peaje garantizado para ese año, la Entidad remediaría al concesionario mediante el sistema de compensación general establecido en el numeral 2.10 de ese documento que fue el mismo que se recogió en la cláusula 36 del contrato.

En lo que se refiere al límite máximo de volumen de tránsito aportante a la concesión, se indicó que el ingreso por peaje máximo que financiaría el contrato sería el resultado de multiplicar los volúmenes indicados en el capítulo II, numeral 3 del volumen II de los pliegos visible en este proceso a folios 120 y 121 del cuaderno de pruebas número 1, por las tarifas de peaje para cada categoría. Se consignó igualmente en ese punto que, en el evento de recibirse ingresos superiores a los máximos establecidos, el 50% de dicho excedente debía transferirse a la entidad y 50% restante se destinaría a financiar los mayores costos de mantenimiento derivados del aumento en los volúmenes de tránsito.

Para efectos de los cálculos financieros, en la propuesta se indicó que "(c)*on el tráfico mínimo garantizado, el proyecto tendría la capacidad de repagar todas las obligaciones en el tiempo previsto y quedar libre de deudas a partir del año octavo, destinando la totalidad de sus utilidades a lograr rentabilidades adecuadas para los socios hasta el periodo final de la concesión* (…)"[554] y en ese sentido, en las memorias de cálculo se tuvo en cuenta el tráfico mínimo aportante fijado en los pliegos[555]. Obsérvese pues que en lo que se refiere al volumen de tráfico, el modelo financiero se estructuró sobre la base del tráfico mínimo garantizado en los pliegos y así quedó registrado por las partes tanto en la actualización del modelo financiero de 2001 como en aquella de 2005, en las cuales claramente acordaron que para el cálculo de los ingresos por peaje se multiplicarían las tarifas de éste por el tráfico promedio diario por 30 días, el cual, en los mismos documentos, se convino como equivalente al tráfico mínimo garantizado en el pliego de condiciones[556].

[553] Ver folio 53 y 54 del cuaderno de pruebas número 1.
[554] Folio 162 del cuaderno de pruebas número 2.
[555] Folio 168 del cuaderno de pruebas número 2.
[556] Folio 206 del cuaderno de pruebas número 7.

En relación con el contrato, los anteriores acuerdos quedaron consignados en sus cláusulas decimoséptima y decimoctava en los siguientes términos[557]:

> *"CLAUSULA DECIMA SEPTIMA. VOLUMEN DE TRÁNSITO PARA LA GARANTIA. El volumen de tránsito, por categoría de vehículos, para efectos de la garantía de ingreso mínimo por cada año de operación, del proyecto será el indicado en Anexo correspondiente de este contrato. El ingreso por peaje garantizado para cada año de operación es la suma de los productos del volumen garantizado para cada categoría, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente, vigente durante ese año. Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, es menor que el ingreso por peaje garantizado para ese año, el INSTITUTO compensará la diferencia a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, mediante el sistema de compensación general establecido en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA. Este procedimiento sólo se aplicará durante la etapa de operación. Para el establecimiento de los déficits o superávits se considerarán en forma global todos los tramos en etapa de operación y se determinarán sobre la base de los ingresos reales acumulados durante el tiempo transcurrido de la concesión incluyendo las compensaciones ya efectuadas. Desde la fecha en que se inicie la etapa de Operación hasta el siguiente 31 de diciembre, el volumen mínimo garantizado para cada tipo de vehículo, será proporcional al tiempo transcurrido. De igual forma, el volumen mínimo garantizado, desde el 1 de enero anterior, hasta la fecha en que finalice la* etapa de operación. Se calculará proporcionalmente al tiempo transcurrido.

> *"CLAUSULA DECIMA OCTAVA. LIMITE MAXIMO DE VOLUMEN DE TRANSITO APORTANTE AL A CONCESION. El límite máximo de volumen de tránsito aportante a la concesión para cada año de operación del proyecto y para cada categoría vehicular, será el indicado en los Anexos correspondientes de este contrato. El ingreso por peaje, máximo aportado, para cada año de operación, es la suma de los productos del límite máximo de volumen para cada categoría, multiplicando por el valor de la tarifa correspondiente, vigente durante ese año. Si el ingreso total obtenido por concepto de peaje, durante un año determinado de operación, desde el 1 de Enero hasta el 31 de diciembre del respectivo año, es mayor que el ingreso por peaje máximo esperado para ese año, LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA debe transferir a una cuenta especial el 50% (cincuenta por ciento) de ésta diferencia, en un término máximo de treinta (30) días calendario, a partir de la fecha en que se suscriba el acta entre la Interventoría, LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, constatando este hecho. (….) PARÁGRAFO PRIMERO: el cincuenta por ciento (50%) no transferido a la cuenta especial, lo retendrá la concesión a fin de financiar los mayores costos de mantenimiento de la vía, que genera un aumento de los valores de tránsito".*

Las anteriores estipulaciones permiten concluir que en materia de tráfico, las partes se distribuyeron el riesgo, entendido como las consecuencias favorables o desfavorables derivadas de determinado hecho, así: el riesgo de un volumen inferior al garantizado se asignó a la Entidad y sería compensado mediante el procedimiento establecido en la cláusula 36 del contrato; el riesgo de un volumen superior al mínimo garantizado pero inferior al máximo aportante, fue asignado al contratista; y el riesgo de un volumen superior al máximo aportante, fue distribuido en favor de ambas partes en igual proporción.

¿Y la pregunta que cabe entonces formularse es si esa distribución de riesgos tiene que verse reflejada en el modelo financiero, incluyendo en él el tráfico real?

En la medida en que el riesgo de volumen de tránsito quedó repartido en los términos antes indicados, es claro que sus variaciones no pueden ser contabilizadas para efectos de la TIR pues de llegar a hacerse, la distribución de riesgos quedaría sin efecto. Recordemos, como se expuso anteriormente, que la interpretación correcta del modelo financiero debe consultar las demás

[557] Folios 114 y 115 del cuaderno de pruebas número 5.

estipulaciones del contrato y en particular debe preservar la distribución de los riesgos, máximo cuando ellos fueron expresamente asignados en una cláusula como sucede específicamente con el volumen de tráfico.

Consignar en el modelo financiero los valores reales para aquellos ítems que las partes pactaron como riesgo, es desconocer los efectos que tal pacto tiene, pues en lugar de que cada contratante asuma las consecuencias del evento incierto que asumió, se estaría trasladando ese riesgo a la otra en claro desconocimiento de la distribución acordada y obligatoria, y por sobre todo, de una de las causas que motivaron la celebración del contrato y que sirvieron de fundamento a su ingeniería financiera.

Si se acepta la petición contenida en la demanda de contabilizar el tráfico real en el modelo financiero, el contrato bien podría extenderse por muchos años más pues si el tráfico que efectivamente circuló en la realidad hubiera sido justo por encima del mínimo garantizado, la obtención de la TIR se desplazaría muchos años a futuro generando que un evento de riesgo expresamente asignado al concesionario, lo tuviera que asumir la entidad. Razonando en contrario se desconocería igualmente esa distribución contractual del riesgo si se considera que un gran volumen de tráfico generó la obtención de la TIR hace muchos años, pues el componente del riesgo también juega en beneficio de la parte que lo asume.

Y en este punto para el Tribunal es importante resaltar que la idea de que al momento exacto de obtención de la TIR este tipo de contratos debe terminarse, no puede constituirse en una verdad absoluta, pues si la obtención de la TIR se supera por eventos de riesgo que resultan beneficiosos a la parte, no por ello se está desequilibrando el contrato en contra de la otra. Desde la otra perspectiva, si vencido el plazo, la obtención de la TIR no se logra por eventos propios de riesgo de la parte que lo asumió, no se encontraría ésta legitimada para reclamar una extensión del plazo o una reparación económica, por cuanto no estaríamos ante una situación de desequilibrio contractual sino ante la ocurrencia de un alea de su negocio que no le corresponde asumirlo a la otra.

Por esas razones el Tribunal considera importante precisar que la determinación de un desequilibrio económico en este tipo de contratos de plazo fijo acompañado de una TIR consentida por las partes, no se determina exclusivamente por la obtención de la misma en un momento del tiempo sino que debe ser evaluado igualmente en función de los riesgos propios de cada contratante, pues se reitera, que no es lesivo para los intereses del Estado que el contratista obtenga un poco más de utilidad de la prevista si ello es resultado de un riesgo asumido por él, ni tampoco es lesivo para el contratista no haber obtenido la TIR si ello se produjo como consecuencia de un evento desfavorable asumido como riesgo por su posición contractual.

La distribución de riesgos implica entonces, en relación con este punto, que salvo en el evento de volumen de tránsito inferior al garantizado – por expresa estipulación contractual -, los efectos reales de las demás variaciones en los volúmenes de tránsito no pueden tener incidencia en el modelo financiero pues, de lo contrario, la distribución de riesgos, como ya se mencionó, quedaría sin efectos.

En esos términos, no podrá el Tribunal acceder a incluir en el modelo financiero el tráfico real como se solicita en la pretensión, y por ende se negará la solicitud general de incluirlo, así como aquellas que se encaminan a que se contabilice el tráfico real del peaje de Teletón y de los peajes Andes y Fusca.

### 6.3.2. La falta de inclusión en el modelo financiero de los ingresos generados por el peaje de Teletón entre noviembre de 2000 y diciembre de 2004.

En relación con este punto se indicó en la pretensión segunda de este grupo de peticiones que debía corregirse el modelo financiero por cuanto él "*solo proyectó ingresos generados por el peaje de Teletón desde 2005 mientras que el peaje de Teletón recaudó ingresos desde noviembre del año 2000".*

**Consideraciones del Tribunal**

Sobre el particular es importante resaltar que en el documento denominado "ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO DICIEMBRE DE 2005" que contiene las variables y factores tenidos en cuenta para efectos de actualizar el modelo financiero, en relación con los ingresos recibidos por el peaje referido se incluyó "*la suma de $572 millones corrientes equivalentes a $169 millones de mayo/94, que recibió el Concesionario en enero de 2005 correspondiente al 50% de los ingresos recaudados por el Peaje de Teletón*"

Significa lo anterior que no le asiste razón al reconviniente cuando manifestó que tales ingresos no fueron tenidos en cuenta en el modelo financiero y por lo tanto tampoco hay lugar a la prosperidad de la pretensión en lo que atañe a ese punto.

Finalmente, el Tribunal considera necesario precisar que, si bien en el alegato de conclusión la parte reconviniente al referirse a esta pretensión plantea que los ingresos referidos al periodo 2000 a 2004 fueron subvalorados, el contenido preciso de la pretensión, que en últimas es lo que debe resolver el Tribunal, textualmente es el siguiente:

> *"Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conlleva a corregir las siguientes deficiencias del modelo actual: a) el hecho de que no tuvo en cuenta los ingresos reales generados por el peaje de Teletón; b) el hecho de que el modelo solo proyectó ingresos generados por el peaje de Teletón desde 2005 mientras que el peaje de Teletón recaudó ingresos desde Noviembre del año 2000; c)el hecho de que los tráficos de los peajes Andes y Fusca tenidos en cuenta en el modelo son inferiores a los tráficos reales, y en general la subestimación del ingreso generado por el tráfico de la concesión."* (se subraya)

En esos términos, se observa que el fundamento expuesto en el alegato de conclusión – subvaloración del ingreso – es diferente al alcance de la pretensión – no contabilización del ingreso – y por ende la misma tendrá que negarse por las razones precedentemente expuestas.

En lo que se refiere a las pretensiones tercera y cuarta declarativas, y primera de condena de este acápite, y teniendo en cuenta que ellas son consecuenciales de las pretensiones primera y segunda que no prosperaran, el Tribunal habrá igualmente de negar las mismas y así lo declarará en la parte resolutiva de este laudo.

## 6.4. PRETENSIONES RELATIVAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACIÓN DE DEDUCCIONES NO PACTADAS ENTRE LAS PARTES POR CONCEPTO DE COSTOS DE OPERACIÓN, CUSTODIA Y TRANSPORTE DE VALORES DEL INGRESO ORIGINADO EN LOS PEAJES ANDES, FUSCA Y TELETÓN.

El contenido de este grupo de pretensiones, que será, al igual que las anteriores, estudiado de manera conjunta, es el siguiente:

> *"Que se declare que contractualmente se aprobó entre las partes la definición de una sobretarifa a cobrar en los peajes Andes, Fusca y Teletón con el ánimo de cubrir el déficit ocasionado al concesionario por demoras en la aprobación de tarifas de enero 2007 y vehículos con exenciones por la Ley 787.*

*"Que se declare que una vez cancelados estos valores, los saldos restantes debían alimentar la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO.*

***"**Que se declare que el concesionario realizó deducciones no pactadas entre las partes a los saldos referidos en la pretensión declarativa precedente, por concepto de costos de operación, custodia y transporte de valores.*

*"Que se declare que de acuerdo con las Actas de Aforo entregadas por la ANI y los informes de Fiducia, el concesionario está contractualmente obligado a reintegrar a la ANI la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario a partir de junio 21 de 2009.*

*"Que se declare que las situaciones referidas en la pretensión declarativa precedente, esto es, el no reintegro de la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario, subestima de manera importante los ingresos del concesionario, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TÍR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.*

*"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS UN MIL TRECIENTOS (Sic) TRES PESOS (S995.501.303) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley."*

## Consideraciones del Tribunal

En el acta suscrita por las partes en el mes de diciembre del año 2006, los contratantes reconocieron que a pesar de haberse concluido en 1999 la etapa de construcción y ser procedente la aplicación de la tarifa de operación a los usuarios del peaje a partir de esa fecha, por razones de carácter social y para evitar un impacto en los usuarios, no se efectuaría el cambio tarifario de manera inmediata sino que desde el mes de enero del año 2005, el Concesionario procedería a desmontar gradualmente el valor de las tarifas diferenciales.

Adicionalmente, en el año 2002, con la expedición de la Ley 797 se eximió del pago de peaje a los vehículos de la fuerza pública, policía judicial, etc., circunstancia que unida a la descrita anteriormente generó un menor ingreso al concesionario.

Como consecuencia de ello, en el año 2005, el concesionario incrementó las tarifas del peaje en un porcentaje superior al del IPC del año inmediatamente anterior, sin sobrepasar el 30% de ese índice, decisión que fue avalada en su momento por el INCO mediante oficio 1843 de 30 de noviembre de 2006 y que quedó igualmente recogida en el acta de diciembre de ese mismo año, como herramienta válida para aplicar lo previsto en la cláusula 36 del contrato, y de esa forma restablecer su ecuación económica.

En desarrollo de esos acuerdos, las partes celebraron los otrosíes de 7 de diciembre de 2006 y 19 de febrero de 2007, en virtud de las cuales acordaron que los mayores ingresos generados, tanto antes de la suscripción de tales documentos como con posterioridad a los mismos, como consecuencia de cobros adicionales a los usuarios categoría I y los incrementos de las tarifas superiores al IPC de los cuales dan cuenta tales adiciones, serían contabilizado por las partes como un abono de la entidad en favor del concesionario a la suma adeudada por concepto de menor valor recaudado por tarifas de peaje diferenciales o subsidiadas, exenciones de pago de la tasa de peaje y por el retardo en la entrada en vigencia de las tarifas entre el 7 y 17 de enero de 2006 y el 7 y el 15 de enero de 2007.

De esta forma, en las cláusulas primera y segunda del otrosí de 19 de febrero de 2007, las partes acordaron que el mayor valor sería contabilizado como abono en favor del concesionario, y en la cláusula primera del otrosí de 7 de diciembre de 2006, se convino también que ese mayor valor sería abonado para compensar las deficiencias de recaudo por ingresos de peaje derivadas de las tarifas diferenciales o subsidiadas, así como de las exenciones a la tasa de peaje, entre otros.

En esos términos, y teniendo en cuenta que la pretensión primera recoge parcialmente lo convenido por las partes, el Tribunal habrá de acceder a ella, aclarando que los conceptos que cubriría la sobre tarifa son los que se encuentran consignados en los adicionales de 6 de diciembre de 2006 y 19 de febrero de 2007.

En la petición segunda se solicita que se declare que una vez compensado el déficit ocasionado al concesionario por demoras en la aprobación de tarifas de enero 2007 y por el tránsito de vehículos con exenciones previstas en la Ley 787 de 2003, los saldos restantes debían alimentar la subcuenta del patrimonio autónomo denominada excedentes INCO.

Como se señaló, los excedentes derivados de la sobre tarifa de peaje no solo estaban destinados a cubrir el menor ingreso recibido por el concesionario como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 787 de 2003 y el retardo en la aprobación de las tarifas entre el 7 y el 15 de enero de 2007, sino también el menor valor recaudado por peaje consecuencia de tarifas diferenciales o subsidiadas derivadas del acta de concertación de 7 de enero de 1999 y de la resolución 017717 de 2002, así como por el aplazamiento del aumento de las tarifas del año 2006.

En ese sentido y en la medida en que la pretensión no contempla la totalidad de los conceptos a ser compensados con la sobre tarifa, no es posible acceder a la misma, pues de prosperar en los términos en que está planteada, se estaría declarando la existencia de un acuerdo distinto al que en efecto fue celebrado por las partes, y quedarían por fuera de esa declaración varios ítems que también debían ser pagados al contratista por ese medio.

En la pretensión tercera de este grupo se solicita se declare que "*el concesionario realizó deducciones no pactadas entre las partes a los saldos referidos en la pretensión declarativa precedente, por concepto de costos de operación, custodia y transporte de valores*".

Para resolver esta pretensión, el Tribunal considera necesario mencionar que, en los otrosíes de 7 de diciembre de 2006 y 19 de febrero de 2007, las partes pactaron en sus consideraciones decimoctava y vigésima respectivamente, una metodología para establecer el cálculo de las compensaciones que por virtud de las sobre tarifas habrían de pagarse al concesionario. No incluyeron los contratantes en esos acuerdos la posibilidad de que el concesionario redujera o descontara de los ingresos recibidos por ese concepto, costos de transporte y custodia de valores.

En el dictamen pericial contable rendido dentro del proceso, quedó evidenciado en las respuestas a la pregunta número 8 del primer informe y en la aclaración correspondiente, que efectivamente el concesionario realizó deducciones por esos conceptos. El análisis que efectuó el perito contador

sobre la base de las actas de aforo y de los excedentes de ingresos consignados en favor de la demandada, demuestra con claridad que el Concesionario, previamente a transferir a la ANI los recursos a los que tenía derecho, descontó la suma de $1.072.534.734 por concepto de transporte y custodia de valores, así como la suma de $17.160.554 por concepto de IVA sobre ese transporte, sin que estuviere contractualmente facultado para ello.

En esos términos, para el Tribunal es claro que se efectuaron por parte del concesionario unas deducciones no pactadas por las partes sobre los saldos transferidos a la ANI por concepto de excedentes de peaje y, en consecuencia, se accederá a la prosperidad de la pretensión y se declarará no probada, en lo que respecta a ella, la excepción denominada "*INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE SE PREDICAN NO ATENDIDAS*".

La pretensión cuarta del grupo de solicitudes que aquí se analiza, se encamina a que el Tribunal declare lo siguiente:

> "(…) *que de acuerdo con las Actas de Aforo entregadas por la ANI y los informes de Fiducia, el concesionario está contractualmente obligado a reintegrar a la ANI la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario a partir de junio 21 de 2009*".

Para resolver esta pretensión, el Tribunal habrá de remitirse nuevamente a la respuesta a la pregunta número 8 formulada al perito contable y a la aclaración posterior rendida por el mismo experto, de conformidad con las cuales, después de hacer un análisis de las actas de aforo y de los informes de la Fiduciaria, se concluye que, salvo en lo que se refiere a los descuentos de que trata la pretensión anterior, el Concesionario transfirió a la ANI la totalidad de las sumas de dinero recaudadas en los peajes, en acatamiento de su obligación contractual.

En efecto, en la aclaración solicitada por las partes al experto contador respecto de su respuesta a la pregunta número 8, el perito registró lo siguiente:

> *"En conclusión, el valor que ha debido consignarse por excedentes de tarifa o sobre tarifa a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, corresponde al valor de* ***$15.317.820.189,*** *($31.003.459.100 - $13.187.520.850 - $2.498.118.061) menos los descuentos por concepto de Transporte y Custodia de Valores (7%) por valor de* ***$ 1.072.534.734****; el IVA del Transporte y custodia de valores (1.6%) por valor de* ***$ 17.160.554,*** *esto es,* ***$14.228.124.901,*** *que comparado con el valor efectivamente trasladado a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, resulta una diferencia por mayor valor trasladado a la Agencia Nacional de Infraestructura–ANI de* ***$4.104.42 (ver cuadro página 23)"***

Esa conclusión, la ilustra adicionalmente el experto con el cuadro contenido a folio 21 de sus aclaraciones, de la siguiente manera:

| **DESCRIPCIÓN** | **VALOR** |
|---|---|
| Excedentes de Tarifas11 | 31.003.459.100 |
| **Menos:** Menores Valores Compensados al Concesionario - Devinorte12 | 13.187.520.850 |
| **Menos**: Intereses Corrientes, de Mora y Actualización Pagados al Concesionario **(*)** | **2.498.118.061** |
| **SUBTOTAL** | **15.317.820.189** |
| **Menos:** Transporte y Custodia de Valores **7%13** | 1.072.534.734 |
| **Menos:** IVA Transporte y Custodia de Valores **1.6%14** | 17.160.554 |
| **VALOR NETO A TRASLADAR A LA ANI** | **14.228.124.901** |
| **Menos:** Valor Trasladado Efectivamente a la ANI15 | 14.232.229.324 |
| **MAYOR VALOR TRASLADADO A LA ANI** | **-4.104.423** |

Las anteriores conclusiones del experto, no fueron controvertidas por ninguna de las partes por lo cual constituyen para el Tribunal, prueba suficiente de que no existen excedentes de peaje pendientes de transferir en favor de la convocada, y en consecuencia, el Tribunal habrá de negar la prosperidad de la pretensión aquí analizada y se accederá, en consecuencia, a declarar parcialmente probada la excepción denominada "*INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE SE PREDICAN NO ATENDIDAS*".

A renglón seguido, en este grupo de pretensiones, la reconviniente solicita lo siguiente:

> *"Que se declare que las situaciones referidas en la pretensión declarativa precedente, esto es, el no reintegro de la diferencia entre el recaudo total de los peajes y lo realmente consignado por el concesionario, subestima de manera importante los ingresos del concesionario, conduciendo a que se subestime la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*
>
> *"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TÍR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero."*

Teniendo en cuenta que estas peticiones se encuentran estrechamente relacionadas con la pretensión inmediatamente anterior y que son consecuenciales de ella, la no prosperidad de la primera conlleva igualmente a que éstas no puedan abrirse paso, en atención a que al haberse traslado la totalidad de los recursos provenientes de exceso de peaje, excepción hecha de los descuentos indebidos, no estamos ante un desequilibrio del contrato como se solicita en las pretensiones sino que lo ocurrido constituye un incumplimiento del mismo por lo cual no hay lugar a acceder a una declaratoria de desequilibrio ni al correspondiente ajuste del modelo financiero.

Correrá una suerte distinta la pretensión subsiguiente, pues en la medida en que el Tribunal ha encontrado que existe de parte del concesionario un incumplimiento de sus obligaciones consistente en haber efectuado descuentos respecto de los cuales no estaba autorizado, resulta procedente condenar a la parte convocante al pago de esas sumas de dinero indebidamente descontadas, las cuales en los términos del dictamen pericial contable ascienden a la suma total de $1.089.695.288. Así, en la parte resolutiva de esta providencia, se ordenará a la demandada en reconvención el pago de la referida suma, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, accediéndose de esta forma a la prosperidad de la pretensión formulada para el evento en que el Tribunal no accediera al ajuste del plazo de la concesión.

## 6.5. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACIÓN DE INGRESOS POR PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN

En este grupo de solicitudes de la demanda de reconvención, la Agencia Nacional de Infraestructura, solicita que el Tribunal declare lo siguiente:

> *"Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*"Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*"Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*"Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.*

*"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de DOS MIL SEICIENTOS* (Sic) *VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS ($2.628.913.074) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO. y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley".*

## Consideraciones del Tribunal

Para resolver este grupo de solicitudes el Tribunal considera suficiente remitirse a los acuerdos contenidos en la conciliación parcial surtida durante el curso de este proceso, en la cual específicamente los contratantes convinieron, en el numeral 1.3 de la cláusula segunda, lo siguiente:

"*1.3. Imputar como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón) y los que se perciban por este concepto hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, cifra que será certificada por la Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y de lo que en adelante se perciba"*

No existe entonces controversia entre las partes en relación con el hecho de que el concesionario ha percibido ingresos derivados de publicidad utilizando los activos concesionados, y por ende al contrario de lo ocurrido en relación con varias pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal encuentra que existe por parte de los únicos sujetos facultados para ello, un acuerdo que modifica el modelo financiero, incluyendo en él una nueva variable consistente en los ingresos provenientes de la publicidad.

No puede en consecuencia el Juez obrar de manera distinta a lo que los contratantes voluntariamente acordaron, y por ende se accederá a la prosperidad de las pretensiones que aquí se estudian, precisando que los efectos de esos ingresos en el modelo financiero, se incluirán en el capítulo conclusivo correspondiente, a fin de establecer, con las demás variables analizadas en esta providencia, el efecto final de lo ocurrido con el plazo de la concesión.

## 6.6. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE LA UNIÓN TEMPORAL DE REPORTAR Y TRANSFERIR AL CONCEDENTE LOS INGRESOS DEL PEAJE DE TELETÓN A LOS QUE TIENE DERECHO

En este grupo de pretensiones la demandante en reconvención solicita que se declare lo siguiente:

> *"SEXTA.- Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los Ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, al haber hecho deducciones que no cuentan con justificación alguna, como tampoco ha cumplido con la obligación de trasladar a la ANI los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.*
>
> *"SÉPTIMA.- Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 50% de los ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión No. 664-94 de 12 de diciembre de 2004, ni para destinar el restante 50% a usos o destinaciones diferentes a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993.*
>
> *"SEGUNDA (DE CONDENA).- Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($6.652.136.547), según liquidación efectuada por la Interventoría del Contrato, o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de: (…) b) el costo de oportunidad de los recursos del recaudo por el peaje Teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993, los que han debido quedar en su oportunidad a disposición de la ANI, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas o actualizadas hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley".*

### Consideraciones del Tribunal

Dentro del marco del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes en el curso del proceso, los contratantes se ocuparon específicamente de este tema, el cual en la reconvención inicial estaba conformado por un grupo más extenso de pretensiones que quedaron reducidas a las anteriormente citadas.

Como justificación de ese acuerdo, las partes manifestaron que "*los reportes y traslado del 50% de los recaudos de las tarifas en el sitio de recolección conocido con el nombre de Teletón sí han sucedido. Igualmente han constatado que de ese 50% ha sido descontado el costo representativo del recaudo, custodia y trasiego de los ingresos embolsados, asunto este último sobre el que permanece la disputa entre convocantes y convocada".*

Queda entonces claro para el Tribunal que la discusión en torno a este punto se restringe exclusivamente a que se establezca la legitimación que tenía el concesionario para efectuar los descuentos por concepto de recaudo, custodia y transporte de los ingresos, así como sus consecuentes efectos económicos. Igualmente, de conformidad con el contenido de la pretensión enumerada como séptima, en concordancia con lo contenido en el numeral 1.11 de la cláusula

segunda del acuerdo conciliatorio, corresponde al Tribunal definir la destinación del 50% según el artículo 22 de la ley 105 de 1993. Se trata de dos supuestos incumplimientos que, si bien son tratados por el reconviniente de manera conjunta, el Tribunal, por tratarse de obligaciones distintas, las abordará de manera separada.

De conformidad con lo manifestado en el referido acuerdo conciliatorio, no existe discusión entre las partes en el hecho de que los recursos se están trasladando por parte del concesionario. Discute la reconviniente el hecho de que se han efectuado descuentos indebidos por unos conceptos que en su dicho no fueron convenidos ni autorizados por las partes.

El otrosí de fecha 16 de diciembre de 2004 en el cual los contratantes regularon todo lo referente al manejo de los recursos recibidos en el peaje denominado Teletón, se dispuso en la cláusula primera lo siguiente:

> "*CLÁUSULA PRIMERA: Los ingresos que se hayan generado con anterioridad a la fecha de este adicional, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la resolución No. 03084 de octubre 25 de 2000, expedida por el Ministerio de Transporte y que se encuentran depositados en el CLIP PEAJE TELETÓN, en Fiducolombia S.A. se distribuirán por partes iguales entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y el CONCESIONARIO.*
>
> *"PARÁGRAFO: De su valor* ***neto*** *certificado al momento de que se proceda a hacer su distribución, se descontará por mitades el valor erogado con destino a la construcción de las obras de infraestructura de casetas de recolección del peaje situado en el 'Puente Curvo Teletón', a que dice relación el adicional contractual firmado el 7 de julio de 2004*". (se resalta)

Y en la cláusula segunda se acordó lo siguiente:

> "*CLÁUSULA SEGUNDA: Los ingresos que se generen con posterioridad a la fecha de este adicional, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la Resolución No. 03084 de octubre 25 de 2000, expedida por el Ministerio de Transporte, en Fiducolombia S.A. se distribuirán por partes iguales entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y el CONCESIONARIO."*

Esas previsiones contractuales contemplan que los ingresos provenientes del peaje de Teletón serían distribuidos en partes iguales entre el concesionario y la concedente, sin que en ellas se haya acordado o facultado descuento alguno. Por el contrario, llama la atención del Tribunal el hecho de que en lo que se refiere a los dineros destinados para la construcción de las obras de infraestructura de casetas de peaje, las partes sí acordaron que la distribución se haría a partir del valor neto de los ingresos, lo cual implica que eran plenamente conscientes de que en relación con esos últimos dineros sí había lugar a que se hicieran algunos descuentos.

El cotejo de la redacción del parágrafo con la redacción de las cláusulas primera y segunda, pone en evidencia que solamente en relación con los ingresos obtenidos hasta el año 2004 y destinados específicamente a la construcción de la obra de peaje, las partes entendieron que podía haber descuentos. En relación con los demás, no precisaron si la distribución entre ellas se haría sobre ingresos netos o ingresos brutos ni tampoco – se reitera - acordaron la posibilidad de descuentos, lo cual lleva al Tribunal a la conclusión de que los valores que se entregarían a la entidad contratante no debían ser objeto de deducción alguna.

Así, resulta inobjetable que el concesionario no se encontraba facultado contractualmente para deducir de los ingresos del peaje costos de administración o transporte y, en consecuencia, estando las partes de acuerdo en que esas deducciones efectivamente se realizaron, tal y como se registró en el acuerdo conciliatorio, habrá de abrirse paso la pretensión de declaratoria de incumplimiento,

negándose la prosperidad de la excepción denominada "*INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE SE PREDICAN NO ATENDIDAS*", en relación con este tema.

Ahora bien, en el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial contable, y más concretamente en las respuestas a la pregunta número 4 del dictamen inicial, el perito contador estableció que *"Al comparar el valor total a consignar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI con los traslados o consignaciones efectuadas a favor de la misma, se obtiene el siguiente resultado:*

| | |
|---|---|
| *Valor Total a Trasladar a favor de la ANI (50%)* | *9.158.095.146* |
| *Menos: Total Traslados a Favor de la ANI* | *8.971.371.808* |
| *VALOR PENDIENTE POR TRASLADAR* | *186.723.338* [558] |

No obstante lo anterior, revisada la pretensión de condena, en ella no se solicita el pago de la suma dejada de consignar por el Concesionario a la ANI, como consecuencia de deducciones a los ingresos del peaje de Teletón y, por lo tanto, a pesar de encontrarse demostrada la cuantía, no se podrá condenar a su pago.

En efecto, la pretensión de condena, que conforme al acuerdo conciliatorio se mantuvo en relación con este punto, fue la siguiente:

> *"Que se CONDENE a La Parte Demandante a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($6.652.136.547), según liquidación efectuada por la Interventoría del Contrato, o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de: (…) b) el costo de oportunidad de los recursos del recaudo por el peaje Teletón* ***que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la Ley 105 de 1993****, los que han debido quedar en su oportunidad a disposición de la ANI, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas o actualizadas hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley".* (se resalta)

Obsérvese que en ella solo se solicita la condena al pago por el costo de oportunidad de los recursos del recaudo del peaje de teletón que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, incumplimiento diferente al que aquí se analiza.

En lo que se refiere a las pretensiones relativas al supuesto incumplimiento del contratista de trasladar a la ANI "*los recursos del recaudo que excedan lo destinado a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, en los términos previstos por el artículo 22 de la ley 105 de 1993*", debe resaltarse que ningún hecho de la demanda de reconvención se encamina a sustentar tales pretensiones, al tiempo que en el alegato de conclusión al hacerse referencia a esta pretensión, la ANI se limita a exponer argumentos relacionados con la sobre tarifa del peaje, tema que ya fue estudiado en otro capítulo y cuyas pretensiones ya fueron resueltas. No se encuentran pues ni en la demanda, ni en el alegato de conclusión, fundamentos fácticos o teóricos en relación con esta obligación específica. Tampoco encuentra el Tribunal prueba del supuesto incumplimiento y en consecuencia habrá de negar las pretensiones en lo pertinente.

## 6.7. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA DIFERENCIA ENTRE LAS FECHAS EN QUE SE EJECUTARON LAS OBRAS Y LAS PREVISTAS DE INVERSIÓN EN EL MODELO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[558] Folio 14 de las aclaraciones al dictamen pericial contable.

El conjunto de pretensiones que aquí se analiza está planteado en la reconvención de la siguiente manera:

> *"Que se declare que existen diferencias entre las fechas en que se ejecutaron las obras y las fechas previstas de inversión en el modelo económico del contrato de acuerdo con la actualización del modelo financiero aprobado en diciembre de 2005 con comunicación DVNB-203-13 de enero 28 de 2013, presentándose con ello los desplazamientos de inversión que se evidencian en el siguiente cuadro, o los que se prueben en el proceso:*
>
> */…/*
>
> *"Que se declare que el desplazamiento de las inversiones impone la necesidad de actualizar el modelo de diciembre de 2005 con las obras y fechas relacionadas en los cuadros anteriores.*
>
> *"Si el tribunal dictamina que hay que hacer los ajustes de obra, solicito declare que estas reprogramaciones tienen impacto sobre la rentabilidad del concesionario, derivado del aplazamiento de inversiones.*
>
> *"Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico originado en los desplazamientos mediante la actualización del modelo financiero.*
>
> *"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato si a ello hubiere lugar, y que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley."*

## Consideraciones del Tribunal

En relación con el tema de las obras ejecutadas y el desplazamiento de las fechas de las inversiones correspondientes a ellas, el Tribunal ya efectuó un pronunciamiento al abordar el estudio de las pretensiones de la demanda principal. Vale la pena recordar que obran en el expediente dos pruebas fundamentales que permiten resolver las pretensiones aquí analizadas. La primera de ellas la constituye el dictamen pericial de ingeniería en el que se recogen las fechas de ejecución efectiva de las obras, prueba que sirvió a su turno de insumo para que el perito financiero pudiera establecer con certeza los valores correspondientes a las inversiones, en las fechas en las que efectivamente se realizaron y su impacto en el modelo financiero.

En su dictamen inicial y posteriormente en el documento de respuesta al auto de 13 de julio de 2016 entregado por el perito financiero el 19 de julio del mismo año, se presentó un cuadro que recoge de manera clara la fecha de desplazamiento de las inversiones y que, aplicado al modelo financiero entregado como anexo del mismo dictamen, refleja los efectos que ese desplazamiento de las inversiones tuvo en la obtención de la TIR. El cuadro es el siguiente[559]:

[559] Ver anexo 7 del documento de 19 de julio de 2016, hoja P3D910A CAPEX IMPUT. En relación con ese cuadro, el Tribunal precisa que solo por razones de claridad, en el ítem "*Box Unisabana – Paradero*", se registró un valor de $0 por haber quedado excluido en el acuerdo conciliatorio y se introdujo el concepto "*ampliación del Puente Sobre el Río Bogotá*", los cuales no modifican los resultados del modelo.

| CONCEPTO | MODELO 2005 | | | | RESPUESTA 2 - EXTENSIÓN AL DICTAMEN TÉCNICO | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **CONCEPTO DE INVERSIÓN / OBRA** | **Valor (COPs Miles May/94)** | **Estado** | **Desde** | **Hasta** | **Valor (COPs Miles May/94)** | **Estado** | **Desde** | **Hasta** |
| **Tramo I** | | | | | | | | |
| Obra Basica, Complementarias, Adicionales y Mayores Cant. de Obra | 53.883.653 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | 53.883.653 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| Items No Previstos (miles $ mayo/94) | 7.091.565 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | 7.091.565 | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| **Costo Total** | **60.975.218** | | | | **60.975.218** | | | |
| **Obras de Renivelación** | **192.851** | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 | **192.851** | EJECUTADA | nov-95 | abr-99 |
| **Otras Obras Tramo I** | | | | | | | | |
| Puente Teleton | 876.747 | EJECUTADA | ene-00 | ago-00 | 876.747 | EJECUTADA | ene-00 | ago-00 |
| Zona Fibrit | 26.309 | EJECUTADA | dic-00 | dic-00 | 26.309 | EJECUTADA | dic-00 | dic-00 |
| **Costo Total** | **903.056** | | | | **903.056** | | | |
| **Otras Obras Pendientes Tramo I** | | | | | | | | |
| Box Unisabana - Paradero | 42.431 | POR EJECUTAR | jul-06 | dic-06 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Ampliación del Puente Sobre el Río Bogota | | | | | 146.300 | EJECUTADA | ene-14 | jun-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía | 223.243 | POR EJECUTAR | ene-12 | jun-12 | 291.178 | EJECUTADA | mar-12 | sep-14 |
| Ampliación La Caro - Centro Chía (Tercer Carril terminación) | | | | | 123.295 | EJECUTADA | sep-14 | sep-14 |
| Ampliación Viaducto La Caro | 810.100 | POR EJECUTAR | abr-08 | mar-09 | 2.735.930 | EN EJECUCIÓN | jun-16 | jul-17 |
| **Costo Total** | **1.075.774** | | | | **3.296.703** | | | |
| **Obras Solicitadas por la Comunidad** | | | | | | | | |
| Avenida Pradilla | 581.317 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 | 559.918 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 |
| Obras Predios | | | | | 21.399 | EJECUTADA | ago-97 | abr-99 |
| Estudio Variante Hato Grande | 67.389 | EJECUTADA | sep-00 | oct-00 | 67.389 | EJECUTADA | sep-00 | oct-00 |
| **Costo Total** | **648.706** | | | | **648.706** | | | |
| **Obras Ambientales** | | | | | | | | |
| Tierra negra y Arborización | 47.438 | EJECUTADA | feb-01 | mar-01 | 47.438 | EJECUTADA | feb-01 | mar-01 |
| Construcción Cicloruta | | | | | 163.156 | EJECUTADA | mar-14 | oct-14 |
| Construcción Cicloruta | 165.471 | POR EJECUTAR | ene-12 | jun-12 | 111.549 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | ene-17 |
| **Costo Total** | **212.909** | | | | **322.143** | | | |
| **Tramo II** | | | | | | | | |
| Variante Cajicá (GL) | 7.663.135 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 7.403.269 | EJECUTADA | jun-04 | abr-06 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Zue) | | | | | 86.625 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | dic-16 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal Rincon Santo) | | | | | 86.625 | EJECUTADA | mar-13 | feb-14 |
| Variante Cajicá (Puente Peatonal El Misterio) | | | | | 86.625 | EJECUTADA | may-13 | abr-14 |
| Recuperación Cra 6a - Vte Cajica | 300.000 | EN EJECUCIÓN | feb-06 | jun-06 | 231.038 | EJECUTADA | feb-06 | jun-06 |
| Redes de Servicios - Vte Cajica | 534.783 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 475.398 | EJECUTADA | jun-04 | mar-06 |
| Jarillon - Vte Cajica | 76.465 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 109.746 | EJECUTADA | jun-05 | mar-06 |
| Construcción Cicloruta | 717.041 | EN EJECUCIÓN | jun-04 | mar-06 | 672.382 | EJECUTADA | jun-04 | ago-05 |
| Box peatonal El Redil | | | | | 31.723 | EJECUTADA | ago-05 | sep-05 |
| Capellanía - Zipaquira | 8.391.905 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 9.041.053 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Capellanía - Zipaquira (5 cm) | | | | | 392.421 | EJECUTADA | ago-13 | oct-13 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Vahicular Santa Ana) | | | | | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Capellanía - Zipaquira (Puente Peatonal Refisal-Santana) | | | | | 86.563 | EN EJECUCIÓN | jul-16 | dic-16 |
| Modificación sustancial diseño | | | | | 907.796 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Vte Portachuelo | 3.669.800 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 5.603.140 | EJECUTADA | ene-06 | sep-09 |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Modificación sustancial diseño Vte Portachuelo | | | | | 3.564.527 | EJECUTADA | ene-06 | sep-09 |
| **Otras Obras Variante Cajicá** | | | | | | | | |
| Puente Cajicá - Hatogrande | 630.300 | POR EJECUTAR | may-09 | dic-09 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Paso a Nivel Zue | 61.543 | POR EJECUTAR | feb-06 | jul-06 | 61.543 | POR EJECUTAR | mar-15 | ago-15 |
| Puente Línea Ferrea | 1.704.247 | POR EJECUTAR | abr-10 | feb-11 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| Diseño Puente Linea Ferrea | | | | | 39.997 | EJECUTADA | dic-05 | dic-05 |
| Puente Capellanía | 527.821 | POR EJECUTAR | dic-10 | may-11 | 0 | EXCLUIDA EN OTROSÍ 60 | ene-00 | ene-00 |
| **Otras Obras** | | | | | | | | |
| Compensación vegetación | 135.659 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 135.659 | EJECUTADA | ene-06 | dic-07 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | 1.167.833 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 4.404.429 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Cicloruta Capellania - Zipaquira | | | | | 429.269 | EJECUTADA | may-10 | feb-12 |
| Otras Obras Capellania - Zipaquira | 1.802.750 | POR EJECUTAR | ene-06 | dic-07 | 3.608.270 | EJECUTADA | feb-07 | abr-10 |
| Peatonal Teleton | 350.802 | POR EJECUTAR | feb-06 | jul-06 | 409.958 | EJECUTADA | feb-07 | ago-07 |
| Accesos Parque Sopo | 70.870 | EJECUTADA | oct-04 | oct-04 | 70.870 | EJECUTADA | oct-04 | oct-04 |
| Peatonal Restaurante Colombia | 67.890 | POR EJECUTAR | mar-06 | jul-06 | 97.383 | EJECUTADA | mar-12 | ago-12 |
| Espacio público peatonal Colombia | | | | | 87.048 | EJECUTADA | mar-12 | ago-12 |
| **Costo Total** | **27.872.841** | | | | **38.123.356** | | | |
| **Obras Complementarias Otrosi** | | | | | | | | |
| Zona Lomitas | 158.746 | EJECUTADA | sep-02 | mar-03 | 158.741 | EJECUTADA | sep-02 | mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 18.418 | EJECUTADA | mar-03 | mar-03 | 18.418 | EJECUTADA | mar-03 | mar-03 |
| Diseño Cicloruta | 14.735 | POR EJECUTAR | nov-05 | ene-06 | 14.735 | EJECUTADA | feb-13 | sep-13 |
| Rehabilitación Capellanía - Zipaquirá | 750.000 | EJECUTADA | ene-02 | mar-02 | 749.978 | EJECUTADA | ene-02 | mar-02 |
| Peatonal Unisabana | 100.625 | EJECUTADA | nov-02 | abr-03 | 100.000 | EJECUTADA | nov-02 | abr-03 |
| Retorno Peaje Andes | 96.000 | EJECUTADA | ene-05 | mar-05 | 142.217 | EJECUTADA | ene-05 | mar-05 |
| **Costo Total** | **1.138.523** | | | | **1.184.089** | | | |
| **Total Obra Ejecutada** | **63.961.927** | | | | **105.646.122** | | | |
| **Total Obra en Ejecución** | **9.291.423** | | | | **-** | | | |
| **Total Obra Faltante** | **19.766.528** | | | | **0** | | | |
| **TOTAL COSTOS DE INVERSIÓN (CONSTRUCCIÓN)** | **93.019.879** | | | | **105.646.122** | | | |

El análisis efectuado por el experto financiero en relación con las obras arrojó la siguiente conclusión:

> "*Como se puede observar, el cronograma de inversiones ejecutadas por el Concesionario relacionado en el Dictamen Técnico resulta en un valor total mayor al incluido en el Modelo de 2005 por COPs 14.375 MM de pesos de mayo de 1994.*
>
> *"Así mismo, aunque en los dos cronogramas la primera fecha de inicio de ejecución de las obras es noviembre de 1995, las fechas de finalización difieren. Así, en el cuadro de ejecución de real proceder indicado en el Dictamen Técnico la totalidad de las obras estarían finalizadas en Julio de 2017, es decir 61 meses después frente al considerado en el Modelo de 2005"*[560].

Constituyen las anteriores pruebas una demostración clara de que, en efecto, y como se solicita en la pretensión, existen diferencias entre las fechas en que se ejecutaron las obras y las fechas previstas de inversión en el modelo económico del contrato, de diciembre de 2005.

[560] Ver folios 79 y 80 dictamen financiero consolidado.

Sin embargo, como lo concluye el perito en su documento de 19 de julio de 2016, la aplicación al modelo financiero de los egresos por concepto de inversiones ejecutadas incluyendo las fechas de esas ejecuciones y sus valores, genera un desplazamiento de la fecha para alcanzar la TIR de 19 a 20 meses, contabilizados desde noviembre de 2016[561].

En esas circunstancias, el Tribunal habrá de acceder parcialmente a las pretensiones que aquí se estudian, en el sentido de que efectivamente se dieron desplazamientos en las fechas de las inversiones previstas en el modelo financiero de 2005, pero no se podrá acceder a que esos desplazamientos generen reducción del término contractual pues la cantidad de obras y sus fechas de ejecución, muy por el contrario, conllevan una extensión del plazo contractual en los términos expuestos en los dictámenes periciales mencionados.

## 6.8. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LAS SUMAS RECONOCIDAS AL CONCESIONARIO POR TARIFAS DIFERENCIALES, APLAZAMIENTO EN INCREMENTO DE TARIFAS Y APLICACIÓN DE LA LEY 787 DE 2002

El grupo de pretensiones que en este punto se analiza es el siguiente:

> *"Que se declare que de conformidad con los documentos contractuales del 7 de diciembre de 2006 y del 19 de febrero de 2007, las tasas cobradas por encima de la tarifa contractual, debían destinarse al pago de déficit en tarifas y los excedentes generados.*
>
> *"Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%*
>
> *"Que se declare que con base en los antecedentes y de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, los vehículos regidos por la ley 787 del 2012 y categorías especiales deben ser reconocidos al Concesionario.*
>
> *"Que se declare que a la fecha la ANI no tiene cuentas por pagar por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas y Ley 787 de 2002, conceptos por los cuales la ANI canceló todas sus obligaciones contractuales el 20 de junio de 2009.*
>
> *"Que se declare que como mecanismo de pago por parte del Estado para cubrir los déficit de tarifas (Ley 787, categorías especiales y demoras en la actualización tarifaria) se definió un incremento de tarifas de acuerdo con la metodología descrita en el Acta de Acuerdo y Modificación al Contrato de Concesión del 7 de diciembre de 2006, a ser aplicado a partir del 7 de enero de cada año.*
>
> *"Que se declare que las sumas que debieron ser reconocidas al Concesionario por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas, Ley 787 de 2002, son las siguientes: a) el Valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de las tarifas diferenciales en los peajes de Andes y Fusca, durante el periodo comprendido entre el 1 de Enero de 2000 y el 31 de Diciembre de 2009; b) Adicionado por el valor dejado de recaudar por el Concesionario por aplicación de los dispuesto en la Ley 787 de 2002 y la resolución 17717 del 5 de Noviembre de 2002; c) Adicionado el valor dejado de recaudar por el aplazamiento de! cobro de las tarifas hasta el 17 de Enero de 2006 y 17 de Enero de 2007, y d) Deducido el valor recaudado por el mayor valor cobrado en las tarifas de peaje en los años 2000 a 2009.*

[561] Tabla 1 folio 100 documento de respuesta al auto de 13 de junio de 2016 elaborado por el perito Financiero

*"Que se declare que a partir del 20 de junio de 2009 se han generado saldos a favor de la ANI, que de acuerdo con las Actas de Aforo del proyecto de concesión Devinorte, estaciones de peaje Andes, Fusca y Teletón a 31 de diciembre de 2013 ascienden a $10.743.500.300 en pesos de diciembre de 2013.*

*"Que se declare que el Concesionario se ha beneficiado por la demora en el pago de los recursos que debe consigna' a favor de la ANI, en la medida que esos recursos los ha utilizado como si fuesen aportes del Estado, haciendo más eficiente su estructura de capital/deuda, y a su vez, porque la demora en los pagos le ha permitido percibir ingresos adicionales por rendimientos de esos recursos no girados.*

*"Que se declare que el Concesionario ha cobrado costos por la consignación de los excedentes a favor de la ANI, descontando de los excedentes a girar a favor de la ANI un 7% por costos de operación, custodia y transporte de valores a lo cual seguidamente le aplica un IVA de 1,6%.*

*"Que se declare que el Concesionario sólo tenía autorización contractual para descontar el 50% de los costos de construcción de las instalaciones del peaje, por lo que con los descuentos adicionales ha obrado contra lo establecido en el Contrato.*

*"Que se declare que los saldos a favor la ANI generados por la diferencia entre los montos que han debido trasladarse a la subcuenta excedentes versus los que efectivamente se ha trasladado, incluyendo sus rendimientos, son los siguientes:*

c) *Por los Peajes Andes y Fusca, según las Actas de Aforo a diciembre de 2013 la ANI cuenta con un saldo a favor por valor de $10.743.500.300, pero según los informes de Fiducia, el Concesionario ha consignado a la fiduciaria a diciembre de 2013 un total de $8.623786.369, generándose una diferencia de $213.197.069 constantes de mayo de 1994, para el periodo comprendido entre 2009 y 2013.*

*Con base en el peritaje financiero de EY de 7 de marzo de 2014:" Según las Actas de Aforo, a diciembre de 2013 la ANI cuenta con un saldo a favor por valor de $10.743.500.300. Por otro lado, y según los informes de Fiducia, el Concesionario ha consignado a la fiduciaria a diciembre de 2013 un total de $8.623.786.369, generándose una diferencia de $213.197.069 constantes de mayo de 1994."*

d) *Por el Peaje Teletón, de acuerdo con las Actas de Aforo en donde se certifican los ingresos reales por recaudo de peaje de noviembre de 2000 a diciembre de 2013, y por otro lado, los informes de Fiducia en donde se evidencian los excedentes consignados por el Concesionario, se genera una diferencia a favor de la ANI por valor de S782.304.234 constantes de mayo de 1994.*

*"Que se declare que de acuerdo con las actas de aforo, los recaudos del peaje Teletón no han sido incluidos en los cálculos de Ingreso Garantizado y Máximo Aportante.*

***"**Que por causa de las pretensiones declaratorias precedentes, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS UN MIL TRECIENTOS TRES PESOS ($995.501.303) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro[562] o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley."*

[562] La suma debe actualizarse a la fecha de pago considerando que este cálculo se realizó para pago en febrero de 2014

## Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta que los fundamentos fácticos en los que reposa este grupo pretensiones son los mismos sobre los que se edificaron las pretensiones agrupadas bajo el numeral 4.2.4.1, el Tribunal se remitirá a los argumentos expuestos para resolver estas últimas, y procederá simplemente, sobre la base de lo allí concluido, a efectuar las precisiones necesarias para terminar de resolver lo planteado en este acápite de la reconvención.

Como se mencionó, en las cláusulas primera y segunda del otrosí de 19 de febrero de 2007, las partes acordaron que el mayor valor de la sobre tarifa sería contabilizado como abono en favor del concesionario, y en la cláusula primera del otrosí de 7 de diciembre de 2006, se convino también que ese mayor valor sería abonado para compensar las deficiencias de recaudo por ingresos de peaje derivadas de las tarifas diferenciales o subsidiadas, así como de las exenciones a la tasa de peaje, entre otros. Esa conclusión llevó a declarar la prosperidad de la pretensión primera del numeral 4.2.4.1 y por ser ella casi idéntica a la primera del numeral 4.2.7.1, se accederá igualmente a la prosperidad de esta última, en la medida en que en los otrosíes antes mencionados se convino que la sobre tarifa sería destinada, en primer lugar, a pagar el déficit en las tarifas producto de los hechos antes narrados.

En igual sentido, el estudio del contenido de los otrosíes de diciembre de 2006 y de febrero de 2007, le abre paso a la prosperidad de las pretensiones enumeradas como tercera, quinta y sexta del numeral 4.2.7.1 por cuanto las mismas simplemente buscan del Tribunal una declaratoria de que el mecanismo de la sobre tarifa se implementó para que el concesionario pudiera recibir los ingresos que había dejado de percibir como consecuencia de las tarifas diferenciales o subsidiadas, del aplazamiento del incremento de tarifas y de las previsiones de la Ley 787 de 2002.

En la pretensión segunda de este grupo de solicitudes, la reconviniente solicita que el Tribunal declare que los ingresos provenientes de la sobre tarifa "*afectan de manera positiva la rentabilidad del proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada (…)*".

Para resolver esta solicitud, el Tribunal considera importante reiterar que el origen de la sobre tarifa obedeció a que en determinados periodos del contrato al concesionario no le fue permitido ajustar el monto de la tarifa de los peajes por razones de conveniencia social, y que en otros casos la Ley creó exenciones que no estaban previstas al inicio de la relación negocial. Como mecanismo para compensar esas reducciones en los ingresos fue que las partes convinieron el cobro de sobre tarifas por lo cual no le asiste razón a la demandante en reconvención en el sentido de que sea correcto afirmar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del proyecto.

El enfoque que se plantea en la demanda de reconvención, parte de la base de que el concesionario tuvo mayores ingresos por concepto de la sobre tarifa, lo cual resulta equivocado pues lo que se buscó con esa herramienta fue compensar una baja de los mismos más no una generación de nuevos o adicionales ingresos. Visto lo ocurrido, resulta correcto afirmar que la sobre tarifa permitió al concesionario recuperar aquellos ingresos no percibidos con anterioridad, pero la forma como ella se implementó y los límites que a la misma las partes impusieron, implicaron simplemente que el concesionario recibió el volumen de ingresos que ha debido recibir si no se hubieran retrasado los incrementos a las tarifas de peaje o no se hubieran creado las exenciones legales.

No se trata entonces de que la sobre tarifa haya generado una mayor cantidad de ingresos a la prevista, sino que se constituyó en un mecanismo adicional de compensación, convenido por los contratantes, que buscó garantizarle al concesionario el flujo de ingresos esperados, sin que por ello pueda decirse que sus ingresos se incrementaron.

De esta forma, no se accederá a declarar que los ingresos provenientes de sobre tarifas afectaron la rentabilidad del proyecto ni que ellos deban ser tenidos en cuenta para efectos del cálculo de la tasa interna de retorno pues su causa, se reitera, fue simplemente compensar lo no recibido, es decir, mantener el flujo de ingresos del proyecto.

Solicita adicionalmente la reconviniente que el Tribunal declare que "*no tiene cuentas por pagar por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas y Ley 787 de 2002, conceptos por los cuales la ANI canceló todas sus obligaciones contractuales el 20 de junio de 2009*".

Tal y como quedó expuesto en capítulo precedente, en la respuesta a la pregunta número 8 formulada al perito contable y en su aclaración posterior, se concluyó que, salvo en lo que se refiere a los descuentos por transporte e IVA, el Concesionario transfirió a la ANI la totalidad de las sumas de dinero recaudadas por sobre tarifa. El experto contador fue muy claro en precisar que las transferencias del concesionario a la ANI se hicieron efectivamente, lo cual permite concluir al Tribunal que no existen saldos a cargo de la ANI y a favor del concesionario derivados de los menores ingresos por aplazamiento en el incremento de tarifas, de las tarifas diferencias y de la entrada en vigencia de la ley 787 de 2002, pues de conformidad con las cláusulas cuartas de los otrosíes de diciembre de 2006 y febrero de 2007, el concesionario procedería a transferir los dineros una vez se le hubiere compensado lo adeudado. Es claro entonces que, si este último efectuó las transferencias, es porque ya no existían sumas en su favor y por ende tendrá éxito la pretensión relativa a que la reconviniente no adeuda al concesionario saldos derivados de las tarifas diferenciales, de los aplazamientos en los incrementos de las tarifas y de la entrada en vigencia de la ley 787 de 2002 (pretensión cuarta de este capítulo).

En lo tocante a las pretensiones séptima y octava de este grupo de peticiones, el reconviniente solicita que se declare que existen saldos generados a favor de la ANI por concepto de las sobre tarifas de peaje y como consecuencia de ello, que se declare que el concesionario se ha beneficiado por la demora en el pago de esos recursos.

Sin que sea necesario reiterar en este punto el análisis efectuado en relación con el grupo de pretensiones cobijado bajo el numeral cuarto anterior, con fundamento en el dictamen pericial contable quedó establecido que no existen saldos de excedentes pendientes por pagar por parte del contratista a la ANI, con excepción de los descuentos por transporte e IVA a cuyo pago será condenado. Tampoco aparece acreditado en el proceso que el concesionario haya incurrido en mora de transferir los mencionados excedentes y, por ende, reiterando lo ya concluido anteriormente, no habrá lugar a acceder a la prosperidad de las pretensiones séptima y octava de este acápite.

Situación distinta se presenta con la pretensión novena la cual habrá de prosperar con fundamento en los argumentos tratados en aparte anterior. En ella se solicita, en síntesis, que se declare que el concesionario efectuó descuentos no autorizados al momento de transferir los excedentes. Tal y como se estudió anteriormente, en la aclaración solicitada por las partes al experto contador respecto de su respuesta a la pregunta número 8, el perito planteó como conclusión el siguiente cuadro, con el cual se encuentra plenamente acreditado el valor de los descuentos efectuados por el concesionario a la ANI, los cuales, como ya se indicó, fueron indebidamente efectuados por no contar aquél con la autorización contractual para hacerlo.

| **DESCRIPCIÓN** | **VALOR** |
|---|---|
| Excedentes de Tarifas11 | 31.003.459.100 |
| **Menos:** Menores Valores Compensados al Concesionario - Devinorte12 | 13.187.520.850 |
| **Menos**: Intereses Corrientes, de Mora y Actualización Pagados al Concesionario **(*)** | **2.498.118.061** |
| **SUBTOTAL** | **15.317.820.189** |
| **Menos:** Transporte y Custodia de Valores **7%13** | 1.072.534.734 |
| **Menos:** IVA Transporte y Custodia de Valores **1.6%14** | 17.160.554 |

| | |
|---|---|
| **VALOR NETO A TRASLADAR A LA ANI** | **14.228.124.901** |
| **Menos:** Valor Trasladado Efectivamente a la ANI15 | 14.232.229.324 |
| **MAYOR VALOR TRASLADADO A LA ANI** | **-4.104.423** |

En esos términos es evidente que el concesionario realizó descuentos a los cuales no estaba autorizados sobre los excedentes de la sobre tarifa que debía transferir a la ANI y por lo tanto habrá de prosperar la pretensión.

En lo que se refiere a la pretensión décima, el Tribunal no podrá acceder a lo solicitado, en la medida en que los descuentos para pagar las casetas de peaje de Teletón sólo estaban autorizados a partir de los ingresos recaudados en ese peaje y no como se plantea en este grupo de pretensiones, a partir de la sobre tarifa. Adicionalmente, en capítulo anterior de este laudo, ya se realizó un pronunciamiento específico sobre el tema de los descuentos en el peaje de Teletón, por lo cual deberá estarse a lo resuelto en ese aparte.

Para resolver la pretensión número 11 el Tribunal advierte nuevamente que el dictamen pericial contable pone en evidencia que no se encontraron saldos pendientes a favor de la ANI derivados de los excedentes producidos por la sobre tarifa y los valores contenidos en la pretensión difieren sustancialmente de las conclusiones obtenidas por el experto contador en cuanto a montos y sumas pagadas.

No acreditó la convocante en reconvención que los valores a que se refieren los literales a y b de su pretensión undécima existieran como saldos a favor. La experticia contable demostró que esos valores no existían y adicionalmente permitió establecer que la suma transferida a la ANI fue cercana a los $14.000.000.000.

Adicionalmente las partes en el acuerdo conciliatorio, en relación con esta controversia, consideraron que "*los excedentes generados por la elevación de las tarifas de peaje por encima del valor resultante de la aplicación del IPC sí han sido reportadas por la Concesionaria*"[563] y más adelante reconocieron que "*(…) tales excedentes se han venido consignando en la Subcuenta de Excedentes ANI del Patrimonio Autónomo previa deducción de la compensación debida al Concesionario por razón del menor valor por éste recaudado (…)".*

Estas consideraciones de las partes, corroboradas por las conclusiones del perito contador, llevan al Tribunal a negar los literales a y b de la pretensión número 11.

Tratamiento diferente tendrá el literal c de esta pretensión, por cuanto como quedó estudiado y resuelto previamente, sí existe en relación con los recaudos del peaje de Teletón, unas sumas de dinero pendientes de transferir por parte del contratista a la ANI.

En el capítulo correspondiente a ese tema, el Tribunal concluyó que, en el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial contable, y más concretamente en las respuestas a la pregunta número 4, el perito contador estableció que *"Al comparar el valor total a consignar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI con los traslados o consignaciones efectuadas a favor de la misma, se obtiene el siguiente resultado:*

| | |
|---|---|
| *Valor Total a Trasladar a favor de la ANI (50%)* | *9.158.095.146* |
| *Menos: Total Traslados a Favor de la ANI* | *8.971.371.808* |
| *VALOR PENDIENTE POR TRASLADAR* | *186.723.338* [564] |

[563] Página 26 vuelto del acuerdo conciliatorio
[564] Folio 14 de las aclaraciones al dictamen pericial contable.

Con fundamento en esa prueba, negará el Tribunal la excepción denominada "*inexistencia del incumplimiento de las obligaciones que se predican no atendidas*" respecto de esta pretensión y procederá a acceder a la prosperidad del literal c de esta pretensión precisando sin embargo que el monto pendiente de transferir no asciende a la suma de $782.304.234 de mayo de 1994 como se solicita en la pretensión, sino a la suma de $186.723.338 de 2016. En igual sentido, y por ser consecuencia de esta decisión, se accederá a la pretensión 13, condenando al concesionario al pago de la mencionada suma, la cual de conformidad con lo solicitado será debidamente indexada desde la fecha del dictamen pericial hasta la fecha de este laudo conforme la siguiente liquidación:

IPC INICIAL: 130,63385
IPC FINAL: 132,84716
FACTOR DE ACTUALIZACIÓN: (ipc final / ipc inicial)1,01694285

SUMA ACTUALIZADA: (factor de actualización * suma a indexar) $ 189.886.964

Finalmente, corresponde resolver la solicitud número 12 de este grupo de pretensiones de conformidad con la cual se solicita que el Tribunal declare que, de acuerdo con las actas de aforo, los ingresos del peaje de Teletón no han sido incluidos en los cálculos del ingreso garantizado y del máximo aportante.

Revisado el expediente, sus pruebas documentales y especialmente los dictámenes contable y financiero rendidos dentro del curso del proceso, el Tribunal no encuentra prueba alguna de que los referidos ingresos hayan quedado por fuera del cálculo del ingreso garantizado y del máximo aportante por lo cual no habrá lugar a acceder a la prosperidad de la pretensión.

## 6.9. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR APORTES DE CAPITAL DE RIESGO

El contenido de las solicitudes cuyo estudio se aborda en este capítulo es el siguiente:

> *"Que se declare que de conformidad con el Otrosí de fecha 11 de agosto de 2003 y sus anexos, el monto total de los aportes de capital de riesgo que debía realizar el Concesionario al proyecto ascendía a $18.260 millones de mayo de 1994 más S29.075 millones de mayo de 1994 producto de la venta de derechos de participación en el patrimonio autónomo.*
>
> *"Que se declare que no se cuenta con evidencia documental que pruebe los aportes de capital derivados de la venta de derechos fiduciarios ($29.075 millones mayo/94) y que están incluidos en el modelo financiero.*
>
> *"Que se declare que la ausencia del aporte incorporado en el modelo financiero afecta el equilibrio económico del contrato de Concesión incrementando la rentabilidad del concesionario, haciéndose necesario modificar o reducir el plazo del contrato para alcanzar la TIR de 10,93%.*
>
> *"Que se declare en consecuencia, según lo señalado en el documento contractual de 6 de agosto de 1998, el ajuste o reducción del plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conforme a la actualización Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10.93% o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico originado en los desplazamientos mediante la actualización del modelo financiero.*
>
> *"En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir el Modelo Financiero y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la*

*suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato si a ello hubiere lugar y que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono Directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley".*

## Consideraciones del Tribunal

En el otrosí suscrito por las partes el 11 de agosto del año 2003, éstas convinieron en su cláusula primera que por ese documento procedían a "*(…) solemnizar los acuerdos logrados (…) que desembocaron en la suscripción del 'Acta de Cierre Financiero' de 1 de octubre de 2001 y que se contienen en los documentos que formaron parte integrante de la misma"*[565].

En el parágrafo primero de la cláusula decima quinta del contrato, se especificó que era obligación de la Unión Temporal Concesionaria aportar como capital de riesgo la suma de $18.260.000.000 de pesos de mayo 1994, indicando que la discriminación de los aportes a realizar por cada uno de los miembros de la Unión Temporal se exponía en la propuesta de financiamiento presentada por ella.

A su turno, en la mencionada acta de cierre financiero elaborada en septiembre del año 2001, las partes efectuaron un cierre del modelo financiero en el cual incorporaron como ingresos, entre otros, los aportes de capital de riesgo que estaban constituidos a su turno por el aporte de los operadores, el aporte de los constructores, los aportes en efectivo, los aportes de control de calidad, los aportes fiduciarios y los derechos fiduciarios equivalentes a la suma de $29.075.000.000 de mayo de 1994.

Sobre este punto, el perito financiero, en el documento denominado "CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO" registró lo siguiente:

*"En el marco del capítulo 6 incluido en el Volumen No. 2 de la Propuesta de Devinorte, "Propuesta de Financiación Total", el Concesionario establece la proyección del esquema financiero del Contrato, en el cual se precisa que: a) el Concesionario proyectaba una financiación de las etapas de Diseño y Construcción con equity y deuda, donde la última alcanzaba $85.000 MM*[566]*/, y b) al finalizar la Etapa de Construcción, "se aspira a colocar entre el público una emisión de derechos para el patrimonio autónomo, transables en bolsa, por $40.000 millones… Estos $40.000 millones de capital adicional se utilizarán, en su totalidad, para cancelar pasivos bancarios por igual valor. La deuda adicional bancaria, $45.000 millones, sería sustituida por pasivos con el público (bonos ordinarios)…"/*[567]*, de manera que el 47% del total de la financiación del Proyecto durante las etapas de Diseño y Construcción sería cancelado al finalizar esta última mediante la emisión de derechos fiduciarios".*[568]

Igualmente se registra en la mencionada acta de cierre financiero un "*total de aporte de capital de riesgo*" por $18.260.000.000 de mayo de 1994 por lo cual, en la medida en que la pretensión primera de este grupo busca una declaratoria de lo pactado en el contrato y en el acta de cierre del modelo financiero de septiembre de 2001, el Tribunal encuentra viable acceder a esa declaratoria y así lo registrará en la parte dispositiva de esta providencia, no sin antes efectuar la siguiente precisión: en la actualización del modelo financiero de diciembre 21 de 2005, las partes acordaron en el numeral 3.2 correspondiente al aporte de capital de riesgo, que este estaría constituido, entre otros, por

[565] Folio 2080 del cuaderno de pruebas número 5

[566]/ En Capítulo 6, Volumen No. 2, de la Propuesta de Devinorte dice: "***SITUACIÓN DEL PROYECTO AL TERMINAR LA CONSTRUCCIÓN***: *Teniendo en cuenta el efecto de la inflación (21%), así como el ajuste de carga financiera durante el periodo de construcción, la situación prevista en el momento de conclusión de las obras sería el de un proyecto con activos del orden de $110.000 millones de la época (representados en la carretera y el contrato de concesión), así como pasivos del orden de $85.000 millones,… Los pasivos, además del valor del capital, incluyen la capitalización de los intereses (28.000 millones)*…." (subrayado fuera de texto). (Ver folio 161 del cuaderno de pruebas 2 del Expediente del Tribunal).

[567]/ Capítulo 6, Volumen No. 2, de la Propuesta de Devinorte. "*SITUACIÓN DEL PROYECTO AL TERMINAR LA CONSTRUCCIÓN*". Ver folio 162 del cuaderno de pruebas 2 del Expediente del Tribunal.

[568] Folio 173 del dictamen financiero consolidado.

derechos fiduciarios los cuales corresponderían al 47% de la deuda adquirida durante las etapas de diseño y construcción equivalente a $25.099.000.000 de mayo de 1994[569].

La reconviniente al formular la pretensión que aquí se resuelve, se remitió exclusivamente al documento de cierre financiero del año 2001 en el cual efectivamente las partes mencionaron que los derechos fiduciarios ascenderían a la suma de $29.075.000.000 de mayo de 1994. Sin embargo, no tuvo en cuenta que esa cifra fue reducida por las partes en el acta de cierre del modelo financiero del año 2005, por lo cual, si bien la pretensión prospera, por ser puramente declarativa sobre un acuerdo realizado en el año 2001, no consulta los hechos ocurridos con posterioridad a ese año que redujeron el valor de derechos fiduciarios en casi $4.000.000.000.

A renglón seguido la parte demandante en reconvención, exhorta al Tribunal para que declare que "*no se cuenta con evidencia documental que pruebe los aportes de capital derivados de la venta de derechos fiduciarios ($29.075 millones mayo/94) y que están incluidos en el modelo financiero".*

En la respuesta específica a esta pretensión, el apoderado del concesionario reconoce que efectivamente no se acudió a la venta de los derechos fiduciarios pero que esa forma de financiación se sustituyó por la colocación en el mercado de bonos por la suma de $56.000.000.000[570]. Existiendo entonces acuerdo entre las partes en relación con la no realización de la venta de derechos fiduciarios acordada en un principio, se accederá igualmente a declarar próspera la pretensión segunda de este acápite de solicitudes de la reconvención.

En las dos solicitudes subsiguientes, la parte demandante en reconvención pretende configurar un incumplimiento del concesionario en relación con los aportes de capital para estructurar sobre el mismo un supuesto beneficio económico en su favor y por ende la necesidad de una reducción del plazo del contrato.

Revisado con detalle el acervo probatorio, no se advierte que el concesionario haya incumplido sus obligaciones de aportar capital al proyecto ni mucho menos aparece demostrado que por ese motivo haya obtenido beneficios económicos que le hayan permitido obtener la TIR en un término anterior a lo previsto.

Analizado el tema a la luz del dictamen financiero, el Tribunal encuentra que el experto concluyó lo siguiente:

> "*Es preciso resaltar que, de manera consecuente con lo indicado en la Propuesta de Devinorte, así como en los Modelos 2001 y 2005 y sus Actas de actualización, el cálculo de la TIR del 10,93% que se realizó en los modelos financieros se calcula sobre el flujo de caja libre del proyecto antes de impuesto de la renta. En ese sentido, la metodología de cálculo hasta ahora implementada no se afecta con la estructura de capital del Proyecto y por lo tanto, los aportes del capital en riesgo del Concesionario y los aportes por la venta de derechos fiduciarios no han generado ningún efecto sobre de* (sic) *la estimación del FCLP antes de impuestos utilizado para la estimación de la fecha en la cual se alcanza la TIR objetivo."*[571]

En los anteriores términos, y si bien existe un reconocimiento del contratista de que no se acudió a la figura de la venta de los derechos fiduciarios, esa circunstancia no generó en el proyecto el efecto que en este capítulo de la reconvención se reclama pues lo cierto es que los aportes de capital ingresaron al proyecto y por ende la discusión sobre la forma en que ellos efectivamente se realizaron no constituye un hecho relevante para proferir una condena en su contra.

---

569 Folio 205 del cuaderno de pruebas número 7.
570 Folio 33 del cuaderno principal número 3
571 Folio 178 del dictamen financiero integrado

Ninguno de los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, pone en evidencia deficiencias en los aportes de capital y por ende si bien la herramienta convenida por las partes no fue la efectivamente ejecutada, la finalidad perseguida con la misma sí se logró y el proyecto recibió el capital requerido y al cual se había obligado la demandada en reconvención.

Sobre la base de esta conclusión, no podrá el Tribunal acceder a las restantes pretensiones de este capítulo y por ello no habrá lugar a estudiar las eventuales excepciones que respecto de este grupo de pretensiones se pudieren haber propuesto.

## 6.10. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR ACTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES MACROECONÓMICAS CONSIDERADAS

El grupo de pretensiones que en este capítulo se analiza es el siguiente:

> *"Que se declare que el efecto económico generado en el modelo financiero de diciembre de 2005 respecto de las variables macroeconómicas, es un imperativo contractual conforme a la consideración 9 contenida en el Modificatorio del 31 de mayo de 2005, según la cual ´(...) las partes tienen claro que el llamado "MODELO FINANCIERO" es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no solo desde el punto de vista de su cuantía, sino desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores(...)'*
>
> *"Que se declare que las tasas de inflación de acuerdo con lo publicado por el DANE y la tasa objetivo de inflación de mediano plazo emitida por el Banco de la República, permiten evidenciar bajo el punto de vista estrictamente financiero que en el contrato de concesión se pactó que en el modelo financiero se utilizaría para estimar el desempeño futuro del proyecto con base en dos tipos de variables en la proyección, de las cuales unas son de aquellas cuyo control depende de las partes y otras son de aquellas que dependen de factores exógenos al Proyecto*
>
> *"Que se declare que las variables cuyo control depende de las partes, generan responsabilidades a las mismas de acuerdo con la asignación de riesgos pactada contractualmente.*
>
> *"Que se declare que el equilibrio contractual no puede ser afectado por la utilización de variables estimadas cuando éstas son determinables en el tiempo.*
>
> *"Que se declare que las variables exógenas al proyecto, como la inflación, deben ser actualizadas utilizando los datos reales.*
>
> *"Que se declare que la utilización de una inflación que difiere de manera notoria de la inflación real genera un desequilibrio económico sobre el contrato.*
>
> *"Que se declare que el modelo fue construido con una inflación anual de referencia del 21%, muy superior a la que en realidad se dio.*
>
> *"Que se declare que la inflación utilizada en el modelo financiero para las proyecciones se mantuvo estática a lo largo de todo el periodo proyectado.*
>
> *"Que se declare que la inflación estática utilizada en el modelo generó una subestimación de los ingresos reales (aquellos que se obtienen una vez se excluye el impacto de la inflación sobre las proyecciones) del Proyecto.*

*"Que se declare que la inflación estática utilizada en el modelo, generó una sobrestimación de los costos totales del proyecto*

*"Que se declare que debe ser tenida en cuenta la inflación real hasta la fecha del laudo para la actualización del modelo financiero, y de allí en adelante aplicar periódicamente el mismo criterio para la actualización periódica del modelo hasta la liquidación del contrato.*

*"Que se declare en consecuencia, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el ajuste o reducción del plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagar en efectivo o por compensación el valor equivalente al desequilibrio económico que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.*

*"Que se ordene a Las Demandadas actualizar el Modelo Financiero del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 conforme, para corregir todos los errores y cambios en las variables macroeconómicas reales que se mencionan en las pretensiones precedentes, la actualización del Modelo Financiero del Contrato hasta mantener la TIR pactada del 10,93%.*

*"En caso de no ajustarse el plazo de la concesión o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir el modelo financiero y compensar a la ANI, se CONDENE a la Parte Demandada al pago de CUARENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($47.051.568.578) a precios constantes de mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o la suma que se requiera para mantener el equilibrio económico del contrato, debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del patrimonio autónomo denominado Excedentes INCO y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley".*

## Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta que en este grupo de pretensiones lo que se solicita de manera general es que el Tribunal disponga la actualización del modelo financiero ajustándolo a la inflación real acaecida durante todo el tiempo de ejecución del contrato, el Tribunal habrá de efectuar consideraciones generales en relación con el tema para resolver conjuntamente la totalidad de las pretensiones.

La solución al problema jurídico que en este acápite se plantea, requiere establecer si la inflación constituía un riesgo a cargo de alguna de las partes o si bien por el contrario no fue asumido por ninguna de ellas y en consecuencia debe ser incorporada como una variable del modelo financiero con la virtualidad de modificar sus resultados. Si se establece que los efectos de la inflación se encontraban radicados en cabeza de algunos de los extremos del contrato y por ende se constituían en un riesgo propio de su posición contractual, es claro que el mismo no puede ser incorporado al modelo financiero pues precisamente, como ya fue expuesto en detalle en capítulo precedente, por tratarse de una eventualidad asumida por alguna de las partes ella no puede trasladarse a la otra incluyéndola como una variable de ese modelo.

No existe en el contrato, en relación con muchos de los riesgos, una distribución específica de los mismos, como en la actualidad sucede en la contratación estatal, y por ello corresponderá al Tribunal entrar a absolver el interrogante jurídico antes planteado, sobre la base de la interpretación sistemática de los documentos contractuales y precontractuales.

La naturaleza del contrato de concesión de vías conlleva a que el particular asuma de manera general todos los riesgos previsibles e inherentes a la construcción y operación, pues ese es el sentido de que exista esa modalidad contractual en la medida en que el Estado se despoja en ese evento de la prestación del servicio público y la traslada al particular. En ese orden de ideas tiene mucha mayor significancia la cláusula de restablecimiento de equilibrio económico del contrato pues la misma se convierte en la herramienta en la que las partes recogen aquellos eventos que el contratista no está en la obligación de soportar.

Visto desde otra perspectiva, si los contratantes han acordado que determinados eventos son susceptibles de desequilibrar el contrato para el concesionario, es porque éste no se encuentra en el deber jurídico de soportarlos, es decir, es porque ellos no constituyen un riesgo radicado en cabeza suya.

¿Y qué implica entonces, desde el punto de vista del modelo financiero, que un evento sea un riesgo? Pues que el mismo no puede ser tenido en cuenta como una variable que altere los cálculos de ese modelo, pues de llegar a aceptarse que debe incorporarse a esas operaciones matemáticas se estaría desconociendo, como ya se dijo anteriormente, la distribución de riesgos del contrato.

Establecido lo anterior, y al estudiar la cláusula 36 que regula el equilibrio económico, las partes contemplaron en ella los eventos generadores de rompimiento de la ecuación económica, es decir, acordaron aquellos sucesos que el concesionario no estaba en el deber de soportar.

No aparecen allí previstos los efectos económicos que pueda tener la inflación en el contrato, por lo cual en un principio podría concluirse que los mismos constituyen un riesgo del concesionario. Sin embargo, vale la pena preguntarse si a pesar de no estar contemplados en esa cláusula, esos eventos pueden predicarse como inherentes a la actividad del contratista.

Y lo primero a tener en cuenta para dar respuesta a ese planteamiento es que la inflación no constituye un hecho imprevisible para las partes. Adicionalmente el contratista obra en la primera etapa del proyecto como constructor, y por su carácter profesional sería contrario a la lógica y a la razón pensar que la inflación no es un riesgo que tenga que asumir quien se dedica habitualmente a ese tipo de actividad. En una segunda etapa, el concesionario ejerce una función de operador de una concesión, operación que implica una serie de actividades respecto de las cuales es igualmente claro y previsible que se pueden ver afectadas por las variaciones de los índices de precios.

Ilustra esta conclusión el contenido de los pliegos de la licitación en los siguientes apartes:

> *"(*la oferta deberá*) cubrir los costos de materiales, transportes, mano de obra, herramienta, maquinaria y <u>todos los demás costos y gastos</u> inherentes al cumplimiento satisfactorio de la rehabilitación y construcción de las obras; y en general todos los bienes, cualquiera que fuere su naturaleza que sea necesario incorporar, construir, o adquirir por estar directa o indirectamente relacionados con la ejecución de la obra"* [572]
>
> *"Para la etapa de operación del proyecto el licitante deberá presentar la proyección anual del flujo efectivo del proyecto calculado con una inflación del 21% anual"*[573]
>
> *"El licitante deberá presentar la proyección anual del Flujo Efectivo del Proyecto, en valores corrientes calculado con una inflación anual del 21%. El propósito de esta proyección es determinar el grado de factibilidad financiera durante el periodo operativo del contrato; sirve como indicativo de la capacidad del proyecto para cubrir los costos de operación y mantenimiento, así como los costos financieros y los pagos de principal".* [574]

[572] Folio 40 cuaderno de pruebas número 1
[573] Folio 453 cuaderno de pruebas número 1
[574] Folio 305 cuaderno de pruebas número1

Así las cosas, no estamos ante un evento extraordinario, por ser previsible, y adicionalmente se trata de un alea que todo profesional está en el deber de asumir en relación con la actividad que ejerce salvo, claro está, pacto en contrario.

En relación con este tema el Consejo de Estado en sentencia de 31 de octubre de 2007 consideró lo siguiente:

> *"Habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos. Es claro que las deficiencias de una propuesta ni el álea normal del negocio pueden trasladarse a la entidad contratante so pretexto del rompimiento del equilibrio financiero del contrato; mucho menos en un contrato de concesión en el cual el inversionista es el particular y no el Estado, razón que impone al proponente el deber de proceder con mayor diligencia y cuidado en relación con estudios y proyecciones minuciosos de toda índole que le permitan calcular una utilidad real, cubrir los riesgos y prever los plazos probables de recuperación de su inversión".*[575]

Lo que sucedió en el presente caso es que el riesgo de la inflación radicado entonces en cabeza del particular efectivamente ocurrió; pero lo fue en su beneficio. Y no podría aceptarse la tesis de que cuando un riesgo deja de tener connotaciones negativas y se reduce hasta el punto de generar efectos positivos para quien lo asumió, se genere un desequilibrio en el contrato. Precisamente como quedó enunciado, la circunstancia de que un evento constituya un riesgo asignado a uno de los contratantes, le impide pretender que con su ocurrencia desfavorable el otro contratante lo repare o equilibre, pero al mismo tiempo le impide a ese otro reclamar para sí un desequilibrio cuando el riesgo se reduce y genera beneficios.

Aceptar una tal posición implica desnaturalizar de tajo la filosofía de la distribución de los riesgos, pues se llegaría a la inequitativa conclusión de que cuando el riesgo es negativo, lo asume la parte, pero cuando es positivo, se distribuye entre los dos.

La solicitud que se resuelve en este punto la fundamenta la reconviniente en el hecho de que, al reducirse sustancialmente la inflación, los ingresos del concesionario pudieron ser mayores y como consecuencia de ello debe modificarse el modelo financiero. No obstante lo anterior, y en adición a que la inflación no fue contemplada como un evento de desequilibrio del contrato, el Tribunal no podrá acceder a esas pretensiones, pues de llegar a incorporar en el modelo financiero los efectos económicos de un riesgo, estaría en ese caso desequilibrando el contrato en contra de quien asumió las consecuencias de ese evento y beneficiando injustificadamente al otro contratante. Adicionalmente resultaría contrario a las reglas financieras incluir una inflación real y mantener en el modelo otras variables teóricas pues en ese caso el resultado sería una desarticulación completa del modelo y de las finanzas del contrato.

Con fundamento en estas consideraciones, el Tribunal no accederá a declarar la prosperidad de ninguna de las pretensiones que aquí se analiza, las cuales por no prosperar relevan el estudio de las eventuales excepciones propuestas respecto de ellas.

[575] Sentencia de 31 de octubre de 2007, Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado número 1996-02098.

# 7. CONCLUSIONES - ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO

Como resultado de las consideraciones jurídicas que anteceden, le corresponde al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permita mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante la ampliación del plazo de la Etapa de Operación según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y con él la determinación del plazo final de la Concesión. Para ese efecto, la herramienta a utilizar será sin duda el modelo financiero, interpretado en los términos en que ha quedado expuesto en esta providencia. Así, se incluirán en él aquellos conceptos cuyo análisis arrojó como conclusión que debían ser incorporados, y se dejarán por fuera del mismo aquellos que se consideró no debían formar parte. Efectuada esa operación, el modelo debe arrojar la fecha en que el Concesionario obtenga la Tasa Interna de Retorno pactada y será ésta la que determine el plazo de la Etapa de Operación y, consecuencialmente, el plazo final de la Concesión, a partir del día siguiente al 30 de noviembre de 2016.

Para mayor claridad, a continuación, se enuncian los conceptos que se incluirán en el modelo financiero:

- Los ingresos por publicidad en los peajes
- El capex

Es importante precisar que, para efectos de adoptar las anteriores conclusiones, el Tribunal solicitó al experto financiero entregar el modelo con la posibilidad de incluir y excluir de él las diferentes variables que, como resultado de los análisis jurídicos expuestos en precedencia, se consideraba que debían hacer parte del mismo. De esta forma, para los árbitros basta aplicar la metodología explicada en detalle por el perito, a efectos de cumplir con tal propósito.

Teniendo en cuenta que según el experto financiero "*el efecto combinado de la modificación de dos o más variables es diferente de la suma de los efectos individuales*"[576], la modificación al modelo financiero que habrá de hacer el Tribunal, incluyendo los conceptos antes enunciados, no podrá efectuarse mediante la simple adición de los efectos individuales señalados por el perito en la tabla número 1 visible a folio 100 del documento de fecha 19 de julio de 2016, sino que deberá realizarse sobre la base del último de los modelos actualizado por las partes y siguiendo el procedimiento indicado por el perito financiero -Valfinanzas-, esto es, activándose los conceptos que ingresarán a él y desactivándose los que no.

Para mayor claridad, a continuación, se cita el procedimiento previsto por el experto para establecer el efecto de cada una de las variables:

> *"Una vez identificadas las partidas a tener en cuenta, es necesario precisar la metodología a utilizar para desarrollar la actualización.*
>
> *"Así, como se explica en la respuesta a la Pregunta No. 2 formulada por la Convocante, la metodología general de cálculo utilizada en los tres modelos financieros indicados en el enunciado es la misma, toda vez que proyecta los flujos de caja libres del Proyecto (FCLP) antes de impuestos desde la fecha de inicio de la Concesión hasta la fecha en la cual se obtiene una TIR objetivo equivalente al 10,93% real anual antes de impuestos.*
>
> /…/

[576] Folio 101 del dictamen de 19 de julio de 2016.

*"Así, teniendo en cuenta el "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios" identificado en la Tabla No. 19, se procedió modificar las hojas "Inputs" y "Const" del Modelo de 2005 así:*

- *"Se incluye una celda denominada "Switch Capex (P3D) (P10ANI) (P11ANI)" en la celda B8 de la hoja "Inputs", de manera que cuando contiene (1) se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado y cuando es cero (0) el Modelo de 2005 queda inalterado.*

- *"Se incluye la hoja "P3D P10A CAPEX INPUTS" que contiene el resumen de los componentes de inversión del Modelo de 2005 y del "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios" indicado en el Dictamen Técnico. Estos elementos son los mismos presentados en la Tabla No. 19.*

    - *"Cuando la actualización esta activa, los parámetros para los costos de construcción y fechas de ejecución contenidos en la hoja "Inputs" se alimentan de los relacionados en las celdas J5 a N70 de la hoja "P3D P10A CAPEX INPUTS" incluida.*

- *"Se incluye la hoja "P3D y P10A CAPEX CRONOGRAMA", que contiene el "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios" indicado en el Dictamen Técnico y resumido en la Tabla No. 19. Este cuadro presenta los valores invertidos por cada concepto de inversión en cada mes desde diciembre de 1994 hasta finalizar la última obra en julio de 2017.*

    - *"Cuando la actualización está activa, los valores de las columnas BD ("Total Construcción ($Kte)") y BL ("Obras Solicitadas por la Comunidad ($Kte)") de la hoja "Const" toman los relacionados en la hoja "P3D y P10A CAPEX CRONOGRAMA" para cada concepto y para cada mes desde diciembre de 1996 hasta diciembre de 2025. Estas columnas son las que alimentan el cálculo del Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuestos.*

    - *"Los valores de las "Obras de Renivelación ($Kte)" son los mismos en el Modelo de 2005 y en el "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios", de manera que permanecen iguales cuando se activa la actualización.*

*"De manera consecuente, la inclusión de este cronograma de inversión ejecutada con las obras adicionales no contempladas en el Modelo de 2005 y las fechas de real proceder de todas las obras identificado por el Perito Ingeniero provoca un cambio en las siguientes variables que según la metodología de formulación del modelo están calculadas en función del CAPEX:*

- *"Póliza de Estabilidad de Obra, se cuantifica como el 20% de algunos rubros del CAPEX*[577]*/;*

- *"Pólizas de cumplimiento y salarios, corresponden al 10% y 5% respectivamente, del pareto del CAPEX y su efecto se simula desde el mes de inicio de cada obra;*

- *"Costos Adic. De Paso a Nivel, se genera durante el periodo comprendido entre la finalización de la obra "Paso a Nivel Zue" y la finalización de la obra "Puente Línea Férrea". Se afecta por el desplazamiento en el tiempo de las obras.*

[577]/ Costo total Tramo I, Costo total Otras Obras Pendientes Tramo I, Costo total Obras Solicitadas por la Comunidad, Costo total Obras Ambientales y Costo total Tramo II.

- *"Mantenimiento Periódico y Rutinario: Cambian como resultado del cambio en las fechas de finalización de las obras totales y por tramos. La formulación del Modelo de 2005 se conserva. Sin embargo es preciso mencionar que en la celda que estima la proporción de mantenimiento periódico para la "Aplicación Vte-Cajicá" se incluyó el valor del "BOX Peatonal El Redil", obra que según el Dictamen Técnico no estaba contemplada en el Modelo de 2005 y corresponde a dicho tramo.*

- *"Control de Calidad, Interventoría, Administración, Fiduciarios e Industria y Comercio: i) los dos primeros conceptos se afectan por las fechas de inicio y finalización de las obras. ii) Todos los conceptos antes señalados se extienden como resultado de la modificación en la fecha de finalización del Proyecto.*

*"Así, como resultado de actualizar el Modelo de 2005 mediante la incorporación del CAPEX del "Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios" identificado en la Tabla No. 19, se genera un cambio en el flujo de caja del Proyecto antes de impuestos. Lo anterior de forma tal que para mantener una TIR del 10,93% real anual[578]/ antes de impuestos la fecha de finalización del Proyecto cambia de noviembre de 2016 a algún día entre junio 30 de 2018, mes al cual se alcanza una TIR de 10,91% real anual antes de impuestos, y julio 31 de 2018, momento en el cual resulta una TIR de 10,94% real anual antes de impuestos"*[579].

*/…/*

- "Se incluyó una celda denominada "Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11)" *en la celda B5 de la hoja "Inputs", de manera que cuando esta celda toma el valor de 1, se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0, el Modelo de 2005 permanece inalterado.*

- *"De la hoja de cálculo denominada "P2 Ingresos Tráfico Real", incluida en respuesta a la Pregunta No. 2, relacionada con el Recaudo de Peajes, se toman los ingresos mensuales resultantes del tráfico real y tarifas contractuales para cada categoría de vehículo, por cada estación de peaje, entre noviembre de 1995 y junio de 2015, según la información proporcionada en los archivos de Excel "Anexo No.1" y "Anexo No. 2" adjuntos al documento de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Contable.*

- *"Entre las celdas AF6 y AO252 de la pestaña "P2 Ingresos Tráfico Real" se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión de los "ingresos provenientes del tráfico real" de las casetas Andes y Fusca. Cuando la actualización está activa, estos valores sustituyen la información proyectada para estas casetas en la hoja "Ing P" entre las celdas C60 y K306. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.*

- *"Entre las celdas BV6 y CD252 de la pestaña "P2 Ingresos Tráfico Real" se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión de los "ingresos provenientes del tráfico real" de la caseta Teletón. Cuando la actualización está activa, estos valores sustituyen aquellos proyectados para Teletón en la hoja "Ing P" entre las celdas BJ60 y BL306. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no".*

---

578/ Según lo indicado en la Oferta, Capitulo 6.2.6 Resultados Financieros Proyectados del Volumen 2, la TIR nominal anual con una inflación del 21% equivale a 34,23% efectiva anual (folio 165 del Cuaderno de Pruebas 2 del Expediente). Así mismo, la TIR del 10,93% real anual es la mencionada en el documento "Actualización del Modelo Financiero" de 2005, página 17 (folio 219 del Cuaderno de Pruebas 7 del Expediente), en el documento explicativo de la actualización del modelo en el año 2001 en su página 15 (folio 266 del cuaderno de pruebas 6 del Expediente) y la que se observa en la hoja "TIR" de ambos modelos.

579 Folios 80 y 71 de los dictámenes "CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO" y "DOCUMENTO DE RESPUESTA AL AUTO DEL 13 DE JUNIO DE 2016" ambos elaborados por Valfinanzas.

*"Pregunta No. 3, relacionada con el Recaudo de Peajes: Ingresos Provenientes del Incremento de Tarifas.*

- *"Se incluyó una celda denominada "Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11)" en la celda B6 de la hoja "Inputs", de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.*

- *"De la hoja de cálculo denominada "P3 Excedentes", incluida en respuesta a la Pregunta No. 3, relacionada con el Recaudo de Peajes, se recoge la información del tráfico real y excedentes de tarifas por cada categoría de vehículo para cada estación de peaje entre mayo de 1999 y junio de 2015, según la información proporcionada en el archivo "Anexo No.3" del Dictamen Contable.*

- *"Entre celdas AF6 y AO252 de la pestaña "P3 Excedentes" se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión del "ingreso proveniente del incremento de tarifas" indicado en el enunciado para las casetas Andes y Fusca. Cuando la actualización está activa dichos valores mensuales se suman al mes correspondiente entre las celdas C60 y K306 en la hoja "Ing P", es decir a los ingresos por peajes para estos dos peajes. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.*

- *"Entre las celdas BV6 y CD252 de la pestaña "P3 Excedentes" se localizan los datos de insumo para la incorporación del "ingreso proveniente del incremento de tarifas" indicado en el enunciado para la caseta Teletón. Cuando la actualización está activa, los valores de la hoja "P3 Excedentes" se suman a los ingresos provenientes de recaudo de peajes para esta caseta en el mes correspondiente entre las celdas BJ60 y BL306 de la hoja "Ing P" del Modelo de 2005. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.*

*"Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad.*

- *"Se incluyó una celda denominada "Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)" en la celda B7 de la hoja "Inputs", de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.*

- *"De la hoja de cálculo denominada "P1 Publicidad" que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo "Anexo No.4" del Dictamen Contable.*

- *"Entre las celdas V6 y V252 de la pestaña "P1 Publicidad" se encuentra la información que sirve como insumo para inclusión de los ingresos por este concepto. Cuando la actualización está activa, los mencionados valores se añaden a los ingresos por recaudo de peajes e incrementos de tarifas, si aplica, en el correspondiente mes entre las celdas BW60 y BW306 en la hoja "Ing P". Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no"*[580].
  /…/

[580] Folio 156 del Documento denominado "CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO" elaborado por Valfinanzas.

***"i. 'en el marco de las condiciones macroeconómicas… reales del proyecto de Concesión"***

- *"Se incluyó una celda denominada "Switch Inflación (P11)" en la celda B9 de la hoja "Inputs", de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.*

- *"Se creó una pestaña denominada "P11 Infl" donde se recoge la información relativa a la inflación histórica desde mayo de 1994 disponible en el portal web del Banco de la República.*

- *"Entre las celdas E9 y V388 de la pestaña "P11 Infl" se localiza la información que sirve como insumo para la actualización de la inflación real del modelo. Cuando la actualización está activa, esta información sustituye la inflación proyectada en el modelo en la pestaña "Infl" entre las celdas C2 y D377"*[581].

Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de actualizar el modelo financiero, el Tribunal activará cada uno de los conceptos indicados al inicio de este capítulo mediante la consignación del valor 1 en el "switch" correspondiente (celdas B4 a B11), de la hoja "imputs", y desactivará los conceptos que no han de influir en el modelo consignado el valor 0, así:

| **Columna / Fila** | A | B |
|---|---|---|
| 4 | Switch Formulación Ingresos (P1 Peajes) (P11) | **0** |
| 5 | Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11) | **0** |
| 6 | Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11) | **0** |
| 7 | Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11) | **1** |
| 8 | Switch CAPEX (P3D) (P10ANI) (P11 ANI) | **1** |
| 9 | Switch Inflación (P11) | **0** |
| 10 | Switch Equipos de Limpieza | **0** |
| 11 | Switch Baterías de Baños | **0** |

Una vez activadas las celdas anteriores, corresponde realizar un paso más para conocer la fecha en la cual se alcanza la tasa interna de retorno pactada. Consiste en modificar la celda D20 de la hoja Inputs, la cual hace referencia al término de duración en meses de la etapa de operación. Dicha modificación debe hacerse hasta que la celda C20 que contiene la fecha de terminación de la etapa de operación, coincida con el mes en el cual se alcanzará la tasa interna de retorno del 10,93% en la columna G, denominada "TIR REAL", de la hoja "TIR".

Así, tal ejercicio arroja que la etapa de operación debe extenderse por 223 meses, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2017 fecha que coincide con el valor consignado en la columna G de la hoja TIR denominada "TIR REAL".

De esta forma, el modelo financiero en la parte pertinente, arroja el siguiente resultado:

[581] Folio 160 del Documento denominado "CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO" elaborado por Valfinanzas.

| Columna / Fila | A | B | C | D |
|---|---|---|---|---|
| 16 | **CRONOGRAMA** | | | |
| 17 | | **Desde** | **Hasta** | **Meses** |
| 18 | Etapa de Diseño | 01-dic-94 | 30-sep-95 | 10 |
| 19 | Etapa de Construcción | 01-oct-95 | 30-abr-99 | 43 |
| 20 | Etapa de Operación | 01-may-99 | 30-nov-17 | 223 |
| 21 | **Total** | | | **276** |

Este procedimiento arroja como resultado que la TIR del 10,93% se obtiene en alguna fecha comprendida entre el 31 de octubre de 2017, mes en el cual se alcanza una TIR real anual antes de impuestos de 10,91%, y el 30 de noviembre de ese año, fecha en la cual se alcanza una TIR de 10,94%. Es importante resaltar que el modelo, tal y como está formulado, no permite establecer la fecha exacta en la cual se alcanza la TIR, pues sus resultados son mensuales y no diarios.

En los anteriores términos, para el Tribunal, la Etapa de Operación deberá extenderse hasta el 30 de noviembre de 2017 y así se consignará en la parte resolutiva del Laudo.

Se anexa a este Laudo un archivo contenido en un CD que corresponde a la actualización del modelo financiero conforme al análisis y decisión de este Tribunal.

## 8. DE LA INAPLICABILIDAD DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.

Según quedó establecido a lo largo de esta providencia, el proceso arbitral se inició en vigencia tanto del anterior estatuto procesal, el Decreto 1400 de 1970 o Código de Procedimiento Civil, como del Decreto 2279 de 1989 que regulaba el arbitraje.[582] El primer estatuto citado, consignaba la figura del juramento estimatorio en el artículo 211, reformado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010;[583] sin embargo, la Ley 1564 de 2012, en su artículo 626 derogó expresamente el artículo 221 del C. de P. C. y consagró una nueva norma para regular el juramento estimatorio, la cual está contenida en el artículo 206,[584] el cual posteriormente fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, que alteró el inciso cuarto y añadió un parágrafo. Esta norma textualmente establece:

> *"Artículo 206. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

[582] La demanda arbitral fue presentada el 28 de junio de 2013 por las sociedades CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., 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., todas ellas integrantes en ese momento de la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE.

[583] Norma aplicable al presente proceso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, que dice: *"(…) Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia."*

[584] Por mandato del artículo 627 esta norma empezó a regir a partir de la promulgación de dicha ley.

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*[585]

*"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*"La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".*

Tanto en la demanda principal reformada presentada por la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE como en la demanda de reconvención radicada por la Agencia Nacional de Infraestructura, las partes dieron cumplimiento a este requisito procesal y fijaron razonadamente la cuantía de sus pretensiones, pero, además, como consta en el expediente, dentro de la oportunidad legal, cada parte objetó el juramento estimatorio expuesto por su contraparte, razón por la cual la cifra indicada por cada una de las partes como cuantía de sus pretensiones no podría tenerse como prueba del monto de las indemnizaciones que ambas solicitan y tendría que atenerse a los montos que resulten probados en el proceso.

No obstante lo expuesto sobre este tema, el Tribunal de Arbitramento considera que en este caso en particular no procede la aplicación del artículo 206 del Código General del Proceso, por varias razones. En primer lugar, porque no hay posibilidad de hacer una confrontación material entre los montos indicados en los referidos juramentos y los valores de las condenas que se impondrán en este Laudo.

En efecto, en reiteradas ocasiones se ha mencionado en este Laudo que, por Auto de 24 de noviembre de 2015, contenido en el Acta N° 70, el Tribunal aprobó un Acuerdo Conciliatorio mediante el cual las partes solucionaron de forma parcial varias de las pretensiones puestas en su conocimiento, las cuales, por ende, quedaron excluidas del estudio del *petitum* que se hizo en este Laudo.

En razón de lo anterior, las cifras que se indicaron por cada una de las partes en sus juramentos estimatorios no guardan relación ahora con las pretensiones respecto de las cuales el Tribunal mantuvo competencia para resolverlas. Téngase en cuenta que dentro del marco de la conciliación las partes se hicieron concesiones mutuas y, entre otros, desistieron de varias pretensiones, más sin embargo no informaron el impacto cuantitativo que ello implicaba, aunque es fácil inferir que sí disminuyeron sustancialmente el valor de esta litis. No obstante que el Tribunal pudiera entrar a desglosar cada uno de los rubros, partidas o ítems que permitieron hacer la estimación de las pretensiones, para descontar tales valores del global indicado en el juramento y luego comparar esas

[585] Aparte subrayado del texto modificado por la Ley 1743 de 2014 declarado Exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067-16 de 17 de febrero de 2016

cifras con los valores ahora reconocidos, considera el Tribunal que ese ejercicio no resulta útil ni acertado en la medida que el juramento que se hizo en las respectivas demandas reformadas sobre las indemnizaciones reclamadas fue global.

En ningún caso se llegó a la conclusión que determinado perjuicio no hubiere sido reconocido por falta de diligencia en la carga probatoria para determinar su monto o que ello hubiere obedecido al actuar negligente o temerario de la parte, es decir que la negativa para acoger las pretensiones no obedeció en este proceso a una falta prueba del monto de los perjuicios sino a que las pretensiones declarativas de las que dependía la indemnización no resultaron prosperas.

Finalmente el actuar leal de las partes y sus apoderados durante el trámite de este proceso, la forma en que se desarrollaron las distintas actuaciones y las resultas mismas de este debate procesal, son razones adicionales que llevan a concluir que las sanciones previstas en la norma en estudio no tienen aplicación en este caso por no encuadrarse dentro de los supuestos fácticos que ésta contempla, los cuales deben ser examinados por el juez en cada caso en particular y ponderarse frente a los resultados de la litis, a fin de evitar la aplicación mecánica y objetiva de la norma, que dista mucho de la intención que tuvo el Legislador al consagrarla.

## 9. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Consta en el expediente que cada una de las partes solicitó en sus respectivas demandas se impusiera condena en costas a su contraparte.

Para resolver esta solicitud el Tribunal tiene en cuenta que varias de las controversias traídas a su conocimiento y decisión fueron conciliadas, para lo cual las partes se hicieron concesiones mutuas y desistieron de algunas de sus pretensiones; en esa oportunidad se presentó solicitud expresa y conjunta de que no se impusiera condenas en costas por el desistimiento de tales pretensiones, a lo que accedió el Tribunal.

Además de lo anterior, por la prosperidad parcial de las pretensiones de ambas demandas, el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, se abstendrá de imponer la condena en costas impetrada, por lo que cada parte deberá asumir los costos de este proceso arbitral.

# III. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones y conclusiones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre las sociedades **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.** y la **UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE** en calidad de convocantes, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI**-, en calidad de convocada, derivadas del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

# RESUELVE:

## En lo que se refiere a la demanda reformada presentada por los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE DE BOGOTÁ DEVINORTE

1. Declarar que, de conformidad y como consecuencia de lo dispuesto por los artículos 4, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, y las pertinentes adiciones, otrosíes o modificaciones al precitado contrato, es obligación de las partes contractuales estudiar y definir permanentemente durante la ejecución del contrato el estado del equilibrio económico y financiero del mismo a fin de convenir y solemnizar, en cuanto éste haya resultado roto, las medidas o mecanismos de compensación contractualmente pactados, de manera que resulten idóneos y suficientes para restablecer dicho equilibrio.

2. Declarar que en el Contrato de Concesión 0664 de 1994, los parámetros determinantes para conocer si su equilibrio económico y financiero se conserva es el valor de la inversión que el Concesionario ha realizado y realizará para la ejecución de la totalidad de su alcance final, así como el derecho que éste tiene de recibir la remuneración derivada de la explotación comercial de las casetas de peaje por un período de tiempo determinado o plazo fijo contractual. En consecuencia, las Convocantes tienen, de conformidad con una estructura de riesgos, derecho a recibir como contraprestación por las obras y actividades a su cargo, no solamente el monto total de los dineros por ellas invertidos y por invertir para cumplir con el objeto y obligaciones totales del contrato, sino también un rendimiento sobre el capital invertido, bajo los términos que desarrolla el contrato y con los efectos que de sus estipulaciones se derivan, en consonancia con la matriz de riesgos asumida inicialmente y sus ulteriores modificaciones, el plazo fijo pactado, y los sistemas de compensación acordados para restablecer el equilibrio económico del contrato; para cuyo último propósito en la oferta económica del Concesionario, según los Pliegos lo exigían, era menester incluir un Modelo Financiero y una Tasa Interna de Retorno – TIR como parámetro de referencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

3. Declarar que, con posterioridad a la suscripción del Acta del 29 de diciembre de 2005 las Convocantes ejecutaron una serie de obras adicionales y suscribieron el otrosí de fecha 22 de agosto de 2006, cuyo desarrollo determinó que éstas incurriesen en una inversión superior en la suma de COP14.154.852.000 a precios de mayo de 1994 respecto del valor de las obras tomadas como partida de egreso en la actualización del Modelo Financiero solemnizada a términos de la mencionada Acta del 29 de diciembre, suma esta de dinero que incluye los mayores valores o el valor de obras no contempladas respecto de los convenidos y/o incorporados en la actualización del Modelo Financiero adoptada por la referida Acta.

4. Declarar que como consecuencia de haber incurrido las Convocantes en un mayor valor de la inversión inicialmente reconocida como partida total de egreso en la citada Acta del 29 de diciembre de 2005, es deber legal y contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI suscribir el acuerdo que adopte el mecanismo de ampliación de la duración de la Etapa de Operación del contrato, hasta la fecha fijada en esta providencia.

5. Declarar que la Convocada, a pesar de mediar múltiples requerimientos, radicados ante ella por las Convocantes, incumplió parcialmente con su obligación legal y contractual de restablecer la ecuación o equilibrio contractual mediante la aplicación de los mecanismos contractuales idóneos y suficientes.

6. Declarar que, como consecuencia de la decisión anterior, las Partes deben dar aplicación a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio contractual definidos en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión, según el orden de prioridad, procedimientos y condiciones en ella señalados.

7. Declarar que dicha actualización debe realizarse observando en un todo las estipulaciones, parámetros y metodología adoptados contractualmente, y que definen puntualmente el contenido del Modelo Financiero que vincula a las Partes y la naturaleza de la remuneración o contraprestación pactada en favor de las Convocantes y en los términos resueltos en esta providencia.

8. Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI debe suscribir con las Convocantes el documento contractual que solemnice la ampliación del término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión en los términos resueltos en esta providencia y antes del 30 de noviembre de 2016.

9. Condenar, en consecuencia, a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, a reconocer y a pagar a la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – DEVINORTE, mediante la ampliación del término de la Etapa de Operación del contrato de concesión, el mayor valor de las inversiones efectuadas por los Convocantes en ejecución de las obras en los términos establecidos en la parte considerativa de este Laudo.

10. Ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI suscribir, antes del 30 de noviembre de 2016, conjuntamente con la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá - DEVINORTE, el documento contractual por virtud del cual se amplíe el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato hasta el día 30 de noviembre de 2017.

**<u>En lo que se refiere a la demanda de reconvención presentada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-</u>**

11. Declarar parcialmente probada la excepción denominada *inexistencia del incumplimiento de las obligaciones que se predican no atendidas*".

12. Declarar que la TIR ofertada en la propuesta de Unión Temporal para el proyecto vial Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, es una TIR real anual del 10.93%

13. Declarar que, sin perjuicio de lo considerado en relación con el término de duración del Contrato de Concesión, en el Otrosí de 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron suprimir el límite máximo de ciento ochenta (180) meses establecido en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, como la sumatoria de los plazos de ejecución de las tres etapas del proyecto vial.

14. Declarar que, en el otrosí de 6 de agosto de 1998, la Entidad contratante y la Unión Temporal Devinorte acordaron que el plazo total de ejecución del contrato sería establecido al finalizar la etapa de construcción y una vez redefinida la ingeniería financiera del proyecto.

15. Declarar que de conformidad con las consideraciones contenidas en el otrosí de 11 de agosto de 2003, "las partes tienen claro que el Modelo Financiero es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores y que no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores."

16. Declarar que, en el Acta del 29 de diciembre de 2005, las partes acordaron que el término de duración de la etapa de operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho término resultara mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcanzaran las obras a ejecutar.

17. Declarar que según el contenido general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, y la naturaleza de los contratos de concesión estatales, el Modelo Financiero incorporado a éste contrato mediante el modificatorio de fecha 31 de mayo de 2005 constituye un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto vial.

18. Declarar que contractualmente se aprobó entre las partes la definición de una sobre tarifa a cobrar en los peajes Andes, Fusca y Teletón con el ánimo de cubrir, entre otros, el déficit ocasionado al concesionario por demoras en la aprobación de tarifas de enero 2007 y vehículos con exenciones por la Ley 787 de 2003.

19. Declarar que el concesionario realizó deducciones no pactadas entre las partes a los saldos transferidos a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI por concepto de sobre tarifas de peaje, específicamente aquellas relativas a costos de custodia y transporte de valores, e IVA sobre esos conceptos.

20. Condenar, en consecuencia, a la Unión Temporal DEVINORTE a transferir a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, la suma de MIL OCHENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS ($1.089.695.288).

21. Declarar que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.

22. Declarar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.

23. Declarar que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.

24. Declarar que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivan en la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

25. Declarar en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, incluyendo para ello los ingresos percibidos por el Concesionario por concepto de publicidad.

26. Declarar que la Unión Temporal DEVINORTE incumplió parcialmente la obligación de destinar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, el 50% de los Ingresos del Peaje Teletón, según lo señalado en la modificación del Contrato de Concesión suscrita el 12 de diciembre de 2004, al haber hecho deducciones que no cuentan con justificación alguna.

27. Declarar que existen diferencias entre las fechas en que se ejecutaron las obras y las fechas previstas de inversión en el modelo económico del contrato de acuerdo con la actualización del modelo financiero aprobado en diciembre de 2005.

28. Declarar que de conformidad con los documentos contractuales del 7 de diciembre de 2006 y del 19 de febrero de 2007, las tasas cobradas por encima de la tarifa contractual, debían destinarse al pago de déficit en tarifas.

29. Declarar que, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión y sus antecedentes, los vehículos regidos por la Ley 787 del 2002 y categorías especiales deben ser reconocidos al Concesionario.

30. Declarar que a la fecha la Agencia Nacional de Infraestructura ANI no tiene cuentas por pagar por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas y por la entrada en vigencia de la Ley 787 de 2002, conceptos por los cuales la Agencia Nacional de Infraestructura ANI canceló todas sus obligaciones contractuales.

31. Declarar que como mecanismo de pago por parte del Estado para cubrir los déficits de tarifas (Ley 787, categorías especiales y demoras en la actualización tarifaria) se definió un incremento de tarifas de acuerdo con la metodología descrita en el acta de acuerdo y modificación al contrato de concesión, de 7 de diciembre de 2006, a ser aplicado a partir del 7 de enero de cada año.

32. Declarar que los valores que debieron ser reconocidos al Concesionario por tarifas diferenciales, aplazamiento en incremento de tarifas y entrada en vigencia de la Ley 787 de 2002, corresponde a los siguientes conceptos: a) el valor dejado de recaudar por el concesionario por aplicación de las tarifas diferenciales en los peajes de Andes y Fusca, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2009; b) adicionado por el valor dejado de recaudar por el concesionario por aplicación de lo dispuesto en la Ley 787 de 2002 y la Resolución 17717 del 5 de noviembre de 2002; c) adicionado por el valor dejado de recaudar por el aplazamiento del cobro de las tarifas hasta el 17 de enero de 2006 y 17 de enero de 2007, y, d) deducido el valor recaudado por el mayor valor cobrado en las tarifas de peaje en los años 2000 a 2009.

33. Declarar que el Concesionario ha descontado de los excedentes de la sobre tarifa a girar a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI costos de operación, custodia y transporte de valores más su correspondiente IVA.

34. Declarar que los saldos a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI generados por la diferencia entre los montos que han debido trasladarse a la subcuenta excedentes versus los que efectivamente se ha trasladado por el Peaje Teletón, asciende a la suma de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS ($186.723.338).

35. Condenar, en consecuencia, a la Unión Temporal DEVINORTE a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, la suma de CIENTO OCHENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($ 189.886.964) que corresponde al valor de que trata la declaración inmediatamente anterior, debidamente indexado hasta la fecha de esta providencia.

36. Declarar que de conformidad con el otrosí de fecha 11 de agosto de 2003 y sus anexos, el monto total de los aportes de capital de riesgo que debía realizar el Concesionario al proyecto ascendía a la suma de $18.260.000.000 de mayo de 1994 más $29.075.000.000 de mayo de 1994 producto de la venta de derechos de participación en el patrimonio autónomo, sin perjuicio de lo

acordado en el acta de cierre financiero del año 2005.

37. Declarar que no se cuenta con evidencia documental que pruebe los aportes de capital derivados de la venta de derechos fiduciarios ($29.075.000.000 de mayo/94).

38. Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

**Otras decisiones comunes**

39. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, que no hay lugar a imponer en este trámite arbitral las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

40. Abstenerse de proferir condena en costas.

41. Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

42. Ordenar la entrega, por Secretaría, de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación.

43. Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

44. Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.** La anterior decisión se notificó en audiencia.

**JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**
Árbitro Presidente

**MYRIAM GERRERO DE ESCOBAR** **ANTONIO PABÓN SANTANDER**
Árbitro Árbitro

**P. ORLANDO GARAVITO VALENCIA**
Secretario