

## TRIBUNAL ARBITRAL

**CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.**

**CONTRA**

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

**(5376)**

### LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral surtido entre **CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.**, como parte convocante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, como parte convocada, relacionado con el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PARTES Y REPRESENTANTES**

Las partes son personas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:

##### **1.1. Parte Convocante**

La parte Convocante en el presente trámite arbitral es **CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.**, en adelante **CONVICOL S.A.S.**, sociedad por acciones simplificada constituida mediante documento privado de accionistas del 19 de noviembre de 2013, inscrita el 20 de noviembre de 2013 bajo el número 01782525 del libro IX, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el doctor **JUAN GONZALO RESTREPO PELÁEZ**, según consta en el certificado de existencia y representación que obra en el expediente a folios 136 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1, la cual se encuentra debidamente representada por su apoderado judicial de acuerdo con el poder visible a folios 134 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

## **1.2. Parte Convocada**

La parte Convocada en el presente trámite arbitral es **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, en adelante **ANI**, Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1º del Decreto 4165 de 2011), representada legalmente por el doctor **ALEJANDRO GUTIÉRREZ RAMÍREZ**, en su condición de Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la **ANI**, según consta en las Resoluciones 122 y 123 de 2018, las cuales obran a folios 346 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1, y la cual se encuentra debidamente representada por su apoderado judicial de acuerdo con el poder visible a folio 345 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1, y la sustitución al poder que obra a folio 48 del Cuaderno Principal No. 2.

## **2. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS**

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013 Proyecto Vial Zipaquirá - Bucaramanga (Palenque), suscrito el 11 de diciembre de 2013, cuyo objeto es *"el otorgamiento de un Contrato de Concesión bajo el esquema de asociación público privada para que el Concesionario, realice por su cuenta y riesgo el reforzamiento, obras de construcción, Operación y mantenimiento, según corresponda, del proyecto Vial Zipaquirá- Bucaramanga (Palenque), y la preparación de los estudios de detalle a que hubiere lugar, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de Licencias Ambientales o Permisos y la financiación en el corredor concesionado "Zipaquirá -Bucaramanga (Palenque)" denominado corredor "Zipaquirá- Bucaramanga (Palenque)", y fue objeto de dos Otrosíes.*

## **3. EL PACTO ARBITRAL**

En el literal b) de la Cláusula 86 denominada "Mecanismo de Solución de Controversias Contractuales" del Contrato de Concesión No. 517 de 2013, consta la Cláusula Compromisoria pactada por las partes, la cual es del siguiente tenor:

### *"b. Arbitraje Nacional:*

*1. Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, y siempre que no sea aplicable el Tribunal de Arbitramento Internacional al que se refiere el literal c. siguiente, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen.*

*2. El arbitraje se desarrollará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá o en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte según el Centro de Arbitraje que haya escogido el Concesionario al momento de presentar su oferta.*

3. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las partes elaborarán listas de candidatos con reconocida experiencia y especialidad en derecho de concesiones. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje escogido conforme a lo establecido en el numeral 2 anterior, designará los árbitros por sorteo.

4. Los árbitros decidirán en derecho.

5. Los honorarios de los árbitros se fijará por los árbitros conforme a la siguiente tabla:

Valor pretensiones	Tarifas
De 0 a 6.000.000	2 SMDLV
De 6.000.001 a 100.000.000	10%
De 100.000.001 a 300.000.000	5%
De 300.000.001 a 500.000.000	4%
De 500.000.001 a 1.000.000.000	3%
De 1.000.000.001 a 5.000.000.000	2.75%
De 5.000.000.001 a 10.000.000.000	2.5%
De 10.000.000.001 en adelante	500 SMMLV

6. Para la tasación de honorarios cuando la cuantía sea o exceda de la suma de (\$10.000.000.001) o sea indeterminada la cuantía, se fija como suma máxima 500 SMMLV, suma que podrá variar por acuerdo entre las partes, caso en el cual dejarán constancia en el acto de designación.

7. La convocatoria o trámite del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de los medios excepcionales al derecho común de que disponga la Agencia conforme a la ley aplicable al Contrato. La aplicación y los efectos de cualquier de ellos no podrá ser sometida a arbitramento.

8. Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso.

9. El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en el artículo 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan.

10. Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Propuesta, en la medida que, dichos sujetos presentaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Propuesta.

*1.1. Igualmente, las Partes aceptan que serán extensivos los efectos de la presente literal a aquellas otras autoridades administrativas que tengan relación con los hechos materia del proceso arbitral<sup>1</sup>.*

Ninguna de las partes durante el trámite del presente proceso arbitral desconoció la existencia, validez y eficacia del pacto de arbitraje.

#### **4. EL TRÁMITE ARBITRAL**

##### **4.1. La demanda arbitral**

La demanda junto con todos sus anexos fue presentada el 8 de septiembre de 2017 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>1</sup>.

##### **4.2. Nombramiento de los árbitros**

En reunión celebrada el 9 de octubre de 2017 las partes designaron de común acuerdo como árbitros principales del presente trámite arbitral a los doctores Luis Hernando Parra Nieto, William Barrera Muñoz, y José Felipe Navia Arroyo, y como árbitro suplente al doctor José Fernando Ramírez Gómez<sup>2</sup>. Comunicada la designación, los árbitros William Barrera Muñoz, y José Felipe Navia Arroyo aceptaron oportunamente la designación y dieron cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012<sup>3</sup>, y el doctor Luis Hernando Parra Nieto no aceptó la designación<sup>4</sup>. Comunicada la designación al árbitro suplente doctor José Fernando Ramírez Gómez, aceptó oportunamente la designación y dio igualmente cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012<sup>5</sup>.

##### **4.3. Instalación del Tribunal de Arbitraje y notificación de la demanda**

El 22 de enero de 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación<sup>6</sup>, oportunidad en la que se designó como Presidente del Tribunal al doctor José Fernando Ramírez Gómez, y como Secretaria a la doctora Andrea Atuesta Ortiz, integrante de la Lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien aceptó oportunamente la designación, dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012, y tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal<sup>7</sup>. Adicionalmente en esta providencia el Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, reconoció personería al apoderado de la parte convocante, admitió la demanda arbitral presentada, ordenó su notificación y traslado a la parte

1 Folios 1 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

2 Folio 156 del Cuaderno Principal No. 1.

3 Folios 157 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

4 Folio 162 del Cuaderno Principal No. 1.

5 Folios 164 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

6 Folios 175 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

7 Folios 224 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

convocada y al Ministerio Público, y en cumplimiento del artículo 612 del CGP ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la admisión de la demanda.

El 5 de febrero de 2018 se notificó a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el auto admisorio de la demanda y se les hizo entrega del traslado correspondiente.<sup>8</sup>

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el presente trámite arbitral.

#### **4.4. La contestación de la demanda**

El 12 de abril de 2018, la parte convocada contestó oportunamente la demanda, formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas y pidió se le concediera plazo para aportar un dictamen pericial<sup>9</sup>.

Mediante providencia del 18 de abril de 2018, se le concedió un término de 15 días a la demandada para que aportara el dictamen pericial anunciado en la contestación de la demanda<sup>10</sup>, el cual fue prorrogado por 15 días más mediante providencia del 25 de abril de 2018<sup>11</sup>.

#### **4.5. La reforma de la demanda y su contestación**

El 23 de abril de 2018 la parte convocante presentó reforma de la demanda arbitral<sup>12</sup>, la cual fue admitida por el Tribunal mediante providencia del 25 de abril de 2018<sup>13</sup> notificada el 27 de abril de 2018<sup>14</sup>. Por Secretaría se remitió la reforma de la demanda a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>15</sup>.

El 18 de mayo de 2018 la parte convocada contestó oportunamente la reforma de la demanda, formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas y pidió se le concediera plazo para aportar un dictamen pericial<sup>16</sup>.

Mediante providencia del 22 de mayo de 2018, se le concedió un término de 10 días a la demandada para que aportara el dictamen pericial anunciado en la contestación de la demanda reformada, y se dispuso que culminado el término para aportar el dictamen se mantuviera en Secretaría a disposición de la convocante el escrito de contestación de la demanda reformada en los términos

---

8 Folios 235 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

9 Folios 263 a 351 del Cuaderno Principal No. 1.

10 Folios 355 a 358 del Cuaderno Principal No. 1.

11 Folios 491 a 492 del Cuaderno Principal No. 1.

12 Folios 371 a 464 del Cuaderno Principal No. 1.

13 Folios 490 a 491 del Cuaderno Principal No. 1.

14 Folio 493 del Cuaderno Principal No. 1.

15 Folios 494 a 509 del Cuaderno Principal No. 1.

16 Folios 517 a 626 del Cuaderno Principal No. 1.

del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012<sup>17</sup>. Esta providencia fue recurrida por la parte convocada.<sup>18</sup> Surtido el traslado del recurso de reposición presentado, mediante providencia del 6 de junio de 2018, el Tribunal resolvió modificar el numeral primero del auto recurrido, y en su lugar concedió a la demandada hasta el 9 de julio de 2018 para aportar el dictamen<sup>19</sup>. Mediante escrito remitido el 6 de julio de 2018, el apoderado de la convocada desistió de la prueba pericial anunciada en la contestación de la demanda reformada<sup>20</sup>.

El 9 de julio de 2018 se fijó en lista el traslado de la contestación de la demanda reformada para los efectos previstos en el artículo 21 de la Ley 1563<sup>21</sup>. Surtido el traslado correspondiente, el 16 de julio de 2018 la parte convocante presentó escrito descorriendo el traslado de la contestación de la demanda<sup>22</sup>.

De esta forma se surtió debidamente la etapa introductoria del presente proceso arbitral.

#### **4.6. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios**

Mediante providencia del 17 de julio de 2018 se tuvo por desistido el dictamen pericial anunciado en la contestación de la demanda reformada y se fijó fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación<sup>23</sup>. El 30 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró surtida y fracasada. A continuación el Tribunal de Arbitraje estableció el monto de los honorarios y gastos del mismo, el cual fue consignado en su totalidad por la parte convocante, de forma oportuna, y fijó la fecha para la realización de la Primera Audiencia de Trámite<sup>24</sup>, la cual fue modificada mediante providencia del 22 de agosto de 2018<sup>25</sup>.

#### **4.7. Primera Audiencia de Trámite**

El 5 de septiembre de 2018 se realizó la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal asumió competencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el presente laudo, para conocer y decidir en derecho, las controversias surgidas entre las partes, de que dan cuenta la demanda reformada y su contestación, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno. A continuación el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda arbitral reformada y su contestación, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno.<sup>26</sup>

#### **4.8. Pruebas del trámite arbitral**

17 Folios 627 a 630 del Cuaderno Principal No. 1.

18 Folios 642 a 647 del Cuaderno Principal No. 1.

19 Folios 648 a 664 del Cuaderno Principal No. 1.

20 Folios 1 a 3 del Cuaderno Principal No. 2.

21 Folios 4 a 12 del Cuaderno Principal No. 2.

22 Folios 13 a 23 del Cuaderno Principal No. 2.

23 Folios 24 a 26 del Cuaderno Principal No. 2.

24 Folios 39 a 49 del Cuaderno Principal No. 2.

25 Folios 70 a 72 del Cuaderno Principal No. 2.

26 Folios 85 a 102 del Cuaderno Principal No. 2.

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

**Documentales:**

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna: (i) los documentos aportados por la parte convocante junto con la demanda arbitral y su reforma; y (ii) los documentos aportados por la parte convocada junto con la contestación a la demanda arbitral y la contestación de la demanda reformada. Estos documentos se incorporaron al expediente y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 1 a folios 1 a 178 y en el Cuaderno de Pruebas No. 3 a folio 518.

Al expediente se incorporaron los documentos aportados por los testigos: Jorge Eduardo Duarte Rodríguez<sup>27</sup>, Katherin Alonso Gaona<sup>28</sup>, y Heriberto Amado Mateus<sup>29</sup>.

**Dictamen Pericial:**

**Dictamen pericial financiero contable rendido por Guillermo Orozco Pardo**

La parte convocante aportó con la demanda reformada un dictamen financiero contable rendido por Guillermo Orozco Pardo, el cual fue decretado como prueba por el Tribunal en providencia del 5 de septiembre de 2018, y obra en el expediente en los Cuadernos de Pruebas Nos. 2 y 3.

En audiencia celebrada el 1 de octubre de 2018 se recibió la declaración del perito, la grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obra en el Cuaderno de Pruebas No. 4 a folios 390 a 413.

**Testimonios**

Se recibieron los testimonios decretados así:

El 25 de septiembre de 2018 se recibió el testimonio de Jorge Eduardo Duarte Rodríguez<sup>30</sup>; la grabación y transcripción de esta declaración se incorporó al expediente<sup>31</sup>.

El 26 de septiembre de 2018 se recibieron los testimonios de Katherin Alonso Gaona y Sergio Edison Paguay Fajardo<sup>32</sup>; la grabación y transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente<sup>33</sup>.

27 Folios 9 a 67 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

28 Folios 83 a 118 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

29 Folios 441 a 604 del Cuaderno de Pruebas No. 4 y folios 1 a 80 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

30 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.

31 Folios 286 a 322 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

32 Folios 125 a 128 del Cuaderno Principal No. 2.

33 Folios 323 a 374 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

El 27 de septiembre de 2018 se recibió el testimonio de José Román Pacheco Gallego<sup>34</sup>; la grabación y transcripción de esta declaración se incorporó al expediente<sup>35</sup>.

El 1 de octubre de 2018 se recibió el testimonio Nohora Milena Garzón Delgado<sup>36</sup>; la grabación y transcripción de esta declaración se incorporó al expediente<sup>37</sup>.

El 7 de noviembre de 2018 se recibieron los testimonios de Luis Eduardo Gutiérrez Díaz y Heriberto Amado Mateus<sup>38</sup>; la grabación y transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente<sup>39</sup>.

La parte convocante desistió de los testimonios de Álvaro Villate Supelano<sup>40</sup>, Carlos Villate Supelano<sup>41</sup>, Julián Antonio Navarro Hoyos<sup>42</sup>, y Víctor Hugo Macea Buelvas<sup>43</sup>. La parte convocada desistió de los testimonios de Andrés Figueredo Serpa<sup>44</sup>, Oscar Laureano Rosero Jiménez<sup>45</sup>, Margarita Montilla<sup>46</sup> y Víctor Hugo Macea Buelvas<sup>47</sup>.

### **Prueba por Informe**

Conforme a lo solicitado por la parte convocante, el Tribunal decretó prueba por Informe a Fiduciaria Bancolombia. El informe correspondiente fue rendido y obra en el Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 1 a 6. En los términos del artículo 277 del CGP, se corrió traslado a las partes del informe rendido (Acta No. 14 del 1 de octubre de 2018)<sup>48</sup>. Las partes no realizaron pronunciamiento alguno en el término del traslado.

Mediante providencia del 6 de diciembre de 2018, el Tribunal decretó de oficio prueba por Informe a la ANI y a Fiduciaria Bancolombia<sup>49</sup>. Los informes correspondientes fueron rendidos y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 105 y siguientes.

En los términos del artículo 277 del CGP, se corrió traslado a las partes de los informes rendidos (Actas Nos. 18 y 19 del 17 de diciembre de 2018)<sup>50</sup>. En el término del traslado la convocante solicitó aclaraciones y complementaciones a

34 Folios 130 a 132 del Cuaderno Principal No. 2.  
35 Folios 375 a 389 del Cuaderno de Pruebas No. 4.  
36 Folios 133 a 139 del Cuaderno Principal No. 2.  
37 Folios 414 a 435 del Cuaderno de Pruebas No. 4.  
38 Folios 157 a 162 del Cuaderno Principal No. 2.  
39 Folios 62 a 104 del Cuaderno de Pruebas No. 5.  
40 Folios 133 a 139 del Cuaderno Principal No. 2.  
41 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.  
42 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.  
43 Folios 130 a 132 del Cuaderno Principal No. 2.  
44 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.  
45 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.  
46 Folios 120 a 123 del Cuaderno Principal No. 2.  
47 Folios 130 a 132 del Cuaderno Principal No. 2.  
48 Folio 136 del Cuaderno Principal No. 2.  
49 Folios 163 a 165 del Cuaderno Principal No. 2.  
50 Folios 204 a 214 del Cuaderno Principal No. 2.



los informes rendidos por la ANI y Fiduciaria Bancolombia<sup>51</sup>. Mediante providencia del 24 de diciembre de 2018 el Tribunal ordenó a la ANI y a Fiduciaria Bancolombia dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación a los informes rendidos<sup>52</sup>. Esta providencia fue recurrida por la parte convocada.<sup>53</sup> Surtido el traslado del recurso de reposición presentado, el Tribunal rechazó el recurso de reposición presentado mediante providencia del 9 de enero de 2019 (Acta No. 21)<sup>54</sup>. La ANI y Fiduciaria Bancolombia remitieron las aclaraciones a los informes, las cuales fueron puestas en conocimiento de las partes y del Ministerio Público en providencia del 17 de enero de 2019<sup>55</sup> y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 219 y siguientes. En el término del traslado la convocante se pronunció en escrito que obra a folios 317 a 319 del Cuaderno Principal No. 2.

### **Exhibiciones de documentos**

Mediante providencia del 1 de octubre de 2018, el Tribunal decretó como prueba de oficio la exhibición por parte de la convocante de todos los documentos que tuviera relacionados con el proyecto de Otrosí No. 3<sup>56</sup>. Los documentos allegados por la convocante se incorporaron al expediente a folios 119 a 247 del Cuaderno de Pruebas No. 4, y fueron puestos en conocimiento de las partes y del Ministerio Público mediante providencia del 7 de noviembre de 2018<sup>57</sup>. Las partes y el Ministerio Público no realizaron pronunciamiento alguno.

Mediante providencia del 1 de octubre de 2018, el Tribunal decretó como prueba de oficio la exhibición por parte de la convocada de (i) Todos los documentos que tengan relación con el proyecto de Otrosí No. 3, incluidas las comunicaciones internas, las actas de los comités de contratación, la correspondencia cruzada con la Interventoría, el Concesionario y el proyecto de Otrosí No. 3, y el concepto del estructurador al Otrosí; (ii) el estudio elaborado por Jorge Fandiño S.A.S. en relación con la ubicación de los puntos críticos; e (iii) indicar el nombre del estructurador del proyecto que dio lugar a la suscripción del Contrato de Concesión No. 517 de 2013. Los documentos allegados por la convocada se incorporaron al expediente a folios 248 a 285 del Cuaderno de Pruebas No. 4, y fueron puestos en conocimiento de las partes y del Ministerio Público mediante providencia del 7 de noviembre de 2018. Las partes y el Ministerio Público no realizaron pronunciamiento alguno.

### **4.9. Alegatos de Conclusión**

Mediante auto de fecha 23 de enero de 2019, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la

51 Folios 233 a 237 del Cuaderno Principal No. 2.

52 Folios 238 a 240 del Cuaderno Principal No. 2.

53 Folios 261 a 267 del Cuaderno Principal No. 2.

54 Folios 286 a 289 del Cuaderno Principal No. 2.

55 Folios 296 a 298 del Cuaderno Principal No. 2.

56 Folios 136 a 137 del Cuaderno Principal No. 2.

57 Folio 160 del Cuaderno Principal No. 2.

audiencia de alegatos de conclusión.<sup>58</sup>

El 6 de febrero de 2019 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión, actuación ésta en la que cada uno de los apoderados de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un memorial con la versión escrita de los mismos los cuales forman parte del expediente<sup>59</sup>.

Mediante providencia proferida el 6 de febrero de 2019 el Tribunal fijó fecha y hora para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral, y le concedió al Ministerio Público hasta el 18 de febrero de 2019 para la presentación de su concepto final, el cual fue entregado en la fecha indicada. El Ministerio Público concluyó en su concepto final que estima improcedentes las pretensiones formuladas por la parte convocante y considera ineficaz la cláusula sexta del contrato de transacción suscrito entre las partes.

## 5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso, por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el día 5 de septiembre de 2018.

A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, deben adicionarse los 70 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido a solicitud de las partes. Lo anterior teniendo en cuenta que durante el proceso se solicitaron y decretaron las siguientes suspensiones:

AUTO	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto No. 18 del 5 de septiembre de 2018	Entre 6 y el 24 de septiembre de 2018, ambas fechas incluidas	13 días
Auto No. 22 del 1 de octubre de 2018	Entre el 5 de octubre y el 6 de noviembre de 2018, ambas fechas incluidas	21 días
Auto No. 33 del 29 de enero de 2019	Entre el 30 de enero y 5 de febrero de 2019, ambas fechas incluidas	5 días
Auto No. 35 del 6 de febrero de 2019	Entre el 7 y el 17 de febrero de 2019, ambas fechas incluidas, y entre el 19 de febrero de 2019 y el 25 de marzo de 2019, ambas fechas incluidas	31 días
<b>TOTAL</b>		<b>70 días</b>

En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende hasta el 18 de junio de 2019.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

<sup>58</sup> Folios 320 a 322 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>59</sup> Folios 1 y siguientes del Cuaderno Principal No. 3.

## II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

### 1. LA DEMANDA ARBITRAL

La parte convocante formuló las siguientes pretensiones en la demanda arbitral reformada:

***"A. Pretensión relacionada con la nulidad del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y el Otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015.***

***Primera:*** Que se declare que el Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y el Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, suscritos entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., son nulos por haber sido celebrados sin el debido cumplimiento de los requisitos legales para que las partes pudieran obligarse.

***B. Pretensiones relacionadas con los trabajos de diseños, construcción y mantenimiento de los Puntos Críticos (i) Grupo 1: 36 y, (ii) Grupo 2: 04 – 05 y 60 – 61, de acuerdo con el abscisado previsto en la cláusula primera y el Anexo Técnico del Otrosí No. 1 del Contrato de Concesión.***

***Segunda:*** Que se declare que los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61 no estaban dentro del alcance inicial de las obligaciones contractuales a cargo de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

***Tercera:*** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, debió ejecutar trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61.

***Cuarta:*** Que, como consecuencia de la nulidad del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura debe asumir los costos de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61 en que incurrió la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

***Quinta:*** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios sufridos por dicha sociedad como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61.

***Sexta:*** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

***Primera subsidiaria a la sexta pretensión:*** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere

ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones segunda, tercera y cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**C. Pretensiones relacionadas con los trabajos de diseños, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá.**

**Séptima:** Que se declare que los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá no estaban dentro del alcance inicial de las obligaciones contractuales a cargo de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

**Octava:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, debió ejecutar trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá.

**Novena:** Que, como consecuencia de la nulidad del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura debe asumir los costos de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá en que incurrió la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

**Décima:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios sufridos por dicha sociedad como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá.

**Décima primera:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la décima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la décima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la décima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios y mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios y mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño,

construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones séptima, octava y novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios y mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia de la ejecución de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**D. Pretensiones relacionadas con la disminución del valor de la primera retribución pagada a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.**

**Décima segunda:** Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura incumplió el Contrato de Concesión 517 de 2013 por haber aplicado una reducción en el valor de la primera retribución pagada a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. sin dar cumplimiento al procedimiento contractual para cuando ocurre incumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad y por haber tenido en cuenta una supuesta ejecución tardía de obras que no formaban parte del alcance del Contrato de Concesión.

**Décima tercera:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. no recibió la totalidad de la remuneración pactada en la primera retribución como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**Décima cuarta:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento.

**Décima quinta:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la décima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la décima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la décima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima segunda y décima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**E. Pretensiones relacionadas con el costo de ampliación de las garantías contractuales y de la constitución de una póliza de seguro para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada**

**Décima sexta:** Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura incumplió el Contrato de Concesión 517 de 2013 por haber obligado a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. a constituir una póliza de seguro para el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada.

**Décima séptima:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí N° 1 de 28 de septiembre de 2015, debió ampliar las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1.

**Décima octava:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1.

**Décima novena:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de constitución de una póliza de seguro

para el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada, y de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la décima novena pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la décima novena pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la décima novena pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima novena pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la décima novena pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones décima sexta y décima séptima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la



*Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura y por haber tenido dicha sociedad que asumir los costos de ampliación de las garantías contractuales para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los mencionados Contrato de Transacción y Otrosí n° 1, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.*

**F. Pretensiones relacionadas con el suministro de bienes y equipos a la Policía de Carreteras adicionales a los pactados.**

**Vigésima:** *Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió suministrar a la Policía de Carreteras bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013.*

**Vigésima primera:** *Que se declare que los bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013 suministrados a la Policía de Carreteras formaron parte de la reversión de los activos a la que se refiere el literal (b) de la cláusula 84 y del numeral 2 del Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013.*

**Vigésima segunda:** *Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió incurrir en mayores costos como consecuencia del suministro a la Policía de Carreteras bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013.*

**Vigésima tercera:** *Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado el suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013.*

**Vigésima cuarta:** *Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..*

**Primera subsidiaria a la vigésima cuarta pretensión:** *Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.*

**Segunda subsidiaria a la vigésima cuarta pretensión:** *Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a*

los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la vigésima cuarta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la vigésima cuarta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la vigésima cuarta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima, vigésima primera y vigésima segunda anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del suministro a la Policía de Carreteras de bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**G. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento de la obligación de suscripción oportuna del Acta de Reversión.**

**Vigésima quinta:** Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura incumplió la obligación del literal (b) de la cláusula 84 y del numeral 2 del Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, por no haber dispuesto lo necesario para que el acta de reversión de la infraestructura hubiera sido suscrita el 31 de diciembre de 2016 como lo exigía el Contrato de Concesión.

**Vigésima sexta:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió incurrir en mayores costos como consecuencia del incumplimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura de la obligación del literal (b) de la cláusula 84 y del numeral 2 del Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013, entre otros, pero sin limitarse, a los mayores costos derivados de la ampliación de las garantías a las que se refieren las cláusulas 63, 64 y 65 del Contrato de Concesión y de la ejecución de actividades necesarias para cumplir con el índice de estado.

**Vigésima séptima:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial

de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento.

**Vigésima octava:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la vigésima octava pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la vigésima octava pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la vigésima octava pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la vigésima octava pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la vigésima octava pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima quinta y vigésima sexta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**H. Pretensiones relacionadas con el pago de las retribuciones a favor de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.**

**Vigésima novena:** Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura incumplió el Contrato de Concesión 517 de 2013 por no haber dado correcta aplicación de las fórmulas pactadas para la liquidación y pago del valor a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. por las retribuciones (primera, segunda, tercera y cuarta).

**Trigésima:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. no recibió la totalidad de la remuneración pactada en la primera, segunda, tercera y cuarta retribución como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**Trigésima primera:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento.

**Trigésima segunda:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la trigésima segunda pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la trigésima segunda pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la trigésima segunda pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la trigésima segunda pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la trigésima segunda pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones vigésima novena y trigésima anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**I. Pretensiones relacionadas con el pago del recaudo de peaje con posterioridad a la fecha en que se alcanzó el VPIP.**

**Trigésima tercera:** Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura incumplió el Contrato de Concesión 517 de 2013 por no haber reconocido y pagado a la Concesionaria el 15% del valor del recaudo de peajes total con posterioridad a la fecha en que se alcanzó el VPIP y hasta el 31 de diciembre de 2016 -fecha de terminación de la etapa de ejecución del Contrato de Concesión-.

**Trigésima cuarta:** Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. no recibió la totalidad de la remuneración pactada en el literal (f) de la cláusula 109 del Contrato de Concesión 517 de 2013 como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**Trigésima quinta:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento.

**Trigésima sexta:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la trigésima sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la trigésima sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la trigésima sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como

consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la trigésima sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la trigésima sexta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima tercera y trigésima cuarta anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**J. Pretensiones relacionadas con la realización de la gestión predial con posterioridad a la finalización de la Etapa de Operación y Mantenimiento.**

**Trigésima séptima:** Que se declare que las obligaciones en materia de gestión predial a cargo de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. solo debían ser ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión 517 de 2013.

**Trigésima octava:** Que se declare que, por motivos imputables exclusivamente a la Agencia Nacional de Infraestructura, la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió ejecutar obligaciones propias de la gestión predial con posterioridad al 31 de diciembre de 2016, fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión 517 de 2013.

**Trigésima novena:** Que se declare que, por motivos imputables exclusivamente a la Agencia Nacional de Infraestructura, la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió incurrir en mayores costos los cuales incluyen la actualización de carpetas prediales, el fondeo de recursos adicionales en la Subcuenta Predial del Patrimonio Autónomo del Contrato de Concesión y la continuidad del Patrimonio Autónomo hasta que la Agencia Nacional de Infraestructura finalice los procedimientos de expropiación.

**Cuadragésima:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima séptima, trigésima octava y trigésima novena anteriores, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiera causado por su incumplimiento.

**Cuadragésima primera:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima séptima, trigésima octava y trigésima novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones trigésima séptima, trigésima octava y trigésima novena anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la cuadragésima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones cuadragésima primera, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**Tercera subsidiaria a la cuadragésima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones cuadragésima primera, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S..

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la cuadragésima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones cuadragésima primera, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha de presentación de esta demanda.

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la cuadragésima quinta pretensión:** Que como consecuencia de las declaraciones cuadragésima primera, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera anteriores, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los mayores costos incurridos por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.

**K. Pretensiones relacionadas con la condena al pago de intereses.**

**Cuadragésima sexta:** Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

**Primera subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia

*Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha de presentación de esta demanda.*

**Segunda subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** *Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.*

**Tercera subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** *Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la tasa establecida en el artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.*

**Primera subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** *Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la tasa establecida en el artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, desde la fecha de presentación de esta demanda.*

**Segunda subsidiaria a la tercera pretensión subsidiaria a la cuadragésima primera pretensión:** *Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. intereses comerciales moratorios a la tasa establecida en el artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que sea proferido el laudo arbitral.*

**L. Pretensión relacionada con las costas y agencias en derecho.**

**Cuadragésima segunda:** *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el laudo arbitral definitivo que ponga fin al presente proceso."*

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas se relatan pormenorizadamente en la demanda reformada a folios 376 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1, y pueden resumirse de la siguiente manera:

**A. Hechos generales sobre la celebración y ejecución del Contrato de Concesión**

- El 8 de noviembre de 2013 se adjudicó a Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., la Licitación Pública que condujo a la celebración del Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público-Privada 517 de 2013 del 11 de diciembre de 2013, suscrito con la sociedad Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. – Convicol S.A.S. (en adelante Convicol) constituida para este efecto.
- Mediante Resolución 06460 de 2013 del 18 de diciembre de 2013 el INVIAS autorizó la entrega de la infraestructura vial a la ANI, lo cual dio lugar a la suscripción al Acta de Entrega.



- El 1 de enero de 2014 las partes suscribieron el Acta de Inicio del Contrato de Concesión.
- En el Oficio 021-14-CLI-CVC-RLG de 13 de marzo de 2014 Convicol solicitó la entrega de los estudios de Deflectometría. Sobre los estudios de Deflectometría la ANI se pronunció en el Oficio 2014-305-006005-1 del 28 de marzo de 2014, frente al cual Convicol remitió el oficio 036-14-CLI-CVC-RLG del 07 de mayo de 2014. La Interventoría por su parte remitió el oficio 01-4866-2014 del 20 de mayo de 2014.
- Con el oficio 053-14-CLI-CVC-RLG del 31 de mayo de 2014, Convicol radicó ante la Interventoría los Estudios de Detalle. En relación con los estudios la interventoría solicitó a Convicol que realizara ciertos ajustes respecto al tema de rehabilitación de pavimento. En relación con esta solicitud Convicol se pronunció en el oficio 063-14-CLI-CVC-RLG del 07 de julio de 2014.
- La Interventoría mediante el oficio 01-9385-2014 del 29 de agosto de 2014 le comunicó a la ANI el cumplimiento por parte de la Concesionaria de la entrega de los Estudios y Diseños de Detalle y su conformidad con lo exigido en el Contrato de Concesión, y con oficio 01-11069-2014 del 6 de octubre de 2014 le informó a Convicol que había dado cumplimiento al literal e) de la Cláusula 8 del Contrato de Concesión.
- Convicol por medio del oficio 078-14-CLICVC-RLG del 01 de agosto de 2014 le remitió a la Interventoría para su aprobación el Plan de Obras Definitivo.
- La ANI, con oficio 2014-305-018362-1 del 25 de septiembre de 2014 solicitó a Convicol que entregara un nuevo Plan de Obras en donde se incluyera la programación para la atención del paso urbano de Chiquinquirá (Boyacá).
- El 8 de septiembre de 2015 las partes suscribieron el Contrato de Transacción (en adelante el Contrato de Transacción o la Transacción), y el 28 de septiembre de 2015 firmaron el Otrosí No. 1.
- El 20 de noviembre de 2015 se suscribió el Acta de Terminación Parcial de algunas actividades que hicieron parte del Alcance Básico del Contrato.
- El 15 de diciembre de 2015 se suscribió el Acta de Terminación de la Fase Puesta a Punto, terminación de la Etapa Preoperativa e inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión.
- El 9 de septiembre de 2016, la ANI y Convicol suscribieron el Otrosí No. 2, por medio del cual se modificó la cláusula 11 del Contrato de Concesión.
- El 27 de mayo de 2016, las partes suscribieron un Acta de Acuerdo para la aplicación de la Cláusula 80 del Contrato de Concesión, "soporte riesgo constructivo por intervención de puntos críticos no atendidos por el Concesionario".
- El 10 de octubre de 2016, las partes suscribieron el Acta de inicio de Intervención de Puntos Críticos.
- El 30 de diciembre de 2016 se suscribió el Acta de Terminación de las Obras de Rehabilitación de la Vía. En esta misma fecha, las partes suscribieron un Acta de Acuerdo para la aplicación de la Cláusulas 78 y 80 del Contrato de Concesión.
- El 15 de marzo de 2017, la ANI y el INVÍAS suscribieron el Acta de Entrega y Recibo Temporal del PR39 llamado "PAPI QUIERO PIÑA".

- El 08 de mayo de 2017, las partes suscribieron el Acta de Inicio de Intervención de Puntos Críticos para la aplicación de la Cláusula 80 del Contrato de Concesión.
- Con el oficio 01-03018-2017 del 12 de mayo de 2017, la interventoría allegó a la ANI el Acta de no objeción de Estudios y Diseños de los Puntos Críticos y Obras Complementarias del Sector Oiba PR 70+700 y PR 66+060.
- Luego de haber sido aprobados los Estudios y Diseños de las obras pactadas en el Acta de Inicio de Intervención de Puntos Críticos del 08 de mayo de 2017, Convicol por medio del oficio 185-17-CLI-CVC-RLGLJ del 01 de junio de 2017 remitió a la ANI el Acta de Inicio de Intervención Punto Crítico PR 70 y Alcantarilla PR 66 del 08 de mayo de 2017.
- El 10 de junio de 2017, la Interventoría y Convicol suscribieron el Acta de Terminación de Intervención de Puntos Críticos PR 70+700 y PR 66+050, y el 30 de junio de 2017, Convicol y la Interventoría suscribieron el Acta Única de Obra.
- El 30 de junio de 2017, las partes suscribieron el Acta de Reversión.
- Con el oficio 217-17-CLI-CVC-RLGLJ del 4 de julio de 2017, Convicol entregó el Acta de Reversión debidamente suscrita con las salvedades consignadas en el mismo documento. La ANI dio respuesta a las salvedades realizadas por Convicol en el oficio 2017-306-024381-1 del 01 de agosto de 2017.
- El 5 de septiembre de 2017, por medio del Oficio 01-05063-2017 la Interventoría allegó a la ANI el Acta Final de Obra, en donde se aprobó el pago de las obras realizadas en relación con los Puntos Críticos PR 70+700 y PR 66+050, y la ANI, mediante oficio 2017-306-032384-1 de 5 de octubre de 2017, generó instrucción al Patrimonio Autónomo para efectuar el pago de las obras correspondientes.

**B. Hechos relacionados con la celebración del Contrato de Transacción de fecha 08 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015 al Contrato de Transacción.**

- Como consecuencia del desacuerdo existente entre las partes sobre el Paso Urbano de Chiquinquirá, el 02 de junio de 2015 Convicol remitió a la ANI una convocatoria de amigable composición referente al tema del “Paso Urbano de Chiquinquirá” (oficio 152-15-EXT-CVC-RLG), respecto de la cual no obtuvo respuesta de la ANI.
- El 30 de junio de 2015, Convicol, por medio del oficio 186-15-CLI-CVC-RLG, presentó a la ANI el Informe de Contratiempos en la Ejecución de la Fase de Puesta a Punto, junto con el Plan de Obras Ajustado en relación con dicho retraso, en donde se explicaron cuáles eran los motivos ajenos a la Concesionaria que justificaban los ajustes al Plan de Obras.
- El 3 de julio de 2015 con el oficio 2015-701-014458-1, la ANI citó a Convicol a audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de la Cláusula 8 del Contrato de Concesión.
- Convicol solicitó aplazar la audiencia prevista para el día 09 de julio de 2015 (oficio 189-15-CLI-CVC-RLG del 06 de julio de 2015), solicitud que fue aceptada por la ANI (oficio 2015-701014963-1 del 08 de julio de 2015).
- El 16 de julio de 2015 inició la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual la Concesionaria presentó sus descargos y solicitó las pruebas pertinentes, las cuales se practicaron oportunamente.

- Alega la convocante que a partir de la notificación de la apertura del procedimiento de imposición de multa, Convicol debió ceder respecto de las pretensiones contenidas en la solicitud de Amigable Composición, pues la ANI contaba con la potestad legal de decretar en su contra una multa de gran impacto económico por el presunto incumplimiento que se le estaba endilgando, aunque no existieran razones sustanciales para la imposición de tal sanción. A partir de este momento empezaron las reuniones y comités con la ANI y la Interventoría, con el fin de solucionar todas estas controversias de manera directa y conciliada, teniendo siempre el norte de efectuar cesiones mutuas, aunque las mismas al final no se hubieran producido.
- Con respecto a las reuniones o comités celebrados, resalta la convocante que se realizaron reuniones los días 15, 23, 29 y 31 de julio de 2015, con participación de funcionarios de la ANI, de la Interventoría y del Concesionario, y un comité el 10 de agosto de 2015. En estas reuniones no se habló de la suscripción de un contrato de transacción, ni de renuncia a reclamaciones, ni de que el Concesionario tuviera que asumir obligaciones adicionales.
- En reunión del 12 de agosto de 2015, la ANI manifestó que la única forma de solucionar las controversias identificadas hasta ese momento era mediante la suscripción de un CONTRATO DE TRANSACCIÓN y un consiguiente OTROSÍ al Contrato de Concesión, en donde Convicol se comprometiera a: (i) Ejecutar las obras necesarias para atender los puntos críticos de los grupos Nos. 1 y 2 con la redefinición de abscisas del Apéndice A del Contrato; (ii) A intervenir los pasos urbanos de Chiquinquirá y Ubaté; (iii) Desistir del trámite de Amigable Composición que se encontraba en curso, y (iv) Renuncia a interponer cualesquier tipo de reclamación administrativa y/o judicial por estos temas. En esta propuesta no se evidenció cuáles serían las cesiones de la ANI, a pesar de que los funcionarios del Concesionario solicitaron hacer tal precisión.
- De manera simultánea a las reuniones mencionadas, Convicol, la ANI y la Interventoría cruzaron diversos correos electrónicos. Estos correos pueden dividirse en tres etapas:
  - a. Primera etapa desde el 3 de julio de 2015 hasta el 12 de agosto de 2015, conformada por todos los correos electrónicos previos a la iniciación del trámite del Contrato de Transacción, los cuales se refieren a una etapa en la cual Convicol intentó solucionar la controversia de manera conciliada.
  - b. Una segunda etapa que va desde el 12 de agosto de 2015 hasta el 25 de agosto de 2015, en la que hay un cruce de correos electrónicos que muestran la trazabilidad de la elaboración de la comunicación 212-CLI-CVC-RLG, dentro de la cual se incluyeron todas las exigencias de la ANI en torno a las renunciaciones a futuras reclamaciones, al amigable componedor, entre otras.
  - c. Una tercera etapa que va desde el 25 de agosto de 2015 al 8 de septiembre de 2015, fecha en la cual se suscribió el Contrato de Transacción.
- El 17 de septiembre de 2015, la ANI remitió a Convicol el borrador de la minuta del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, y exigió a la Concesionaria allegar la carta del desistimiento del proceso de la amigable composición. En esta misma fecha Convicol da respuesta el correo electrónico cumpliendo con el envío del desistimiento de la amigable composición.
- En correo electrónico de Myriam Luz García Chaparro a Katherin Alonso Gaona (ambas de la ANI) expresó que: "(...) faltaría el pronunciamiento de los amigables componedores sobre el desistimiento para los plenos efectos a la ANI y CONVICOL y la certificación de la aseguradora", y en correo electrónico de

Katherin Alonso Gaona (de la ANI) a Álvaro Villate Supelano (de la Concesionaria), se dijo: "Atentamente reenvío las observaciones realizadas respecto de la comunicación enviada, las cuales deben ser informadas a los amigables componedores para su pronunciamiento".

- En concepto de la convocante el anterior cruce de correos deja absoluta claridad de la presión ejercida por parte de la ANI, pues en reiteradas ocasiones exigió a Convicol renunciar y desistir del trámite de la amigable composición como requisito para la firma del Contrato de Transacción, coaccionando de esta forma la voluntad de la Concesionaria al momento de la firma de la transacción, quien, en consecuencia, no se obligó de manera libre y voluntaria como lo exige la legislación.
- En cumplimiento de la exigencia de la ANI, Convicol por medio del Oficio 23915-CLI-CVC-RLG del 18 de septiembre de 2015, le remitió a la ANI y a la Interventoría copia del desistimiento del trámite del amigable componedor.
- Alega la convocante que como se evidencia en la correspondencia cruzada, la asunción de obligaciones adicionales a las previstas en el Contrato de Concesión específicamente las relacionadas con los puntos críticos 01, 04-05, 13, 33, 36, 3839, 41, 52, 60-61 y 75, así como las relativas al paso urbano de Chiquinquirá, y la renuncia al procedimiento de amigable composición, no se produjeron de manera libre y espontánea, sino que fueron consecuencia de la presión ejercida por la ANI mediante el procedimiento sancionatorio iniciado el 3 de julio de 2015, dando lugar a la configuración de un vicio de la voluntad. Y agrega que la ANI no efectuó renuncia alguna al suscribir el Contrato de Transacción y el posterior Otrosí No. 1.

**C. Hechos relacionados con los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los Puntos Críticos 04 - 05, 36 y 60 - 61.**

- De conformidad con el numeral 4 de la cláusula 1ª del Contrato de Concesión, las actividades correspondientes al Alcance Físico Básico del Proyecto son "...el conjunto de actividades que debe llevar a cabo el Concesionario concerniente a la construcción de obras para atención de Puntos Críticos, obras de reforzamiento de la estructura de pavimento y construcción de Obras Complementarias necesarias para finalizar la Fase de Puesta a Punto", y en cuanto a los puntos críticos, en el numeral 48 se acordó que estos "Son aquellas zonas o áreas del Corredor Concesionado que requieren una intervención específica, cuya descripción y/o alcance se encuentra establecido en el Apéndice A".
- En el numeral 2.2.2 del Apéndice Técnico A del Contrato de Concesión, se acordó que son obligaciones a cargo de la Concesionaria respecto a la atención de Puntos Críticos, "la ejecución de estudios, diseños y construcción de obras para estabilizar Puntos Críticos identificados más adelante del presente Apéndice". Dichos Puntos Críticos fueron identificados en la cláusula contractual citada, mediante una tabla en la que se relaciona el número del punto crítico, la ruta, la abscisa y la descripción de cada uno de ellos.
- Del numeral 2.2.2 del Apéndice Técnico A del Contrato de Concesión, se infiere que las obligaciones inicialmente contraídas por Convicol se circunscribían a hacer el diseño, construcción y mantenimiento de los Puntos Críticos identificados en el Apéndice Técnico A del Contrato de Concesión en las abscisas identificadas en el citado Apéndice.
- El 3 de junio de 2014, mediante Oficio 053-14-CLI-CVC-RLG, la Concesionaria hizo entrega a la Interventoría de los Estudios y Diseños de Detalle correspondientes a los Puntos Críticos listados en el Apéndice A del Contrato de Concesión, los cuales fueron aprobados por la Interventoría mediante Oficio 01-

9385-2014 del 29 de agosto de 2014, y oficio 01-11069-2014 de 6 de octubre de 2014.

- El 2 de diciembre de 2014 mediante oficio 01-13798-2014, la Interventoría puso de presente la necesidad de ajustar los diseños presentados, puesto que estos, a pesar de corresponder al abscisado acordado en el Contrato, no satisfacían las necesidades de los puntos críticos, dado que al parecer se requería una intervención mayor a la contratada. Convicol mediante el oficio 126-14-CLI-CVCRLG del 22 de diciembre de 2014 dio respuesta a esta solicitud.
- Afirma la convocante que el ajuste a los Estudios y Diseños de los Puntos Críticos obedecía al hecho de que en la realidad del corredor vial concesionado se evidenciaron condiciones diferentes a las planteadas en el Apéndice Técnico A, que no fueron previstas por las Partes ni formaron parte del acuerdo contractual, hasta el punto de que la ANI las impuso dentro del Contrato de Transacción.
- La ANI solicitó a Convicol la entrega inmediata de los ajustes a los Estudios y Diseños de los Puntos Críticos (oficio 2015-306-002266-1 del 4 de febrero de 2015).
- El 17 de febrero de 2015, la Concesionaria expresó que desde el inicio de la Fase de Puesta a Punto ha procedido a realizar las respectivas adecuaciones y/o modificaciones pertinentes a sus propios estudios de detalle, conforme a las realidades encontradas al momento de ejecutar las obras (con oficio 04315-CLI-CVC-RLG).
- La Interventoría le presentó a Convicol una serie de observaciones respecto de los Puntos Críticos, y requirió que se realizaran las correcciones necesarias respecto de cada inquietud manifestada (con el oficio 01-2135-2015).
- El 20 de abril de 2015, Convicol solicitó a la ANI que se reubicara el abscisado de los puntos críticos en cuestión, dadas las condiciones reales del corredor vial concesionado (oficio 119-15-CLI-CVCRLG).
- El 13 de agosto de 2015 con oficio 212-15-CLI-CVC-RLG Convicol elaboró un análisis detallado sobre la reubicación de algunos Puntos Críticos.
- En relación con la controversia que surgió respecto a la atención de los Puntos Críticos, se cita la cláusula segunda del Contrato de Transacción, y el Anexo Técnico adjunto al Otrosí No. 1 en lo relativo a la localización de los Puntos Críticos 04 - 05, 36 y 60 - 61.
- Concluye la convocante que de la lectura simple de lo pactado en el Apéndice Técnico del Otrosí No. 1, pareciera que respecto de los puntos críticos 4 y 60 se hubiese hecho una sumatoria de los puntos 4-5 y 60-61, originalmente pactados en el numeral 2.2.2 del Apéndice A Técnico del Contrato de Concesión. No obstante, es preciso hacer notar que no se trató de una sumatoria de los Puntos Críticos inicialmente pactados, sino que se trató de una nueva localización de los mismos, pues no se trata del mismo abscisado, así sean sumados ellos. Adicionalmente señala que las intervenciones a realizar en los Puntos Críticos son distintas y mayores a las inicialmente acordadas, toda vez que por el cambio de las abscisas de estos era distinto el alcance de las obras que inicialmente no corresponderían a los Estudios y Diseños que había elaborado la Concesionaria con fundamento en lo originalmente acordado en el numeral 2.2.2 del Apéndice A Técnico.
- Convicol incurrió en mayores costos por ejecutar intervenciones que no estaban inicialmente pactadas en el Contrato de Concesión, lo que se puede verificar en concepto de la convocante del presupuesto que elaboró el Concesionario para

realizar lo correspondiente respecto de los Puntos Críticos acordados en el Otrosí No. 1.

D. Hechos relacionados con los trabajos de diseños, construcción mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá.

- El 18 de diciembre de 2013, representantes del Invías, la ANI y Convicol se reunieron para llevar a cabo una visita previa a la entrega del corredor vial. En el Acta de la Visita no se encuentra mención alguna al Paso Urbano por Chiquinquirá, pero se anuncia que en la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras se encuentra el inventario vial. En ninguno de los inventarios de la vía (muros, cunetas, obras de drenaje, señalización) se hace referencia al Paso Urbano por Chiquinquirá, salvo en el de pavimento, que es apenas uno de los múltiples componentes viales.
- El 31 de diciembre de 2013, el Invías suscribió con la ANI el Acta de Entrega “de una infraestructura vial para ser afectada al contrato de concesión No. 517 de 2013”, en la cual, se dejó constancia de los sectores de la vía que eran objeto de entrega, se hace mención expresa de la variante al Municipio de Chiquinquirá y no se hace mención alguna al paso urbano por el mismo Municipio.
- El 1º de enero de 2014, la ANI y Convicol suscribieron el Acta de Entrega de la infraestructura vial existente en el corredor Zipaquirá – Bucaramanga (Palenque). En esta acta, se hace mención expresa de la variante al Municipio de Chiquinquirá y no se hace mención alguna al paso urbano por el mismo Municipio.
- De acuerdo con lo previsto en numeral 2.1 del Apéndice A Técnico, la elaboración de los estudios de detalle para las obras de refuerzo del pavimento debía basarse “en un estudio referencial de deflectometría suministrado por la Interventoría”, el cual fue entregado al Concesionario mediante comunicaciones 01-3294-2014 de 4 de abril de 2014 y 01-3743-2014 de 21 de abril de 2014. En este estudio no se incluyó el Paso Urbano de Chiquinquirá.
- Con el oficio 078-14-CLI-CVC-RLG de 1º de agosto de 2014, Convicol remitió a la Interventoría para su aprobación el Plan de Obras Definitivo.
- Mediante comunicación 01-10622-2014 de 24 de septiembre de 2014, la Interventoría expresó al Concesionario que había encontrado diversas observaciones sobre el estado de la vía “entre los PR 48 y 53 de la ruta 45A05, sector correspondiente Paso Nacional de Chiquinquirá”, respecto de las cuales solicitó intervenciones específicas por parte de Convicol. Además, precisó que la obligación de intervención en el Paso Nacional de Chiquinquirá por parte del Concesionario obedece a lo pactado en la Tabla No. 1 del Apéndice A, así como en su numeral 1.2.1.1 en el cual se incluye dicho tramo en la descripción del Trayecto 1.
- La ANI, mediante oficio 2014-305-018362-1 de 25 de septiembre de 2014, ratificó lo señalado por la Interventoría y otorgó a Convicol un plazo máximo de 5 días para que “presente el plan de obras establecido para atender el paso urbano por Chiquinquirá”.
- Posteriormente las partes se cruzaron las siguientes comunicaciones en relación con esta controversia:
  - a. Convicol con oficio 094-14-CLI-CVC-RLG del 06 de octubre de 2014 le solicitó a la ANI un plazo adicional para poder responder dicho requerimiento.
  - b. La ANI con Oficio 2014-305-0183621 del 25 de septiembre de 2014 le informó a Convicol que el Plan de Obras definitivo no incluía la

programación correspondiente a las obras a realizar en el paso urbano por Chiquinquirá; haciendo claridad que el paso urbano como la variante de Chiquinquirá hacen parte de los tramos entregados para ser intervenidos.

- c. En el oficio 106-14-CLI-CVC-RLG del 31 de octubre de 2014, Convicol expuso a la ANI las razones por las cuales no procedía modificar el Plan de Obras para "Atender el paso urbano por Chiquinquirá".
  - d. En el oficio 108-14-CLI-CVC-RLG del 04 de noviembre de 2014, el Concesionario se refirió a los argumentos de fondo que determinan que no es obligación contractual ejecutar obras en el casco urbano del municipio de Chiquinquirá.
  - e. Con oficio 2014-705-023032-1 de 26 de noviembre de 2014, la ANI manifestó que el tramo "Paso Urbano por Chiquinquirá" hace parte de la vía nacional, y por tal motivo el mantenimiento le corresponde a Convicol.
  - f. Mediante oficio 021-15-CLI-CVC-RLG de 15 de enero de 2015, Convicol solicitó a la ANI que en aplicación al Capítulo XV (Cláusula 86) del Contrato de Concesión se coordinara una reunión con la finalidad de concretar un arreglo directo que pueda dar fin al asunto.
  - g. Con oficio 067-15-CLI-CVC-RLG de 6 de marzo de 2015, Convicol le propuso a la ANI convenir un arreglo directo en relación con la atención al paso urbano por Chiquinquirá.
  - h. La ANI con el oficio 2015306-004907-1 del 10 de marzo de 2015 comunicó a la Concesionaria que una vez revisados los argumentos y documentos contractuales, es claro para la Entidad que el paso urbano por el municipio de Chiquinquirá sí hace parte de la infraestructura a intervenir por medio del Contrato de Concesión. Fundamentado en lo anterior, solicitó al Concesionario realizar el respectivo estudio para la realización de la precitada obra. En el mismo sentido se pronunció en el oficio 2015-306-007004-1 de 01 de abril de 2014.
  - i. El 2 de junio de 2015, con oficio 152-15-EXT-CVC-RLG, Convicol remitió a la ANI convocatoria de amigable composición referente al tema "Paso Urbano de Chiquinquirá", la cual no fue atendida por la ANI.
  - j. Con la finalidad de solucionar la discusión que se suscitaba respecto al paso urbano de Chiquinquirá, el 13 de agosto de 2015, Convicol remitió el Oficio 212-15-CLI-CVC-RLG que contenía una propuesta en relación con el Paso Urbano por Chiquinquirá, la cual no fue acogida por la ANI.
- Alega la convocante que es tan cierto que dicho paso urbano no hacía parte del alcance original del Contrato de Concesión, que con la suscripción del Contrato de Transacción y del Otrosí 1, la Concesionaria debió acometer los costos de la intervención del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, sin que ello fuera parte del alcance inicialmente pactado. Agrega que en razón a lo anterior y teniendo en cuenta que el Contrato de Transacción es nulo porque adolece de los elementos legales para que las partes pudieran obligarse y, por ende, el Otrosí No. 1 perdería fundamento y razón de ser, se puede afirmar que la Concesionaria incurrió en mayores costos a los inicialmente previstos, pues ejecutó una actividad inicialmente no prevista.

**E. Hechos relacionados con la disminución del valor de la primera retribución pagada a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.**

- En los numerales 1.1 y siguientes del Apéndice C – Indicadores, se estableció la metodología de aplicación de reducciones de ingreso en casos de incumplimiento. Este procedimiento consiste en que si la Interventoría identificaba un incumplimiento debía comunicarlo al Concesionario para que este lo subsanara en el plazo fijado en la misma estipulación, vencido el cual, si no había un ajuste, procedía la reducción del ingreso.

- El 1º de diciembre de 2015, la Interventoría por medio del oficio 01-14623-2015, allegó a Convicol el resumen de los indicadores para el Cálculo de la Primera Retribución, en donde se descontó, sin antes haberse otorgado el correspondiente periodo de corrección, un porcentaje de la primera retribución. La disminución fue en concepto de la Convocante como consecuencia de tener en cuenta obras que no son contractuales.
- La Interventoría por medio del oficio 01-15021-2015 del 10 de diciembre de 2015, allegó a la ANI la certificación para el primer pago de la Primera Retribución, en donde manifestó que se debía realizar una disminución por cuenta de un supuesto incumplimiento por la suma de \$164.571.180,97.
- La Interventoría por medio del oficio 01-15245-2015 del 15 de diciembre de 2015, dio alcance al oficio anterior, y corrigió el porcentaje de cumplimiento del VPIP de acuerdo a lo anotado por la entidad, pero mantuvo el mismo valor de disminución en la retribución de la Concesionaria.
- La ANI mediante oficio 2015-306-030558-1 del 21 de diciembre de 2015, solicitó a la Fiduciaria Bancolombia S.A. efectuar el pago de la retribución con la disminución calculada por la Interventoría, y el 22 de diciembre de 2015, la Coordinadora de Fideicomisos remitió el soporte del traslado del pago de la primera retribución por un valor de solo \$100.029.036.279,40.
- El 1º de febrero de 2016, mediante el oficio 01-01331-2016, la Interventoría certificó el segundo pago de la primera retribución, el cual correspondía a la diferencia entre el monto por concepto de recaudo de peajes, menos las reducciones de ingreso. Es decir, que habría que restarle a \$124.429.700.559,03 el monto del primer pago de la Primera Retribución \$100.029.036.279,63, de tal manera que valor a pagar era la suma de \$24.400.664.279,63.
- El 17 de febrero de 2016, la ANI por medio del Oficio 2016-306-0037051 le solicitó a la Fiduciaria Bancolombia S.A. realizar el segundo pago a Convicol de la Primera Retribución, correspondiente a la suma de \$24.400.664.279,63, y el 18 de febrero de 2016, la Coordinadora de Fideicomisos remitió el soporte del traslado del segundo pago de la primera retribución por un valor de \$24.400.664.279,63.
- El 19 de agosto de 2016, por medio del Oficio 001-16-CLICVC-RLGLJ, Convicol solicitó la corrección del valor pagado por la primera retribución, ya que a juicio de la Concesionaria no se entregó el valor completo, pues no se aplicó el procedimiento contractual para efectuar descuentos por incumplimiento, solicitud que fue negada por la ANI por medio del oficio 2016-310-030684-1 del 30 de septiembre de 2016.

F. Hechos relacionados con el costo de ampliación de las garantías contractuales y de la constitución de una póliza de seguro para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada

F.1. Hechos relacionados con el costo de la ampliación de la garantía (póliza de seguro) Todo Riesgo en Construcción No. 2202214000166, como consecuencia de la suscripción del Contrato de Transacción del 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión del 28 de septiembre de 2015.

- En la Cláusula 65, literal a, del Contrato de Concesión, se acordó todo lo relacionado respecto al contenido general de la garantía Todo Riesgo en Construcción, en lo concerniente al contenido y coberturas.
- La Concesionaria suscribió con la aseguradora MAPFRE Seguros Generales de Colombia, la póliza o garantía Todo Riesgo en Construcción No. 2202214000166.



- Dada la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, las garantías contractuales tuvieron que ser ampliadas conforme a lo acordado en la cláusula séptima. Convicol por medio del oficio 255-15-CLI-CVC-RLG del 23 de octubre de 2015, le envió a la ANI la modificación de la Póliza de Seguro todo Riesgo de Construcción No. 2202214000166, por la cual se prorrogó la cobertura de la póliza hasta el 15 de octubre de 2015, según lo pactado en el Otrosí No. 1.
- La Interventoría con el Oficio No. 01-13347-2015 del 03 de noviembre de 2015, solicitó a Convicol realizar ajustes a la Póliza Todo Riesgo de Construcción otorgándole el término de tres días para que procediera con el envío del anexo modificatorio donde se refleje qué obras se encuentran amparadas por concepto de Todo Riesgo en la Fase de Puesta a Punto y a su vez se dé cumplimiento a lo establecido en el literal b de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión.
- El 20 de noviembre de 2015 Convicol por medio del Oficio No. 279-15-CLI-CVC-RLG, remitió lo siguiente: (i) Ampliación Póliza Todo Riesgo No. 2202214000166 Mapfre Seguros Generales de Colombia – Aumento de valor asegurado según Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión No. 513 de 2013 por valor de \$27.777.272.833,00; (ii) Prórroga Póliza Todo Riesgo No. 2202214000166 Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. – Desde el 15 de octubre de 2015 hasta el 15 de diciembre del mismo año; y, (iii) Póliza Obra Civiles Terminadas No. 20016 Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. – Con las condiciones establecidas en la Cláusula 65-b del Contrato de Concesión No. 517 de 2013.
- Alega la convocante que dado que el Contrato de Transacción es nulo porque adolece de los elementos legales para que las partes pudieran obligarse, y por ende el Otrosí No. 1 perdería fundamento y razón de ser, Convicol debió asumir costos adicionales como efecto de la ampliación de las garantías.

F.2. Hechos relacionados con el costo de constitución de una póliza de seguro para el cumplimiento del parágrafo de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión, por imposición de la Interventoría.

- Con fundamento en la cláusula 65, la Interventoría, por medio del oficio 01-1422-2016 de 3 de febrero de 2016, solicitó a Convicol que dentro del término de cinco días constituyera los mecanismos de aseguramiento pertinentes para soportar los efectos derivados de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura concesionada.
- La ANI por medio de oficio 2016-002841-1 del 8 de febrero de 2016 aprobó las Pólizas presentadas por Convicol. Sin embargo, en lo relacionado con la Póliza establecida en el parágrafo único de la Cláusula 65 del Contrato, realizó una salvedad.
- La Interventoría por medio del Oficio No. 01-02508-2016 del 25 de febrero, impuso a Convicol un periodo de cura para que diera cumplimiento a lo establecido en el parágrafo único de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión, haciendo mención expresa de que el único mecanismo de aseguramiento posible era la póliza de seguro y no alguna de las alternativas que habían sido ofrecidas por el Concesionario. Convicol dio respuesta a esta solicitud con el oficio No. 009-16-CLI-CVC-RLG del 23 de febrero de 2016.
- La ANI por medio del oficio 2016-304-005756-1 del 7 de marzo de 2016, solicitó a la Concesionaria que ajustara la póliza de cumplimiento conforme a los requerimientos de la Interventoría en el oficio 01-01422-2106, requiriendo expresamente que se constituyeran los mecanismos de aseguramiento pertinentes para soportar los efectos derivados de la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura.

- La ANI por medio del Oficio No. 2016-306-005735-1 del 7 de marzo de 2016 dio respuesta a la Interventoría, respecto de la solicitud de periodo de cura, otorgando un plazo de 5 días hábiles, y la Interventoría con el oficio 01-03636-2016 del 17 de marzo de 2016, le notificó a la Concesionaria el término de 5 días para que saneara los presuntos incumplimientos, so pena de informarle a la ANI para que diera inicio al procedimiento de que trata el artículo 84 de la Ley 1474 de 2012.
- El 17 de marzo de 2016, por medio del Oficio 014-16-CLI-CVC-RLG, Convicol se opuso al otorgamiento del periodo de cura, por cuanto no se encontraba en incumplimiento, y en el mismo sentido, el 22 de marzo de 2016, Convicol remitió el oficio 015-16-CLI-CVC-RLG en el que le respondió a la Interventoría el Oficio No. 0103636-2016.
- La Interventoría por medio del Oficio No. 01-04403-2016 del 08 abril de 2016, manifestó que no se encontraba de acuerdo con los argumentos de Convicol, y mediante el oficio 01-04414-2016 del 08 de abril de 2016, le remitió a Convicol el Informe de presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales en relación a las obligaciones referentes a las pólizas del Contrato.
- La ANI por medio del Oficio No. 2016-306-009363-1 del 14 de abril de 2016, le dio respuesta al Oficio 01416-CLI-CVC-RLG de Convicol, exponiendo las razones por las cuales la Entidad requiere nuevamente a la Concesionaria que cumpla lo establecido en el parágrafo del literal b) de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión, para efectos de que la compañía aseguradora –por medio de anexo aclaratorio de la póliza indique que independientemente del aseguramiento que ofrece la garantía en relación con el caso fortuito o fuerza mayor en la Fase de Puesta a Punto y la de Operación y Mantenimiento, dicha garantía también asegura los efectos derivados de la ocurrencia de caso fortuito y fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura concesionada.
- El 28 de abril de 2016, por medio del Oficio No 202-16-CLI-CVCRLG, Convicol le manifestó a la Entidad que la compañía aseguradora RSA Seguros Colombia S.A. -compañía que expidió la Póliza OCT No. 20016- certificó que el trámite iniciado por la Concesionaria para ampliar la cobertura de dicha garantía de conformidad con lo solicitado por la entidad concedente, pero que se requeriría de la ampliación del término otorgado en el plazo de cura para efectos de que compañía aseguradora efectuara el proceso de verificación de la infraestructura concesionada.
- El 20 de mayo de 2016, Convicol por medio del Oficio 245-16-CLI-CVC-DPR dio alcance al Oficio 202-16CLI-CVC-DPR remitiendo las pólizas de Obras Civiles Terminadas (OCT) No. 20019. Adicionalmente, por medio del oficio 286-16-CLI-CVC-DPR del 17 de junio de 2016 remitió la constancia de pago de la prima correspondiente.
- La ANI por medio del Oficio No. 2016-306-020705-1 del 14 de julio de 2016, aprobó las pólizas radicadas bajo los Oficios ANI 2016-409-011602-2, 2016-409-042628-2, 2016-409-046266-2 y 2016-409-051526-2.
- Alega la convocante que a pesar de que el Contrato de Concesión permitía una amplia flexibilidad en el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada, la Interventoría y la ANI, con base en el otorgamiento de un periodo de cura y la consecuente amenaza del inicio de un procedimiento sancionatorio, obligaron a la Concesionaria a adoptar como mecanismo de aseguramiento una póliza de seguro, haciendo que Convicol incurriera en costos adicionales a los previstos.

F.3. Hechos relacionados con el costo de la ampliación (en vigencia y valor) de las garantías establecidas en las cláusulas 63, 64 y 65 del Contrato de Concesión,

por imposición de la Interventoría y de la ANI, hasta la fecha de suscripción del Acta de Reversión.

- De acuerdo con lo pactado en la cláusula 4ª del Contrato de Concesión, la vigencia del Contrato es de tres años incluidas todas sus etapas y fases contractuales, incluyendo la reversión de los activos.
- Conforme a lo acordado en las cláusulas 63, 64 y 65 del Contrato de Concesión (i) la garantía única de cumplimiento, (ii) la póliza de responsabilidad civil, y (iii) el seguro todo riesgo, tendrían como vigencia el mismo plazo del Contrato de Concesión, es decir, de tres años.
- Por medio del Oficio 003-17-CLI-CVC-RLGLJ del 11 de enero de 2017, Convicol le remitió a la Interventoría y a la ANI el Anexo No. 11, en donde se estableció la ampliación de la vigencia de la póliza RCE NO. NB-100002840 hasta el 1 de marzo de 2017, en atención a los riesgos que pueden llegar a generarse durante el periodo de la etapa de liquidación del Contrato de Concesión No. 517 de 2013, toda vez que la Concesionaria debe continuar ejecutando algunas actividades de administración del corredor vial.
- Ángela Arroyave de la Interventoría, mediante correo electrónico solicitó que ajustara el valor de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, puesto que esta debía ser del 5% del valor del Contrato. Igualmente, en dicho correo electrónico se le informó a la Concesionaria que la Póliza Todo Riesgo 20019 y la del Acta de Entendimiento del 10 de octubre debían ser prorrogadas.
- Mediante Oficio 038-17-CLI-CVC-RLGLJ radicado el 21 de febrero de 2017, Convicol le presentó a la Interventoría la aclaración de las garantías y/o pólizas del Contrato, y manifestó que no estaba de acuerdo con el requerimiento de la Interventoría de prorrogar la vigencia de las garantías contractuales, toda vez que las mismas cumplen en exceso con lo requerido por el Acta de Inicio, y por lo estipulado en el Contrato.
- La Interventoría por medio del Oficio 01-024972017 del 17 de marzo de 2017 respondió el oficio 038-17-CLI-CVC-RLGLJ en lo referente a las garantías entregadas, y solicitó el ajuste de las mismas en cuanto a su vigencia.
- La Interventoría por medio de oficio 01-02761-2017 del 27 de abril de 2017, solicitó a la ANI hacer las averiguaciones preliminares en relación con el otorgamiento de un periodo de cura para efectos de que la Concesionaria ampliara la vigencia de las garantías contractuales, pues en su criterio existía un incumplimiento contractual.
- El 17 de mayo de 2017, por medio del Oficio No. 158-17-CLI-CVCRLGLJ, Convicol le manifestó a la Interventoría, que a pesar de no estar de acuerdo con la interpretación que estaba realizando la Interventoría sobre el Contrato, procedía a acatar la orden impartida, y por medio del oficio 202-17-CLI-CVC-RLGLJ del 21 de junio de 2017 les remitió los documentos originales de las pólizas entregadas con el Oficio No. 158-17-CLI-CVC-RLGLJ. Igualmente remitió las constancias de los pagos de las primas de las pólizas entregadas (Oficio 203-17-CLICVC-RLGLJ),
- La ANI, le solicitó a Convicol que reajustara las pólizas según lo establecido en el concepto de la Interventoría del Oficio No. 01-04400-2017 del 27 de julio de 2017 (Oficio 2017-306-024779-1 del 03 de agosto de 2017).
- En atención al anterior requerimiento, Convicol, por medio del oficio 282-17-CLI-CVC-RLGLJ del 15 de agosto de 2017, remitió a la ANI y a la Interventoría el ajuste a la Póliza de Cumplimiento, adjuntado el "Anexo No. 13 de la Póliza de

Cumplimiento No. NB100032433 por medio de la cual se proroga su vigencia hasta el 1 de septiembre de 2017, fecha en la cual se tiene proyectado firmar el acta de liquidación del Contrato de Concesión”.

- Aduce la convocante que la ANI y la Interventoría consideraron de forma unilateral que el Contrato de Concesión tenía una etapa de reversión adicional, etapa contractual que no fue pactada, y que con fundamento en lo anterior, la Concesionaria se vio obligada a prorrogar la vigencia de las pólizas contractuales por fuera de la vigencia del plazo Contractual, inicialmente acordado incurriendo en mayores costos.

G. Hechos relacionados con el suministro de bienes y equipos a la Policía de Carreteras adicionales a los pactados.

- En el numeral 1.5.7 del Apéndice B – Técnico, se pactó lo relacionado con los equipos que debían ser entregados por la Concesionaria a la Policía de Carreteras. Así mismo, en dicha cláusula contractual se acordó un listado de bienes que debían ser entregados a la Policía de Carreteras una vez suscrito el correspondiente Convenio.
- Convicol le presentó al subdirector de Policía de Tránsito y Transporte el protocolo de coordinación con la Policía de Carreteras (Oficio 008-14-EXT-CVCRLG de 31 de enero de 2014), el cual posteriormente remitió a la Interventoría (Oficio 009-14-CLI-CVC-DPR del 20 de febrero de 2014).
- El 27 de marzo de 2014, la Policía Nacional remitió a Convicol el Oficio S-2014-006351/DITRA-GUCOV.29 de 19 de marzo de 2014, en el cual le remitió la tabla de los elementos mínimos requeridos, informándoles que luego de haber verificado con las seccionales de Tránsito y Transporte que hacían parte de la Concesión Comuneros no existen elementos en estos tramos, ya que una vez liquidado el mencionado Contrato de Concesión No. 001161 de 28 de diciembre de 2001, se devolvieron todos los elementos al mencionado contratista.
- Por medio del oficio 023-14-CLI-CVC-RLG de 1 de abril de 2014, Convicol puso de presente a la ANI la situación en la que se encontraba con la Policía Nacional, y solicitó que interviniera ante la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, dado que lo requerido por la Policía superaba ampliamente el presupuesto previsto en los Pliegos de Condiciones, y de la oferta con la cual se adjudicó el Contrato de Concesión.
- El 14 de abril de 2014 por medio del oficio 2014305-007135-1, la ANI le sugirió a la Concesionaria que evaluara el listado de equipos e insumos solicitados por la Policía de Carreteras, toda vez que el Contrato de Concesión establecía un mínimo de elementos que deben ser entregados, motivo por el cual la ANI le pidió a Convicol que le allegara una propuesta de aquellos equipos adicionales que pueden ser aportados por el Concesionario bajo su cuenta y riesgo. No obstante, la ANI puso de presente que las pretensiones de la Policía Nacional son excesivas dada la naturaleza del Contrato y su duración. Igualmente, la Interventoría por medio del oficio 01-3554-2014 remitió a la ANI las observaciones realizadas al convenio a suscribir con la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, concluyendo que el Concesionario debía tener en cuenta que lo consagrado en el Contrato de Concesión era un listado “mínimo” de los bienes y equipos que deben suministrar y que el ajuste de las mismas o la inclusión de algunos elementos adicionales hace parte de su gestión para adelantar la negociación. Sin embargo, la Interventoría consideró que las pretensiones realizadas por parte de la Policía Nacional eran excesivas.
- El 16 de septiembre de 2014, Convicol por medio del oficio 257-14-CLI-CVC-DPR, informó a la Interventoría sobre las reuniones adelantadas con el personal de la

Policía Nacional, y puso de presente que la Dirección de Tránsito y Transporte ha presentado requerimientos adicionales, los cuales no se encontraban registrados dentro de los elementos del Anexo No. 1 del Convenio.

- El 17 de septiembre de 2014, la Interventoría por medio del oficio 01-10222-2014, solicitó a la Concesionaria establecer un Protocolo de Coordinación con la Policía de Carreteras.
- Mediante el oficio 2014-305-018721-1 del 30 de septiembre de 2014, la ANI, solicitó a Convicol informar de manera inmediata el desarrollo de las actividades adelantadas con la Policía Nacional en pro del cumplimiento del Protocolo de Coordinación de la Policía de Carreteras Proyecto Zipaquirá – Bucaramanga (Palenque).
- Convicol remitió el Oficio 300-14CLI-CVC-DPR del 1 de octubre de 2014, en el que se refirió al desarrollo de las actividades adelantadas en conjunto con la Dirección de Tránsito y Transporte (DITRA) de la Policía Nacional en el acompañamiento del protocolo de Coordinación frente a los compromisos adquiridos por parte de la Concesionaria.
- El 3 de octubre de 2014, mediante el oficio 304-14-CLICVC-DPR, Convicol informó a la ANI que ante la solicitud realizada por la Interventoría por medio del Oficio 01-10222-2014, se dio respuesta al requerimiento de 1 de octubre de 2014, el cual se remitió con copia a la ANI.
- Mediante oficio 122-14-EXT-CVC-RLG de 11 de noviembre de 2014, en atención al desarrollo del Convenio de Cooperación Institucional con la Policía Nacional, Convicol solicitó concretar de manera oficial el acuerdo, lo cual fue informado a la ANI con el oficio 401-14CLI-CVC-DPR del 18 de noviembre de 2014.
- El 18 de noviembre de 2014, Convicol por medio del oficio 401-14CLI-CVC-DPR, comunicó a la ANI el estado del trámite del Convenio de Cooperación Institucional con la Policía de Carreteras, informándole que el 11 de noviembre de 2014 por medio del Oficio 122-14-EXTCVC-RLG se le presentó nuevamente a la Policía Nacional el Convenio de Cooperación Institucional.
- A pesar de la solicitud hecha por la Concesionaria, no se obtuvo respuesta, por lo cual el 22 de diciembre de 2014, por medio del oficio 149-14-EXT-CVC-DPR, Convicol reiteró a la Policía Nacional la solicitud.
- Finalmente, por medio del oficio 482-14-CLI-CVC-DPR, Convicol le remitió a la ANI el Oficio 149-14-EXT-CVC-DPR, comunicándole que la Concesionaria había hecho todo lo que estaba a su alcance por llevar a “feliz término” la suscripción del Convenio, por lo que para lograr ese objetivo, por solicitud de la Policía Nacional, los términos del Convenio previamente acordados fueron modificados desde el punto de vista formal en alguna de sus cláusula y en su Anexo No. 1.
- Una vez suscrito el mencionado Convenio, el 09 de marzo de 2015, la Policía Nacional por medio del Oficio S-2015-00357/DITRA-PLANE-29, con la finalidad de elaborar y firmar el Acta de Inicio del Convenio, le remitió a Convicol copia del Convenio Interadministrativo de Cooperación - de 2 de marzo de 2015, suscrito entre la Concesionaria y la Policía Nacional cuyo objeto era “Aunar esfuerzos de cooperación entre la Policía Nacional – Dirección de Tránsito y Transporte y el Concesionario para la operación, control del tráfico y cumplimiento del régimen normativo del tránsito y transporte en el Proyecto Vial Zipaquirá – Bucaramanga (Palenque)”.
- El 03 de agosto de 2015 se suscribió entre la Policía Nacional y Convicol el “Acta No. 1 de Entrega de Bienes, Equipos e Insumos a la “Policía Nacional de

Colombia”, la cual fue remitida a la ANI y a la Interventoría mediante oficio 600-15-CLI-CVC-DPR del 19 de agosto de 2015.

- Entre los meses de agosto y septiembre de 2015 y septiembre y octubre de 2016, se suscribieron las distintas Actas de Entrega de Bienes entre la Concesionaria y la Policía Nacional de Carreteras.
- El 6 de septiembre de 2016, por medio del oficio 246-16-EXT-CVC-DPR, Convicol le solicitó a la Policía Nacional informar con qué equipos se podían sustituir los 20 “radios de comunicación” solicitados, toda vez que los mismos dentro del Convenio tienen un precio unitario de \$3.000.000 pero al recibir la ficha técnica de los equipos requeridos y al cotizarlos en el mercado tienen un valor aproximado de \$20.000.000.
- Alega la convocante que la Policía de Carreteras exigió a Convicol que se suministraran bienes adicionales a los previstos en el Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión, los cuales fue imperativo entregar para efectos de garantizar que se cumpliera con la obligación contractual de celebrar un Convenio con la Policía de Carreteras, pues tanto la ANI como la Interventoría así lo requirieron, so pena de iniciarse un procedimiento en contra de la Concesionaria, lo que ocasionó que la Concesionaria incurriera en mayores costos. Agrega que dichos bienes objeto del Convenio suscrito con la Policía Nacional, también hacen parte del listado de bienes revertibles a la ANI y efectivamente fueron revertidos.

H. Hechos relacionados con el incumplimiento de la obligación de suscripción oportuna del Acta de Reversión y con los perjuicios derivados de no haber efectuado la medición del Índice de Estado (IE) en las fechas señaladas en el Contrato de Concesión

- En la cláusula 8a “Obligaciones del Concesionario” del Contrato de Concesión, en su literal uu), se acordó, como deber a cargo de Convicol, que una vez terminado el plazo contractual pactado, ésta debía “...efectuar la reversión de las obras ejecutadas en los términos señalados en el presente contrato y sus Apéndices”.
- De conformidad con lo pactado en la Cláusula 4a, “El plazo del Contrato es de TRES (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio y hasta la fecha de suscripción del Acta de Recibo Final”, es decir, tres años contados desde el 1° de enero de 2014 hasta el 2 de enero de 2017 –fecha en la cual las partes debieron suscribir el Acta de Recibo Final -.
- Se cita el numeral 3 de la cláusula 1a en la que se definió el Acta de Recibo Final, y la cláusula 48 del Contrato de Concesión en la que se acordó que “Al finalizar la Etapa de Operación y Mantenimiento se suscribirá el Acta de Recibo Final donde se verificará que las Obras de Construcción del Alcance Físico Básico cumplen con los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad establecidos en los Apéndices B y C, y se hará el inventario de los activos objeto de reversión”.
- En la cláusula 81 del Contrato de Concesión se pactó que “el presente Contrato finalizará al momento de la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento, es decir, cuando haya transcurrido el Plazo del Contrato”, lo cual en concepto de la convocante debe entenderse que la vigencia del Contrato sería hasta la finalización de dicha Etapa de Operación y Mantenimiento, es decir, agotados los tres años, y la “la devolución y entrega del Proyecto” debía darse inmediatamente finalizara el plazo del Contrato, esto es, el 2 de enero de 2017.
- En cuanto a la reversión se cita el literal b) de la cláusula 84 del Contrato de Concesión, el numeral 2 del Apéndice Técnico B del Contrato de Concesión, y la Tabla No. 17 “Bienes Revertibles Mínimos” del Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión.

- En relación con la liquidación, en el Contrato de Concesión se acordó en la cláusula 107 que "El Contrato se liquidará en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha efectiva de terminación del Contrato, en los términos de los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007".
- En el literal f) de la Cláusula 109, se estipuló que "El recaudo de Peajes en exceso de la retribución del Concesionario de que trata esta cláusula hasta el Día anterior a la fecha de recibo del Proyecto por la Agencia, serán de propiedad de la Agencia aunque el recaudo de Peaje haya sido efectuado por el Concesionario. Esos ingresos deberán ser trasladados por el Concesionario a la Cuenta previo descuento de un quince por ciento (15%) de los ingresos recibidos, porcentaje que remunera los gastos en que haya tenido que incurrir el Concesionario por la administración, Operación y mantenimiento del Proyecto durante el período que transcurra entre la verificación de valor a cancelar y el recibo del Corredor Concesionario por parte de la Agencia".
- En el Apéndice A - Técnico, se estipuló que "Las actividades de recaudo están actualmente a cargo de la Firma ODINSA PROYECTOS E INVERSIONES S.A. hasta el 31 de Diciembre del 2013, según lo acordado en el Adicional 2 del Contrato INVIAS 250 de 2011 y el costo de la operación de dicho recaudo es equivalentes al 14% del recaudo neto mensual; sin embargo, el actual Concesionario deberá asumir la operación de los peajes a partir del día calendario siguiente al vencimiento de las obligaciones contenidas en el Adicional No. 2 del Contrato INVIAS 250 de 2011 y hasta la terminación del contrato", y en el Apéndice B - Técnico estableció que "En el presente Apéndice se detallan y constituye (i) el alcance de los servicios a prestar por el Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, (ii) los principios base que rigen la Operación, (iii) las Especificaciones Técnicas que deben cumplirse en la ejecución de las actividades de Operación y Mantenimiento, y (iv) el Sistema de Control de dichas especificaciones, a través de un conjunto de Indicadores".
- A finales de junio de 2016, la ANI y la Interventoría le informaron a Convicol que la reversión del Contrato de Concesión debía adelantarse una vez se diera inicio a la Etapa de Liquidación prevista en la Cláusula 107, y que mientras eso se llevaba a cabo, el Concesionario debía ejecutar labores de administración, operación y mantenimiento con una remuneración del 15% del valor mensual del recaudo de peajes.
- Los días 24 de junio y 1 de julio de 2016, entre la ANI, la Interventoría y Convicol, se llevaron a cabo dos reuniones con el fin de socializar las preocupaciones de la Concesionaria en relación con la postura de la ANI, pues luego de hacer las valoraciones pertinentes se concluyó que el 15% de los valores recaudados por concepto de peajes no cubrían los costos y gastos. Con base en lo discutido en dichas reuniones, en oficio 024-16-CLI-CVC-RLG de 8 de julio de 2016, Convicol allegó a la ANI el presupuesto mensual mínimo para la administración, operación y mantenimiento.
- La ANI mediante comunicación 2016-310-024258-1 radicada el 16 de agosto de 2016, entregó al Concesionario el "Manual de Reversiones" proferido por ella misma y que no se pactó como parte del contrato.
- Teniendo en cuenta el presupuesto presentado por Convicol, por medio del Oficio 028-16-CLI-CVC-RLG del 10 de octubre de 2016, la Concesionaria informó a la ANI que una vez realizada la evaluación conjunta con la Interventoría, se consideró necesario el reconocimiento del 29,9% del recaudo bruto de las cinco estaciones de peaje (Casa Blanco, Saboya, Oiba, Curití y los Curos) para así poder realizar la Administración y Mantenimiento durante el periodo comprendido entre el 1 de enero al 30 de junio de 2017.

- En el oficio 008-16-CLI-CVC-RLGLJ de 14 de octubre de 2016, la Concesionaria manifestó, por un lado, que las actividades de Administración, Operación y Mantenimiento del corredor vial se efectuarían en los términos pactados en el Contrato de Concesión y, por otro lado, que el mencionado porcentaje de 29,9% es el valor mínimo que se requiere para la ejecución de las mencionadas actividades sin que exista afectación económica para la Concesionaria. Adicionalmente, se señaló que para Convicol no era aplicable la Cláusula 109 del Contrato dadas las circunstancias de hecho en las que se encontraba el Contrato, ni a la extensión de las actividades de administración, operación y mantenimiento, luego de terminado el contrato.
- La Interventoría, en el oficio 01-13076-2016 de 19 de octubre de 2016, concluyó "que con el último porcentaje propuesto por el Concesionario del 29,9% promedio del recaudo, se cubren los costos de la atención de la totalidad de las especificaciones técnicas de Operación y Mantenimiento establecidas contractualmente...dicha valoración se realiza en el marco de la revisión de un porcentaje del recaudo mensual que cubra los costos de Operación y Mantenimiento mensual en que incurra el Concesionario en el periodo posterior al 31 de diciembre de 2016 y hasta el recibo final del Proyecto", y mediante el Memorando Interno 2016-306-013055-3 del 24 de octubre de 2016, la Vicepresidencia de Gestión Contractual solicitó a la Vicepresidencia de Estructuración que analizara y proferiera concepto en relación con la situación presentada por la Concesionaria por medio del Oficio 008-16-CLI-CVC-RLGLJ.
- La Vicepresidencia de Estructuración mediante memorando interno No 2016-200-013829-3 de 03 de noviembre de 2016 dio respuesta a la anterior solicitud en los siguientes términos: "(...) De acuerdo con lo anterior se puede considerar viable la propuesta realizada por el concesionario y validada por la interventoría mediante oficio No 2016-306-0130553 y proceder a su corrección manteniendo el equilibrio económico de contrato. (...)"
- El 21 de noviembre de 2016, Convicol por medio del oficio 015-16-CLI-CVC-RLGLJ le entregó a la Interventoría los formatos y soportes del proceso de reversión de los bienes afectos del Contrato de Concesión, mencionando que era claro que la reversión de los bienes afectos al Contrato de Concesión debía llevarse a cabo antes del vencimiento de su plazo -31 de diciembre de 2016-, y dado que contractualmente no se estableció una etapa adicional para llevar a cabo el mencionado Proceso de Reversión, la Concesionaria dio oportuno cumplimiento tanto a las obligaciones que a ella le corresponden, como a lo solicitado por la ANI mediante el Oficio 2016-310-024258-1. Convicol dio alcance a este oficio con el Oficio 026-16-CLICVC-RLGLJ del 6 de diciembre de 2016, y el Oficio 049-16-CLI-CVC-RLGLJ 29 de diciembre de 2016.
- El 6 de diciembre de 2016, Convicol por medio del oficio 02716-CLI-CVC.RLGLJ, dio alcance al oficio 008-16-CLI-CVC-RLGLJ por el cual se le informó que una vez incluido el rubro del Convenio con la Policía Nacional, la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. manifiesta que requiere le sea reconocido el 32% del recaudo total de las cinco estaciones de peaje (Casablanca, Saboyá, Oiba, Curití y Curos) para realizar la Administración, Operación y Mantenimiento del corredor vial Zipaquirá - Bucaramanga (Palenque), en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2017. Convicol remitió adjunto los presupuestos discriminados para la realización de cada una de las actividades propuestas, así como también la proyección del recaudo para los meses de enero a junio de 2017.
- La Interventoría, en oficio 01-14352-2016 de 14 de diciembre de 2016, respondió a la Concesionaria, encontrando que la actualización propuesta por la Concesionaria se ajusta a la realidad de las condiciones dentro del Convenio con la DITRA, por lo cual el porcentaje solicitado del 32% mensual sobre el recaudo



- permitirá a la Concesionaria cubrir los costos de atender de manera integral u completa las actividades de administración, operación y mantenimiento establecidas en el Contrato.
- La Interventoría mediante comunicación 01-14354-2016 con radicado ANI 2016-409-114220-2 de 14 de diciembre de 2016 conceptuó en relación a la modificación del literal f de la cláusula 109 del Contrato de Concesión, concluyendo lo siguiente: “Finalmente, de todo lo anteriormente expuesto es posible concluir que, en salvaguarda de los principios de buena fe, igualdad y equilibrio de las prestaciones consagrados en la Ley 80 de 1993, sería posible ajustar la redacción del literal f. de la cláusula 109 del Contrato de Concesión, modificando el porcentaje del recaudo mensual de peajes que podría recibir el Concesionario por atender las obligaciones de Operación y Mantenimiento del corredor, en el periodo posterior a los 36 meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio”.
  - La Vicepresidencia Jurídica de la ANI, mediante Memorando Interno 2016-705-016254-3 de 16 de diciembre de 2016 consideró que la modificación propuesta no se consideraba una “adición” al Contrato de Concesión, sino que correspondía a una corrección y al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.
  - El 21 de diciembre de 2016, el representante legal de Convicol se reunió con funcionario de la ANI en las oficinas de dicha entidad, reunión en la cual firmó el Otrosí No. 3 al Contrato, el cual recogía los acuerdos a los cuales habían llegado. Dicho Otrosí contó con el visto bueno de la Supervisión encargada por la ANI.
  - El representante legal de Convicol fue citado en la ANI el 30 de diciembre de 2016 para supuestamente hacerle entrega del Otrosí No. 3 firmado por la entidad. Sin embargo, en dicha reunión se llevó la sorpresa que dicho documento no fue firmado por la ANI aduciendo razones superfluas e inmotivadas, y contradiciendo toda la conducta preliminar anterior.
  - La Interventoría, por medio del Oficio 0103046-2017 del 15 de mayo de 2017 solicitó a la Concesionaria realizar la reparación de las patologías encontradas a lo largo del corredor -Indicadores E2, E3, E4 y E5-, con el fin de garantizar la seguridad vial y dar cumplimiento a lo pactado en el Contrato de Concesión, y por medio del Oficio 01-03120-2017 del 15 de mayo de 2017, reiteró a la Concesionaria la solicitud de atención para la reparación de las alcantarillas ubicadas en las abscisas PR3+750 y PR14+886 de la Ruta 45A06 que hacen parte del Indicador E7, con la advertencia de que de no cumplir con dicho requerimiento, daría uso de las multas estipuladas en la Cláusula 58 del Contrato de Concesión.
  - La ANI por medio del Oficio 2017-306-016474-1 del 31 de mayo de 2017 le remitió a Convicol la respuesta dada a la Alcaldía de Sutatausa, en la que le informó a la mencionada Alcaldía que el Contrato de Concesión se encontraba en Etapa de Reversión y que el día 30 de junio de 2017 le sería entregado el corredor vial al INVIAS como dueño de la infraestructura. Señala la convocante que a pesar de que en el Contrato no se pactó una Etapa de Reversión, la ANI le afirmó a la Alcaldía de Sutatausa que el Proyecto se encontraba en dicha Etapa, y agrega que prueba de lo anterior es el Otrosí No. 1 al Contrato de Interventoría No. 548 de 2013, en el que se prorrogó el plazo del Contrato de Interventoría hasta que se llevara a cabo la reversión del Contrato de Concesión.
  - La Interventoría remitió los siguientes oficios al Concesionario: (i) por medio del Oficio 01-03254-2017 del 25 de mayo de 2017, indicó los sectores que requieren mantenimiento rutinario según lo establecido en el Indicador E6 remoción de derrumbes-, y requirió al Concesionario la atención de este indicador de manera inmediata. (ii) Mediante el oficio 01-03397-2017 de 31 de mayo de 2017 remitió a la Concesionaria un oficio en el que se ponía de presente un supuesto incumplimiento en el sector Te de Portachuelo – Peaje de Saboyá, y requirió a la

- Concesionaria realizar todas las acciones para que a la fecha de la reversión se cumplan con los valores de aceptación de cada Indicador de Estado y Operación.
- (iii) Por medio del oficio 01-03399-2017 de 31 de mayo de 2017, le remitió a Convicol un oficio mediante el cual se le ponía de presente un supuesto incumplimiento por parte de la Concesionaria en el sector San Gil - Palenque, y requirió a la Concesionaria realizar todas las acciones para que a la fecha de la reversión se cumplan con los valores de aceptación de cada Indicador de Estado y Operación.
- En respuesta a los anteriores comunicados, Convicol remitió los oficios 190-17-CLI-CVC-RLGLJ del 09 de junio de 2017 y 191-17-CLI-CVC-RLGLJ de 9 de junio de 2017, en los que solicitó: (i) que la evaluación del cumplimiento de los indicadores de estado y operación, así como del índice de estado mayor o igual a 4.0 y de la vida útil del pavimento de un año a lo largo del corredor vial, se haga con corte a 31 de diciembre de 2016, y (ii) que la Interventoría se abstuviera de instar a la Concesionaria a ejecutar inversiones y llevar a cabo mantenimientos necesarios para cumplir con los índices de estado y operación con corte a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2016.
  - La Interventoría, por medio del oficio 01-03671-2017 del 13 de junio de 2017 requirió a la Concesionaria que adelantara de forma inmediata las actividades de mantenimiento del pavimento en los tramos relacionados en el anexo del citado oficio.
  - Al suscribirse el Acta de Reversión el 30 de junio de 2017, Convicol, en el oficio 217-17-CLI-CVC-RLGLJ, con el cual envió el acta suscrita, consignó salvedades. El 1° de agosto de 2017, la ANI por medio del Oficio No.2017-306-024381-1, dio respuesta a las salvedades realizadas por Convicol al Acta de Reversión.
  - Alega la convocante que la ANI decidió alargar la finalización del plazo contractual hasta el 30 de junio de 2017, cuando se firmó el Acta de Reversión de los bienes afectos al Contrato de Concesión, y luego sí posteriormente, iniciar los trámites para lograr la liquidación del Contrato, lo que le generó mayores costos al Concesionario. Precisa que conforme a lo pactado (i) la liquidación del Contrato se realizaría a los seis (6) meses posteriores a la terminación del Contrato, esto es, pasados los tres (3) años acordados en la cláusula 4ª del Contrato; (ii) una vez obtenido el VPIP la Concesionaria tendría derecho al 15% del recaudo de los peajes, durante el periodo comprendido entre la obtención del VPIP y el recibo del Corredor Concesionario por parte de la Agencia; (iii) la Concesionaria tuvo a su cargo la operación de los peajes hasta la suscripción del Acta de Reversión, fecha en la supuestamente finalizó el Contrato, y (iv) la Concesionaria tuvo que seguir ejecutando actividades de operación y mantenimiento hasta que se suscribió el Acta de Reversión, a pesar de ya haberse terminado el plazo del Contrato.
  - Manifiesta la convocante que la Concesionaria tuvo que invertir recursos para el cumplimiento de requerimientos hechos por la ANI y la Interventoría, sin que dichos montos de dinero fueran reconocidos en el marco de un equilibrio contractual del Contrato, puesto que se sabía que era necesario que se le reconociera un 32% del recaudo de peajes.
  - Se cita el numeral 1.7.4, subnumerales 1.7.4.1 y 1.7.4.4. sobre el índice de estado, el literal c de la cláusula 109, según el cual la Interventoría contaba con seis (6) meses antes de terminar el plazo del Contrato de Concesión para efectuar la revisión de la infraestructura que posteriormente debía ser revertida a la ANI, y la cláusula séptima del Acta de reversión suscrita el 30 de junio de 2017, a partir de la cual concluye que para la época en la cual fue llevada a cabo la Reversión del Contrato de Concesión la Interventoría no había realizado la medición del Índice de Estado del corredor que se requería para el recibo de las obras.

- Con 278-17-CLI-CVC-RLGLJ del 15 de agosto de 2017, el Concesionario entregó a la Interventoría un informe del Índice de Estado del corredor vial Zipaquirá Bucaramanga (Palenque).
- La Interventoría mediante comunicación con radicado ANI 2017-409-098992-2 de 14 de septiembre de 2017 entregó a la Agencia el Informe Final requerido para la liquidación del Contrato de Concesión en donde certificó el cumplimiento del Índice de Estado del corredor vial Zipaquirá – Bucaramanga (Palenque).
- Manifiesta la convocante que la anterior circunstancia conllevó a que la Concesionaria incurriera en gastos adicionales para poder poner a punto el corredor y así cumplir con el Índice de Estado al momento en que se hiciera la reversión y entrega de la infraestructura, debiendo además garantizar su estabilidad durante el plazo adicional de la Etapa de Reversión que la ANI impuso de forma unilateral, sabiendo que dicho Índice de Estado debió medirse con anterioridad a la terminación del plazo del Contrato, incluso en el momento de la terminación de la Etapa Preoperativa, medición que la Interventoría no realizó de forma oportuna.

I. Hechos relacionados con el pago de las retribuciones a favor de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.

- En la cláusula 72 del Contrato de Concesión se pactaron las reglas propias de retribución de la Concesionaria, donde se acordó una fórmula especial para cada una de las cuatro retribuciones, la cual incluía unos mecanismos precisos de liquidación de los valores a pagar en cada una de esas retribuciones.
- La Interventoría en el oficio 01-08408-2016 de 30 de junio de 2016, remitió a la ANI el certificado para el pago de la Segunda Retribución de acuerdo con las condiciones establecidas en la Cláusula 72 del Contrato de Concesión, y el 14 de julio de 2016, la ANI por medio del Oficio No. 2016-306-020878-1, le remitió a la Fiduciaria Bancolombia S.A. la orden de pago de la Segunda Retribución a favor de Convicol.
- Por medio del Oficio 001-16CLI-CVC-RLGLJ del 22 de agosto de 2016, Convicol solicitó la corrección del valor pagado por la primera y la segunda retribución, ya que a juicio del Contratista no se entregó el valor completo referente a esos rubros, toda vez que no se aplicaron correctamente las cláusulas contractuales al haber tomado de forma errónea el mes de referencia para calcular las retribuciones.
- La ANI dio respuesta a la anterior comunicación con el oficio 2016-310-030684-1 de 30 de septiembre de 2016, señalando que consideraba no procedente la reclamación.
- La Interventoría por medio del Oficio 01-14441-2016 certificó a la ANI el pago de la Tercera Retribución, en la cual se cometió el mismo error en la aplicación de la fórmula, y mediante el oficio 01-14490-2016 de 19 de diciembre de 2016 presentó el certificado de cumplimiento para el pago de la Tercera Retribución.
- La ANI, por medio del oficio 2016-306-039654-1 del 20 de diciembre de 2016, avaló a la Fiduciaria Bancolombia S.A. el pago a Convicol de la Tercera Retribución.
- El 29 de diciembre de 2016, la Interventoría, por medio del oficio 01-14805-2016, le certificó a la ANI el pago de la Cuarta Retribución, y el 3 de enero de 2017, se verificó el movimiento del depósito del abono del pago a Convicol de la Cuarta Retribución, por un valor de \$57.000.000.000.

- El 13 de enero de 2017, la ANI le solicitó a la Fiduciaria Bancolombia S.A. realizar el pago total con los recursos del Presupuesto de la Nación depositados en la Cuenta Aportes ANI referentes a la Cuarta Retribución a favor de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. (oficio 2017-306000690-1). En esta misma fecha, se hizo efectivo el pago a Convicol del saldo restante de la Cuarta Retribución por un valor de \$94.180.000.000.
- El 23 de enero de 2017, la Interventoría, por medio del Oficio No. 0100424-2017, le remitió a la ANI el Formato GCSP-F-007 de Ejecución de Recursos Públicos.
- Expone la convocante que para el caso de la Primera Retribución, se calculó con base en los ingresos por peaje desde la suscripción del Acta de Inicio (1 de enero de 2014), hasta el 30 de junio de 2015 (fecha en la cual finalizaba originalmente la Etapa Preoperativa), omitiendo que según lo pactado en el Contrato dicha Primera Retribución, debía ser calculada con base en los ingresos por peaje desde la suscripción del Acta de Inicio (1 de enero de 2014), hasta la firma del Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa, esto es, 15 de diciembre de 2015, fecha en la cual se suscribió la mencionada Acta, lo cual da lugar a que se calculara un menor valor de retribución al que debía pagarse y que, en consecuencia, el valor restante solo se pagara con la Segunda Retribución, dando lugar con ello a un pago tardío de una parte de la Primera Retribución. Es preciso advertir que el mismo error en la aplicación de una fórmula contractual se cometió en todas y cada una de las demás retribuciones, dando lugar con ello a que, si bien se pagó el valor completo de la retribución, dicho pago se hizo, parcialmente para las tres primeras retribuciones, de manera tardía, con lo cual se causaron unos intereses a favor del Concesionario que jamás fueron reconocidos por la ANI.

J. Hechos relacionados con el pago del recaudo de peaje con posterioridad a la fecha en que se alcanzó el VPIP.

- Conforme al literal (f) de la cláusula 109 del Contrato de Concesión, una vez alcanzado el VPIP, la Concesionaria tendría derecho al reconocimiento del 15% del recaudo de los peajes, para efectos de remunerar los gastos que haya tenido que incurrir por la administración, operación y mantenimiento.
- La ANI remitió a Fiduciaria Bancolombia los oficios ANI 2016310-027109-1 de 5 de septiembre de 2016, y ANI 2016-310-039655-1 del 20 de diciembre de 2016. En ambas instrucciones impartidas por la ANI, se ordenó el traslado de los recursos sin tener en cuenta el 15% del recaudo de peajes una vez obtenido el VPIP a que contractualmente tenía derecho la Concesionaria, teniendo en cuenta que, como lo manifestó la ANI en su oficio ANI 2016-310-027109-1 de 5 de septiembre de 2016, dicho VPIP fue alcanzado por la Concesionaria el 28 de abril de 2016, de tal manera que se le adeuda dicho valor desde la referida fecha hasta la suscripción del Acta de Reversión, dado que hasta esa fecha, la Concesionaria tuvo que seguir administrando el Corredor Vial.

K. Hechos relacionados con los perjuicios derivados como consecuencia de que en la Etapa de Liquidación del Contrato de Concesión, la ANI le hubiera exigido a la Concesionaria asumir obligaciones de Gestión Predial propias de la etapa de ejecución contractual -fondeo de Subcuenta Predios y trámites de expropiación predial-.

- La Gestión Predial del Contrato de Concesión fue exitosamente acometida y cumplida por el Concesionario de acuerdo a lo pactado, pues de lo contrario la ANI no hubiese (i) firmado el Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa e inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento, recibiendo las obras de la Fase de Puesta a Punto sin salvedades, (ii) pagado las cuatro (4) retribuciones previstas en la Cláusula 72 del Contrato, y (iii) suscrito el Acta de Reversión el 30 de junio de 2016. Además, bajo afirmación indefinida se tiene que la ANI en ningún

momento dio inicio a procedimientos de imposición de multas y/o sancionatorios en contra de Convicol por incumplimiento de la Gestión Predial.

- En la Etapa de Liquidación del Contrato, la ANI le exigió al Concesionario (i) fondear la Subcuenta Predios de la Cuenta Aportes Concesionario con el valor correspondiente al avalúo de dos (2) predios que requirieron la aplicación de la figura de la expropiación -la cual no se concluyó por negligencia, inactividad y falta de interés de la misma entidad-, y (ii) asumir las actividades de sustanciación e impulso de esta gestión hasta tanto los juzgados que conozcan de las demandas de expropiación decidan poner a nombre de la Agencia los predios en cuestión y los mismos sean inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva.
- La Interventoría mediante el oficio 01-08276-2016 de 28 de junio de 2016, aclarando que la Concesionaria había subsanado las observaciones realizadas, remitió a la ANI el expediente predial CVC-PC-12-02 para continuar con el correspondiente proceso de expropiación.
- La Interventoría mediante oficio 01-08480-2016 de fecha de 1 de julio de 2016, le comunicó a Convicol el estado del seguimiento de los procesos de expropiación que se adelantan, informándole que durante el Comité de Seguimiento del 23 de junio de 2016, se tocó el tema correspondiente a los expedientes prediales CVC-PC-12-02 y CVC-PC-48-49-1.
- El 15 de julio de 2016, Convicol por medio del oficio 331-16-CLI-CVC-DPR, le respondió a la Interventoría los Oficios 01-07565-2016, 01-08480-2016 y, 01-08848-2016, remitiéndole el Cronograma de Actividades en relación al proceso de expropiación con ficha predial CVC-PC-48-49-01.
- La ANI mediante el Oficio 2016-604-021364-1 del 19 de julio de 2016, le informó a la Concesionaria que una vez realizada la revisión técnica y jurídica de la carpeta predial CVCPC-12-02 se encontraron inconsistencias, las cuales debían ser subsanadas de manera perentoria para poder continuar con el proceso de expropiación judicial.
- Convicol por medio del oficio 354-16-CLI-CVC-DPR del 27 de julio de 2016, en respuesta al oficio anterior, le remitió a la ANI el expediente con ficha predial CVC-PC-12-02 y; de igual manera, le solicitó a la Interventoría la suscripción del formato GCSP-F-046 LISTA DE CHEQUEO EXPEDIENTES PREDIALES y la remisión de dichos expedientes a la ANI.
- La Interventoría por medio del Oficio 01-09979-2016 de 3 de agosto de 2016 le comunicó a la Concesionaria que una vez realizada la revisión, la Interventoría aprobaba el expediente predial con ficha predial CVC-PC-12-02, y se permitía realizar la suscripción del mismo.
- El 5 de agosto de 2016 por medio del Oficio 367-126-CLI-CVC-DPR, Convicol le respondió a la ANI el Oficio 2016-604-021364-1, informándole que por medio del oficio 354-16-CLI-CVC-DPR le remitió a la Interventoría el expediente con las correcciones solicitadas. En tal sentido, se le remitió a la Entidad el original del expediente predial CVC-PC-1202.
- El 29 de agosto de 2016, Convicol por medio del Oficio 421-16-CLI-CVC-DPR, le dio alcance al Cronograma de Actividades relacionado en el Oficio 33116-CLI-CVC-DPR por medio del cual se le estaba dando seguimiento al proceso de expropiación CVC-PC-48-49-01; toda vez que hasta la fecha había sido imposible lograr los pagos de mejoras, y continuar de esta forma con el Cronograma establecido.

- La Interventoría al no compartir el cronograma presentado en el oficio anterior, por medio del oficio 01-11719-2016 del 6 de septiembre de 2016, le solicitó a la Concesionaria remitir un Cronograma más ágil.
- En respuestas del anterior oficio, Convicol por medio del Oficio 470-16-CLICVC-DPR del 10 de octubre de 2016, le remitió a la Interventoría el expediente predial CVC-PC-48-49-01 junto con el informe técnico solicitado, el cual fue aprobado por La Interventoría, por medio del Oficio No. 01-13077-2016 del 20 de octubre de 2016, y remitido a la ANI el 21 de octubre de 2016, por medio del Oficio 486-16-CLI-CVC-DPR.
- Luego de haber entregado a la ANI las fichas prediales con las resoluciones de expropiación de estos dos predios ya listas para numeración, fechado y suscripción, la ANI guardó completo silencio.
- La ANI, una vez terminada la etapa de ejecución y el plazo contractual, mediante el Oficio 2017-306-020313-1 del 30 de junio de 2017, comunicó a la Concesionaria que en desarrollo de las actividades tendientes a revertir y liquidar el Contrato de Concesión se había encontrado que, aunque se contó con el 100% de los predios disponibles para la ejecución del proyecto, al ANI aún no tiene la totalidad de predios a su nombre, debido a que dos de los predios están en proceso de expropiación, por lo que sería descontado del último pago de remuneración lo correspondiente para culminar con dichas expropiaciones. La Concesionaria dio respuesta al anterior oficio con la comunicación 22717-CLI-CVC-RLGLJ del 10 de julio de 2017.
- Alega la convocante que a pesar de que Convicol cumplió con la Gestión Predial establecida en el Contrato de Concesión, la Entidad bajo su actuar caprichoso y sin fundamento, obligó a la Concesionaria a realizar y ejecutar pagos adicionales a los inicialmente pactados en el Contrato, dada la negligencia de la misma ANI en culminar los procesos de expropiación, los cuales únicamente ella podía llevar a cabo.

## 2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según se relató en el capítulo de antecedentes, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda reformada, oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros, y formuló las siguientes excepciones:

- A) *Validez del contrato de transacción del 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013.*
- B) *La conducta de la Concesionaria es contraria a la buena fe negocial.*
- C) *Lex Contractus Pacta Sunt Servanda y principio de conservación del negocio jurídico.*
- D) *Las obras relativas al Paso Urbano por el municipio de Ubaté y los trabajos e intervenciones de los Puntos Críticos No. 04, 05, 36, 60 y 61 hacían parte del alcance básico del Contrato de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013.*
- E) *El pago de las cuatro retribuciones e (sic) hizo en todo de conformidad con las estipulaciones negociales de las partes.*

- F) *Inexigibilidad de la obligación de reconocer perjuicios o mayores costos derivados de la ampliación de las garantías contractuales frente a actividades relacionadas con el contrato de transacción y Otrosí No. 1 del Contrato de Concesión bajo el Esquema APP No. 517 de 2013 y de la constitución de una póliza para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura.*
- G) *Inexistencia e inexigibilidad de la obligación pretendida por el concesionario de reconocimiento de perjuicios o mayores costos derivados de la entrega de bienes y equipos entregados a la Policía de Carreteras.*
- H) *Inexigibilidad de la obligación de suscripción del acta de reversión en los términos pretendidos por el demandante – La ampliación de las pólizas era una obligación del concesionario y a su cuenta por hechos imputables solo a él – Inexigibilidad de reparación o compensación alguna derivada del cumplimiento de los índices de estado al momento de la reversión de la infraestructura concesionada.*
- I) *Inexistencia de incumplimiento e inexigibilidad de la obligación de pago del 15% correspondiente al recaudo de peajes después de obtenido el VIPIP por el Concesionario.*
- J) *Gestión predial era una obligación a cargo del concesionario y un riesgo que este debía asumir.*
- K) *Al no existir incumplimiento alguno por parte de la entidad no se produce la mora ni sus efectos jurídicos.*

### **III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO**

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, hallándose por lo tanto reunidos los presupuestos procesales, y que en el desenvolvimiento de la susodicha relación no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 137 del Código General del Proceso, a lo cual debe añadirse que durante las etapas procesales correspondientes ninguna de las partes propuso discusión al respecto, motivos estos por fuerza de los cuales hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje, finalidad en cuya virtud son conducentes las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. PRELIMINAR. EL PROBLEMA JURIDICO MEDULAR.**

La Sociedad Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, suscribieron el contrato de concesión bajo la modalidad de APP No. 517 de 2013.

Observa el Tribunal que la controversia se resume en diez puntos principales que se encuentran establecidos en las pretensiones de la demanda reformada:

1. La nulidad del Contrato de Transacción del 8 de septiembre de 2015 y del otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015.
2. La remuneración de los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los Puntos Críticos 04-05,36 y 60-61 en la medida en que el Concesionario considera que no se encuentran incluidos dentro del alcance inicial del contrato.
3. La remuneración de los trabajos realizados en el Paso Urbano de Chiquinquirá, en tanto que el Concesionario estima que tampoco se encuentran incluidos dentro del alcance inicial del contrato.
4. La reducción realizada por la Agencia Nacional de Infraestructura de la primera retribución, por cuanto el Concesionario considera que no se hizo conforme al procedimiento previsto contractualmente.
5. Los mayores costos que en opinión de la convocante deben ser reconocidos, derivados de la no suscripción del acta de reversión el 31 de diciembre de 2016.
6. Los mayores costos que en criterio de la convocante se derivaron de la ampliación de las garantías todo riesgo construcción derivadas de la celebración del Contrato de Transacción, la constitución de la póliza de seguro para el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura y la ampliación de las garantías contractuales hasta la fecha de suscripción del acta de reversión.
7. Los mayores costos que en criterio de la convocante no deberían ser asumidos derivados del suministro de los bienes y equipos a la Policía de Carreteras, por cuanto no estaban incluidos dentro de la lista contenida en el Contrato de Concesión.
8. La aplicación que según el Concesionario se hizo de forma incorrecta por parte de la convocada de las fórmulas pactadas para la liquidación y pago de las retribuciones a favor de la Concesionaria Vial de Colombia.
9. El derecho que en concepto de la convocante tiene para recibir el 15% del valor de recaudo de peaje a partir de la fecha en que se alcanzó el VPIP pactado y hasta la reversión de los activos.
10. La obligación de ejecutar gestión predial con posterioridad a la fecha de la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento del contrato de concesión, la cual en criterio de la convocante es improcedente.

Por su parte la convocada se opone a la prosperidad de las pretensiones, y propone excepciones.

Enseguida habrá de darse marco a la controversia desde el punto de vista probatorio.

## **2.A - EL CONTRATO 517 DE 2013.**

La Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., suscribieron el 11 de diciembre de 2013, el contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Pública Privada No. 517 de 2013.



En la cláusula segunda del contrato, se estableció como objeto:

*“El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de un Contrato de Concesión bajo el esquema de asociación pública privada para que el Concesionario, realice por su cuenta y riesgo el reforzamiento, obras de construcción, Operación y mantenimiento, según corresponda, del Proyecto Vial Zipaquirá-Bucaramanga (Palenque), y la preparación de los estudios de detalle a que hubiere lugar, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de Licencias Ambientales o Permisos y la financiación en el corredor concesionado “Zipaquirá-Bucaramanga (Palenque)” denominado corredor “Zipaquirá-Bucaramanga” (Palenque).*

**PARAGRAFO.** *El Contrato incluye la ejecución completa y en los plazos previstos de: (i) las obligaciones señaladas para el Concesionario durante la Etapa Preoperativa; (ii) las actividades y obras descritas en las Fases de Preconstrucción y Puesta a Punto, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iii) las Obras de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse a las Obligaciones Ambientales y de Gestión Predial y Social...”*

El plazo del contrato se estableció así en la cláusula cuarta:

*“El plazo del Contrato es de TRES (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio y hasta la fecha de suscripción del Acta de Recibo Final...”*

## 2.1. LA NATURALEZA DEL CONTRATO SUSCRITO.

Por su parte, el régimen legal del contrato fue determinado así:

*“El presente Contrato se regirá por lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios y en lo no previsto en ella, se aplicará lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Ley 1450 de 2011, la Ley 1474 de 2011, 1450 de 2011 (sic), la Ley 1523 de 2012 y el Decreto 734 de 2012, así como las (sic) demás disposiciones que las modifiquen o complementen...”<sup>60</sup>*

En desarrollo de lo anterior, se está ante un Contrato estatal de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada<sup>61</sup>, de conformidad con lo señalado por la ley 1508 de 2012 y la ley 80 de 1993.

<sup>60</sup> Cláusula 7 del Contrato No. 517 de 2013.

<sup>61</sup> Sobre sus antecedentes señala la doctrina: “Como se ha dicho en el apartado anterior, no todos los países están al mismo nivel de desarrollo y conocimiento del modelo de CPP. Los vacilantes inicios del modelo de CPP se sitúan en el último cuarto de siglo XX en el Reino Unido, con motivo del establecimiento de un embrionario Private Finance Initiative (PFI), que permitiera cumplir con los estrictos criterios de convergencia económica ordenados por la UE, si bien, a costa, en numerosas ocasiones, de un considerable retraso de la inversión. Los PFI incorporaron dos de los principios todavía hoy presentes en cualquier fórmula de CPP: la asignación de riesgos a quien puede asumílos mejor y la obtención de un mayor valor por precio.

En esencia, una operación de Project Finance (PF) suele desarrollarse a través de una sociedad de economía mixta, expresamente constituida para la creación de la infraestructura, que obtiene la mayor parte de sus recursos en los mercados financieros, con un apalancamiento elevado (de hasta un 90 por ciento de los fondos necesarios) sobre la garantía de los flujos de caja que generen en el futuro los derechos monetarios cobrados a los usuarios

El proyecto de Asociación Pública Privada se realizó bajo iniciativa pública, según los considerandos que guiaron la firma del contrato:

- a. Mediante Resolución No. 832 del 30 de julio de 2013 expedida por la Agencia se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. VJ-VE-KP-004-2012.
- b. El plazo para la presentación de las Propuestas venció el 10 de octubre de 2013.
- c. El Concesionario presentó Propuesta en la Licitación para el Proyecto Vial Zipaquirá-Bucaramanga (Palenque) a través de la Empresa Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., en las condiciones previstas y permitidas en el Pliego de Condiciones.
- d. Como resultado del proceso de evaluación, la Propuesta presentada por Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S el Concesionario resultó hábil, en los términos de los Pliegos de Condiciones.
- e. Durante la audiencia de adjudicación se hizo la evaluación de la Oferta Económica del Concesionario la cual resultó hábil y ganadora de la Licitación.
- f. Mediante Resolución No. 1284 del 8 de noviembre de 2013 se adjudicó el Contrato de Concesión del Proyecto Vial Zipaquirá-Bucaramanga (Palenque) al Concesionario.
- g. Que mediante documento privado de accionista único del 19 de noviembre de 2013, inscrito el 20 de noviembre de 2013 bajo el No. 01782525 del libro IX, el Concesionario constituyó la sociedad comercial denominada Concesionaria Vial de Colombia S.A. en cumplimiento de los términos y condiciones del Pliego de Condiciones...<sup>62</sup>

Este modelo, novedoso en el derecho colombiano, ha sido definido de la siguiente forma por la doctrina más autorizada:

*“El modelo de asociación público-privada (en adelante APP), conocido en el derecho anglosajón como Public-Private Partnership o simplemente PPP, es una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiación y operación.*

*Si bien son numerosas las definiciones dadas para las APPs en el ámbito internacional, todas ellas hacen hincapié, por una parte, en la participación del sector privado en actividades que, anteriormente, eran desarrolladas en forma exclusiva por la Administración y, por otro lado, en el aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, en el sentido de que cada uno aporta “aquello para lo que es mejor” – en el sentido de capacidades, habilidades, experiencia, etc., de parte del sector privado y acceso a organismos internacionales de crédito, propiedad sobre bienes de*

*del servicio. Esta operativa se acompaña de una cobertura contractual (en muchos casos bilateral) bastante compleja, que garantiza un adecuado reparto de los riesgos y las garantías.*

*En el contexto de las restricciones presupuestarias, que han acabado imponiendo férreas exigencias de disciplina fiscal en paralelo al proceso de unificación económica y monetaria de Europa, especialmente durante la segunda mitad de la última década del siglo XX, la Administración del primer ministro laborista Tony Blair puso en marcha la Private Finance Initiative (PFI). Su objeto era, reproducido de forma sucinta, facilitar la captación de capital privado de acuerdo con la referida técnica del PF para proyectos de inversión de un cierto tamaño en áreas de interés público, en las que, hasta entonces, no se había dado, más allá de alguna aportación filantrópica, una sistemática implicación del sector privado, sanidad, educación, vivienda social, cultura, defensa, regeneración de espacios urbanos, etc. La PFI extendió, con algunas modificaciones relevantes, el modelo de PF a este tipo de operaciones con notable éxito. Cuando hoy se habla de iniciativas de Public-Private Partnership (PPP), en relación a la financiación de proyectos de inversión pública, se está haciendo referencia a operaciones que, con matices, se inspiran precisamente en este modelo de PFI británico...”. RIDO, Joan. La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras. Atelier Libros. Barcelona. 2012. Páginas 31 y ss.*

62 Folio 3 Cuaderno de Pruebas 1.

dominio público – para la provisión de servicios de infraestructura, con énfasis en el principio de “valor por dinero” y la provisión de servicios de calidad...”<sup>63</sup>

## 2.2. LOS OTROSÍES SUSCRITOS.

A lo largo de la ejecución contractual se suscribieron dos otrosíes:

- El primero de ellos suscrito el 28 de septiembre de 2015 y cuyo objeto es: “En concordancia con lo pactado en el Contrato de Transacción, suscrito el día 8 de septiembre de 2015 con ocasión de la ejecución del contrato de concesión No. 517 de 2003, el Concesionario se obliga a la culminación de la totalidad de las actividades de la Etapa Preoperativa que fueron objeto de la transacción, conforme al siguiente cronograma: ...”
- El segundo de ellos suscrito el 9 de septiembre de 2016 y cuyo objeto es la modificación de la cláusula 11 (D) (2) “TERMINOS Y CONDICIONES DE OBLIGATORIA INCLUSION EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL PARA ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO AUTONOMO ...”

## 2. B - FUNDAMENTOS PRELIMINARES.

### 2.1. LOS RIESGOS EN CONTRATOS DE CUARTA GENERACION. EL MODELO DE APPS INTRODUCIDO POR LA LEY 1508 DE 2012.

Con la vigencia de la ley 1508 de 2012, se introdujo en el derecho colombiano el modelo de Asociaciones Públicas Privadas, las cuales pueden obedecer a esquemas de iniciativa pública o privada. El documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013 relativo a PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACION DE CONCESIONES VIALES, enunció el siguiente mapa de riesgos para los proyectos de APP bajo iniciativa pública:

Tabla 7 Riesgos en Concesiones de Cuarta Generación de iniciativa pública

Riesgo	
Predial	Gestión Predial

63 CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial La Ley. 2011. Buenos Aires. Página 556.

	Mayores valores por adquisición predial
Obligaciones Ambientales	Gestión de licencias, consultas previas o permisos
	Mayores valores por compensaciones socioambientales
	Obras no previstas requeridas por autoridades ambientales posteriores a expedición de licencias, no imputables al concesionario
Políticos/sociales	Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI.
	Invasión del derecho de vía
Redes	Mayores valores por interferencia de redes <sup>51</sup>

<b>Riesgo.</b>	
Diseño	Mayores valores derivados de los estudios y diseños
Construcción/ Operación y mantenimiento	Variación de precios de los insumos
	Cantidades de obra
Comercial	Menores ingresos por concepto de peaje <sup>52</sup>
Liquidez	Liquidez en el recaudo de peajes
	Riesgo de liquidez general
Financiación	Obtención del cierre financiero
	Condiciones (plazo, tasas) y liquidez
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario
Cambiario	Variaciones del peso frente a otras monedas <sup>53</sup>
Regulatorio	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales
	Cambios en normatividad <sup>54</sup>
	Cambios en especificaciones técnicas <sup>55</sup> (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)
Túneles	Mayores cantidades de obra <sup>56</sup>
Fuerza Mayor	Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición predial
	Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de redes
	Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario
	Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad <sup>57</sup>
	Eventos asegurables
	Eventos no asegurables

Fuente: Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

<sup>52</sup> Los efectos desfavorables de la evasión del pago de peajes y de liquidez del recaudo de peaje están a cargo del concesionario.

<sup>54</sup> Incluye cambios en la legislación tributaria.

<sup>55</sup> La ANI contará con la facultad de ajustar los proyectos a las nuevas especificaciones técnicas emitidas por el Gobierno Nacional, siempre y cuando cuente con la programación de recursos dentro de su presupuesto.

<sup>56</sup> La garantía de mayores cantidades de obra en túneles se dará a ciertos túneles dependiendo de la longitud de estos y el resultado de los estudios geológicos. La garantía quedará explícita en los contratos y solo cubrirá algunas actividades de excavación, pre soporte y soporte.

<sup>57</sup> Costos ociosos por mayor permanencia en obra, solo en situaciones en las que los recursos del concesionario no puedan ser utilizados para ninguna actividad relacionada o no con el contrato de concesión específico.

## **2.2. EL TRATAMIENTO DE RIESGOS EN CONTRATOS DE CUARTA GENERACION SEGUN EL ESQUEMA DE ASOCIACION PUBLICA PRIVADA BAJO INICIATIVA PUBLICA**

El tratamiento que el propio documento CONPES 3760 establece para los proyectos de Asociación Pública Privada bajo iniciativa pública, aplicado a la cuarta generación de concesiones es el siguiente:

*"De acuerdo con las facultades otorgadas por el Decreto 423 de 2001, en especial al artículo 17, a continuación se presentan los lineamientos de política de riesgos que la ANI deberá contemplar al momento de la estructuración de los proyectos de cuarta generación de concesiones viales. Los lineamientos a continuación presentados adicionan o modifican, según sea el caso, los lineamientos establecidos previamente en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2011.*

### ***i. Riesgo Predial***

*Este riesgo está relacionado con la necesidad de obtención de los diferentes predios para la ejecución de la obra y la prestación de los servicios cumpliendo los indicadores de disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. Se asocia a dos causas principalmente: i) la gestión en la adquisición predial, la cual continuará en cabeza del concesionario y ii) los costos en la adquisición de los predios y sus correspondientes compensaciones socioeconómicas, los cuales contarán con una garantía parcial por parte de la ANI y serán cubiertos por el Fondo de Contingencias.*

*La garantía parcial para los recursos adicionales por sobrecostos en la adquisición predial será de la siguiente manera:*

*(i) Entre el cien por ciento (100%) y el ciento veinte por ciento (120%) inclusive, el Concesionario asumirá la totalidad de los costos.*

*(ii) Superior al ciento veinte por ciento (120%) y hasta el doscientos por ciento (200%) inclusive, el Concesionario aportará el treinta por ciento (30%) y la ANI el setenta por ciento (70%) restante.*

*(iii) Y en caso de ser superior al doscientos por ciento (200%), estará a cargo de la ANI.*

### ***ii. Riesgo por Obligaciones Ambientales.***

*Corresponde a la necesidad de obtención de licencias ambientales o demás permisos, licencias y concesiones de carácter ambiental requeridos para la ejecución del proyecto y cumplimiento de indicadores de disponibilidad y de niveles de servicio. Este riesgo se asocia a:*

- (i) La gestión de permisos normativos (a cargo del concesionario),*
- (ii) Los costos de las compensaciones socioambientales (compartido bajo el mismo mecanismo de cobertura de sobrecostos en adquisición predial expuesto anteriormente), y*
- (iii) Las obras no previstas requeridas por autoridades ambientales, posteriores a la expedición de la licencia y por razones no imputables al concesionario (a cargo de la ANI).*

### *iii. Riesgo Político/social*

*Este riesgo hace referencia a la imposibilidad de instalación, reubicación o movimiento de las casetas de peaje en los diferentes proyectos, lo cual conllevaría a la variación de los posibles<sup>58</sup> flujos de ingresos del concesionario. Dado que el sector público se encuentra en mejor posición para la administración de este riesgo la asignación corresponde a la ANI y será cubierto por el Fondo de Contingencias. Así mismo, al riesgo de invasión de derecho de vía estará a cargo del concesionario, para lo cual deberá implementar las medidas de vigilancia y protección del corredor(es) correspondiente(s) y contará con el apoyo de las autoridades locales cuando se trate de acciones de restitución del derecho de vía.*

*Es importante mencionar que el desarrollo de obras de importante magnitud como las que se derivan del programa de cuarta generación de concesiones viales, requieren de un mecanismo de generación de ingresos propios de los proyectos, que principalmente se derivan de los ingresos de peaje, lo cual implica el pago por el uso de la infraestructura, para cubrir la construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura. Lo anterior implica que dentro de las estructuraciones se tienen previstas la instalación de nuevas casetas de peaje, y en algunos casos el reajuste de tarifas en peajes existentes, lo que requiere de una gestión social importante por parte de la ANI en coordinación con las autoridades locales, para que se concreten dichas fuentes de recursos.*

### *iv. Riesgo en Redes*

*Se refiere a la obligación de traslado, reubicación de las redes de servicios<sup>59</sup> o de protección de las mismas y con ello evitar la afectación o interferencias con el trazado del proyecto. Para el riesgo por mayores valores por interferencia de redes se aplicará la garantía parcial establecida anteriormente para el caso predial y ambiental.*

### *v. Riesgo por diseños*

*Corresponde a la necesidad de cumplir con las especificaciones de diseño en las intervenciones a ejecutar por el concesionario y las posibles modificaciones, dadas las características y particularidades de cada proyecto. Teniendo en cuenta que el concesionario será el encargado de efectuar los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, este se encuentra en mejor capacidad para la administración y mitigación del riesgo, por lo tanto el riesgo por cambios de diseños será responsabilidad del concesionario, a excepción*

de decisiones unilaterales de la ANI o como consecuencia del trámite de licencias o permisos ambientales, por razones no imputables al concesionario, caso en el cual los sobrecostos en diseños serán asumidos por la ANI.

*vi. Riesgo comercial*

El riesgo comercial en el programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, se entenderá como la desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones de recaudo realizadas por la ANI en la estructuración y adjudicación del proyecto.

Es importante tener en cuenta que las proyecciones de ingresos por concepto de tráfico están relacionadas con variables macroeconómicas, y de desarrollo regional, entre otras, las cuales son variables exógenas al desarrollo de los proyectos y por ende de difícil control por parte del concesionario, quien controla de manera efectiva la calidad y disponibilidad de la infraestructura a su cargo.

Con el fin de viabilizar la financiación de largo plazo del proyecto, y dado que en las proyecciones de ingresos existe un grado considerable de incertidumbre en el crecimiento del tráfico natural de los proyectos, así como en el tráfico a generar e inducir por el desarrollo de los mismos, el efecto que esto puede generar en los ingresos de los proyectos y por ende en el desarrollo de los mismos, se considera importante generar un mecanismo de cobertura de dicho comportamiento.

En ese sentido, el riesgo comercial será asumido por el Estado, para lo cual se plantea evaluar periodos de compensación al concesionario durante la vida del contrato en el evento en que las diferencias entre los ingresos reales del proyecto respecto de los esperados sean negativos, y sean efectivamente causados por desviaciones en el ingreso derivado del tráfico proyectado. Las compensaciones a las que haya lugar se manejarán a través de los recursos aportados al Fondo de Contingencias<sup>60</sup>.

Es importante mencionar que mecanismos como este han sido utilizados en países como Chile y Perú para garantizar la bancabilidad de los proyectos, y también han sido recientemente incorporados en la estructuración de proyectos como la Ruta del Sol en nuestro país, en donde en uno de sus tramos y después de tres años de contrato, el crecimiento del tráfico ha sido superior al esperado.

Así mismo, el mecanismo de cobertura a través del Fondo de Contingencias y su metodología de cálculo y revisión, permitirán hacerle un seguimiento anual al comportamiento del tráfico y por ende a la valoración del riesgo comercial producido por este.

*vii. Riesgo Cambiario*

El riesgo cambiario se define como las potenciales pérdidas o ganancias derivadas de la exposición a variaciones en la tasa de cambio entre dos monedas. Para el caso del programa de cuarta generación de concesiones viales, si el concesionario desea o debe acudir a los mercados externos para completar su financiamiento, habría un descalce entre sus obligaciones, que estarían denominadas en dólares, y sus ingresos, que estarían denominadas en pesos. Sin embargo, en aras de un óptimo manejo del cubrimiento de

riesgos, el concesionario podrá acudir a instrumentos como opciones o forwards para mitigar el riesgo cambiario.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en los que por consideraciones de la viabilidad financiera de un proyecto específico la ANI considere necesario compartir el riesgo cambiario, la ANI podrá solicitar vigencias futuras en dólares para tal efecto, se dispondrá de un cupo inicial global de 0,4% del PIB para el plazo total de los proyectos (equivalentes a 3,1 billones de pesos para 2014). La distribución de este cupo entre los diferentes proyectos y en los diferentes años se deja a consideración de la ANI. Sin embargo, en el caso de requerirse un cupo adicional en dólares, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizará un análisis del impacto sobre la sostenibilidad fiscal de emitir vigencias futuras en dólares por encima del límite mencionado.

Este análisis se presentará al CONFIS, quien entregará su recomendación al CONPES en este sentido.

#### viii. Riesgos Regulatorios

Los riesgos regulatorios se seguirán rigiendo por el CONPES 3107, sin embargo en caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual de las tarifas por peaje, la correspondiente compensación deberá ser cubierta con los recursos respectivos del Fondo de Contingencias.

De otra parte, el riesgo regulatorio por cambios en las especificaciones técnicas se entenderán como la obligación de ajustes producto de posibles cambios en la normatividad que establece las especificaciones técnicas de los proyectos viales. Este riesgo estará a cargo de la ANI.

En caso de presentarse estas modificaciones en los manuales técnicos, será de entera discrecionalidad de la Agencia la adopción del cambio en las especificaciones técnicas y la respectiva aplicación al proyecto. En caso de aplicarse las nuevas especificaciones, la ANI deberá cubrir los costos de dicha aplicación.

#### ix. Tecnologías de Recaudo.

El riesgo de implementación de tecnología de recaudo corresponde a los posibles costos que conlleven la implementación de Sistemas Inteligentes de Transporte (ITS, por sus siglas en inglés) relacionados con el recaudo electrónico de peajes. La implementación de los sistemas será una obligación contractual a costo y riesgo del concesionario, una vez se cuente con la reglamentación del protocolo a utilizar por el programa. En caso que el protocolo no esté reglamentado antes de la presentación de las ofertas, la ANI deberá realizar la cuantificación de dicha implementación y reconocerá los costos al concesionario en el momento de la implementación del Sistema.

#### x. Riesgos por sobre costos en Túneles

Se refiere a la posibilidad de insuficiencia en el monto de la inversión presupuestada, destinado a actividades de excavación, pre soporte y soporte, durante la construcción de túneles.

En aquellos proyectos en los cuales se realicen túneles que por su longitud o especificaciones geológicas se impida contar con cierto grado de confiabilidad sobre el valor de las obras a realizar, la ANI podrá otorgar la siguiente garantía para el sobre costo de las actividades mencionadas previamente.



(i) Entre el cien por ciento (100%) y el ciento diez por ciento (110%) inclusive, el Concesionario asumirá la totalidad de los costos.

(ii) Superior al ciento diez por ciento (110%) y hasta el ciento cuarenta por ciento (140%) inclusive, el Concesionario aportará el cincuenta por ciento (50%) y la ANI el cincuenta por ciento (50%) restante.

(iii) Y en caso de ser superior al ciento cuarenta por ciento (140%) estará a cargo de la ANI.

Como mecanismo de mitigación, la ANI realizará aportes al Fondo de Contingencias y exigirá al concesionario desde la etapa precontractual, requisitos mínimos de experiencia en la ejecución y puesta a marcha de este tipo de intervenciones, de acuerdo con las más altas características técnicas.

#### xí. Riesgos por fuerza mayor

Se refiere a aquellos eventos que están fuera del control de las partes. Con el objeto de limitar el riesgo ante este tipo de situaciones no asegurables, y para facilitar la financiación y desarrollo del proyecto, en aquellos casos en que por eventos eximentes de responsabilidad del concesionario, no sea posible para este terminar aquellas obras que por su magnitud, complejidad o incertidumbre lo ameriten, se buscarán mecanismos para determinar una compensación especial, siempre y cuando la obra este significativamente avanzada, tal y como se describe a continuación:

•  Obras de menor o media complejidad o incertidumbre tales como viaductos y obras en superficie o túneles menores a 2 kilómetros de longitud, que superen el 80% de avance general de obra.

•  Obras de mayor complejidad o incertidumbre como túneles cuya longitud sea mayor o igual a 2 kilómetros más sus accesos y equipos para operación, que superen el 40% de avance general de obra.

Lo anterior, supone que las obras de mayor complejidad deberán ser catalogadas contractualmente como unidades funcionales autocontenidas e independientes y en todo caso deberá haber un balance entre obras complejas y no complejas para respetar el valor mínimo de unidad funcional incorporado en la normatividad, con el fin de realizar un mejor seguimiento a su desarrollo. Así mismo, el evento eximente de responsabilidad y su correspondiente compensación no podrá prolongarse más allá de dos años, tiempo en el que se deberán superar las situaciones que den origen al mismo. La compensación especial, que aplicará una vez se haya superado el periodo previsto para construcción de la Unidad Funcional<sup>58</sup>, deberá ser proporcional a la remuneración definida para la misma, en función de la inversión efectivamente realizada, menos una deducción para incentivar la búsqueda de soluciones por parte del concesionario.”

<sup>58</sup> Los Flujos de ingreso del concesionario estarán sujetos cumplimiento de los indicadores de disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

<sup>59</sup> Se refiere a las infraestructuras para el transporte y suministro de servicios públicos, telecomunicaciones, hidrocarburos y, en general, de cualquier fluido o cable.

<sup>60</sup> Se refiere a compensaciones que cubre las diferencias de ingresos por concepto de tráfico en las fechas de corte estipuladas contractualmente. En ningún caso se entenderá como un mecanismo de mitigación del riesgo de liquidez anual por disminución del nivel de ingresos del concesionario.

<sup>61</sup> Periodo en el que por programación presupuestal, se contará con los recursos del Presupuesto General de la Nación para la retribución al concesionario por la terminación de una unidad funcional.

### 2.3. LA TRANSACCION. CONSIDERACIONES SOBRE LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO.

El artículo 2469 del Código Civil define la transacción como *“un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*. Enseguida, la norma precisa que la renuncia de un derecho que no está en discusión entre las partes, no constituye transacción.

A partir de la definición legal, jurisprudencia y doctrina han procurado identificar tanto los caracteres de la figura como sus elementos esenciales, habiendo llegado, al parecer, a un acuerdo en cuanto a que se trata de un contrato de carácter dispositivo, porque *“cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener”*<sup>64</sup>; bilateral, porque implica obligaciones correlativas entre las partes (C.C. art. 1496); consensual, porque no exige formalidad constitutiva alguna, salvo que el acuerdo recaiga sobre bienes raíces (C.C. art. 1500); oneroso, porque supone concesiones recíprocas, lo que equivale a decir que debe ser útil a las dos partes, quienes han de gravarse mutuamente a beneficio la una de la otra (C.C. art. 1497), pero sin llegar a ser un acuerdo de carácter conmutativo, pues no es necesario que entre las prestaciones recíprocas a cargo de las partes exista cierta equivalencia o determinada proporcionalidad (C.C. art. 1498); e, *intuitu personae*, es decir, *“en consideración a la persona con la cual se celebra”*<sup>65</sup> o, como lo dispone el artículo 2479 del Código Civil: *“La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige”*.

Esta caracterización, clásica por lo demás, no está exenta de imprecisiones e inexactitudes que han sido justamente identificadas y resaltadas por un sector autorizado de la doctrina, tanto nacional como foránea. En este sentido, el ilustre profesor Fernando Hiestrosa ha dicho lo siguiente:

*“La transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva. Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente, y su eficacia definitiva. La transacción es una convención o acuerdo, pero no un contrato. Dentro de la tradición francesa (art. 1101 Code civil), el contrato es convención generadora de obligaciones: esta es su función exclusiva (arts. 1494 y 1495 c.c.). Por lo mismo, las convenciones o acuerdos cuya función o cuyos efectos son otros: modificar, extinguir o refrendar cualesquiera relaciones jurídicas, entre ellas las obligacionales, no son “contratos”, y de ahí la impropiedad que se le anota al código civil al calificar de ‘contrato a una convención eliminadora de litigios y eventualmente de obligaciones’. En la*

<sup>64</sup> Cas. civil, 8 de marzo de 1926, G. J. T. XXXI, 217.

<sup>65</sup> Cas. Civil, 6 de junio de 1939, G.J. T. XLVIII, 268.

*jurisprudencia nacional se ha dicho y se repite como estribillo que la transacción es un contrato bilateral, oneroso y consensual, salvo en cuanto se refiera a inmuebles. ¿Contrato bilateral? ¿Es que acaso de la transacción pura nacen de por sí obligaciones correlativas? Ciertamente, no. ¿Oneroso? ¿Dónde están las cargas? Si la base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, este sí requisito fundamental, y si la situación es realmente incierta, que es el supuesto (art. 2487 c.c.), ¿cuál de las partes o qué extraño estará en condiciones de determinar qué se tenía y cuánto se cedió? [...] Se cede en una pretensión, no en un derecho, se fijan los linderos económicos, pero no se realiza una atribución patrimonial; así, la consecuencia práctica es la reglamentación de la relación debatida”<sup>66</sup>*

Respecto del carácter oneroso que ha de ostentar toda transacción, se ha dicho que la exigencia de concesiones recíprocas se explica porque si sólo una de las partes cede o abdica en sus pretensiones, tal acto vendría a ser una renuncia, un desistimiento o un allanamiento, jamás una transacción.

Es obvio, y es también lo usual, que al arreglo del conflicto se llegue porque cada una de las partes renuncia a una fracción de lo que pretende. Pero este proceder es, apenas, un medio que facilita el acuerdo, no un elemento de la esencia de la transacción, la cual, conforme a la letra del artículo 2469 del Código Civil, tan sólo necesita, para existir, de un acuerdo que le ponga fin a un litigio actual o en ciernes, dándole certeza definitiva a la relación jurídica controvertida. Y es ésta la razón por la cual, el doctor Hinestrosa ha venido insistiendo en que *“la transacción no exige conceptualmente concesiones recíprocas, sino simplemente la incertidumbre o, si se va más al fondo, la litis”*, y en que por consiguiente, *“la idea de la dación y la retención adviene no como exigencia de validez, cuya ausencia generaría nulidad, sino como aliciente para el entendimiento y explicación del abandono de la pugnacidad anterior”<sup>67</sup>*.

La naturaleza declarativa del negocio jurídico de transacción, entonces, se impone, pues, se repite, el objeto del mismo no es el de procurar una atribución patrimonial, sino el de darle certeza a una relación jurídica dudosa por la existencia de pretensiones encontradas de las partes. A este propósito, Betti señala: *“Otras veces, en cambio, el negocio patrimonial mira a la reglamentación de las relaciones, basándose en la situación existente (status quo) y, por tanto, a la constatación de las relaciones, dirimiendo conflictos de apreciación, dudas, litigios, actuales o eventuales, sobre su configuración; constatación vinculante para los interesados y que, en consecuencia, si se encuentra en contradicción con la situación jurídica preexistente, es constitutiva de una situación nueva bajo el aspecto sustancial. En este caso, por otra parte, se ha de excluir que la modificación o atribución patrimonial que resulta por reflejo de la reglamentación así dispuesta, pueda considerarse como contenido del negocio; del que sólo es consecuencia indirecta, no necesariamente consciente ni intencional. En antítesis con los negocios de atribución patrimonial, los negocios de esta categoría se pueden calificar de negocios de segundo grado o negocios reglamentarios”<sup>68</sup>*.

<sup>66</sup> Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura y Vicisitudes, I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 723- 725.

<sup>67</sup> La transacción, Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, año LVIII, no. 467, julio- agosto de 1964.

<sup>68</sup> Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 212- 213.

Se trata, como bien se ve, de un reflejo, de una consecuencia indirecta, que no le comunica su propia naturaleza, en este caso dispositiva, a la transacción. Tal vez es por ello que Planiol decía que la transacción no es de por sí un acto translativo de derechos, sino puramente reconocitivo o declarativo.<sup>69</sup>

Parece estar claro, entonces, – y no está de más resaltarlo otra vez - que lo que caracteriza esencialmente a la transacción son las concesiones recíprocas a que aluden tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina universal, pero entendidas no como obligaciones correlativas a cargo de las partes, sino como renuncia o abdicación, parcial o total, de las mutuas pretensiones, entendidas éstas como evento incierto de una *litis* ya surgida o que está por surgir, con el objeto de darle certeza a una relación jurídica respecto de la cual la existencia de pretensiones encontradas la hace dudosa.

Pues bien, sea que se tome a la transacción como negocio jurídico de carácter declarativo, cuya función es la de dirimir un conflicto de manera definitiva (art. 2483 del C.C.: *“la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”*); o como contrato dispositivo, convencional, bilateral y oneroso, el Tribunal encuentra que la transacción suscrita por las partes el 8 de septiembre de 2015, así como el Otrosí No. 1 de 28 de septiembre de 2015, que recogió los acuerdos a que habían llegado en aquélla, son válidos a la luz del ordenamiento jurídico, toda vez que reúnen los elementos necesarios para predicar su existencia, amén de que no se observa causal de nulidad, puesto que su objeto es lícito, lo mismo que lo es su causa; han sido acordados por sujetos plenamente capaces; y, como se analizará más adelante, el consentimiento de quienes en ellos intervinieron, no adolece de vicio alguno, en particular, no fue el fruto de una presión ilegítima de la ANI.

En efecto, grosso modo, ambas partes abandonaron sus pretensiones antagónicas: la convocante a que se declarara que las abscisas de los puntos críticos de los Grupos 1 y 2 eran fijas y no meramente indicativas; y a que se declarara que el paso urbano de Chiquinquirá no formaba parte del objeto del contrato. La convocada, por su parte, renuncia a sus pretensiones, por completo opuestas a las planteadas por la demandante. Y como concesiones recíprocas, la primera renuncia a continuar con el trámite de amigable composición y la segunda desiste del trámite de imposición de multas por incumplimiento de la concesionaria.

#### **2.4. LA FUERZA O VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO**

La fuerza o violencia, física o moral, fue regulada por los artículos 1513 y 1514 del Código Civil conforme a la concepción clásica: por una parte se busca que el consentimiento sea libre, y por la otra se sanciona una conducta reprehensible de quien amenaza. A partir de dichas disposiciones los autores han identificado los

<sup>69</sup> Véase *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, Paris, LGDJ, 1912, p. 716.

caracteres que ha de reunir este vicio del consentimiento para que su víctima pueda obtener la anulación del contrato. En efecto, se trata de proteger la expresión autónoma del consentimiento, el cual, como se sabe, para ser válido, no sólo debe proceder de una correcta apreciación de los hechos que conducen a la celebración del contrato, así como del alcance preciso del compromiso que se adquiere, de modo que se asegure la sanidad del elemento cognoscitivo de la voluntad (ausencia de error y de dolo), sino que debe provenir de la decisión libre, autónoma, independiente de contratar. Dicho de otra manera, el consentimiento sano, además de ilustrado, debe ser espontáneo y, por lo mismo, ajeno a presiones que eliminen injustificadamente la libertad de comprometerse o no y de definir los términos y condiciones del negocio que se celebra. En este orden de ideas, se ha dicho que para que la amenaza elimine la libertad de contratar, ha de provocar temor de sufrir un daño en el evento de negativa a cerrar el acuerdo. Temor que ha de ser grave, determinante, ilegítimo y provenir de la contraparte contractual o de un tercero, es decir, que su origen debe ser humano. *"Para que la fuerza vicie el consentimiento -dice el artículo 1514 del C.C.- no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento"*.

Que la fuerza haya de ser ilegítima es consecuencia lógica del origen penal que se le atribuye a este vicio desde el derecho romano, en el que, como se sabe, por su carácter esencialmente formalista, la voluntad por sí misma no era fuente de obligaciones, de modo que si se cumplía con la forma prevista para el surgimiento del negocio jurídico, éste debía producir normalmente sus efectos, salvo que pudiera detectarse al origen del mismo un comportamiento reprochable, delictuoso o abusivo, de la contraparte en el evento de dolo, de la contraparte o de un tercero en el caso de la fuerza, aquí sin duda porque el ordenamiento presume de derecho que se establece una complicidad en beneficio de la parte que resulta favorecida como consecuencia de la presencia de ese elemento perturbador.

Ya el propio Código Civil (art. 1513 inciso final) asume que la violencia legítima no da lugar a la anulación del contrato, cuando dispone que si éste se ha celebrado por temor reverencial el negocio jurídico es válido. El temor reverencial es legítimo y por lo mismo no es suficiente para viciar el consentimiento. Es evidente que el temor de desagradar a la persona a quien se debe respeto y sumisión, elimina, desde un punto de vista psicológico, igual que lo hace la fuerza ilegítima, la libertad y espontaneidad del consentimiento. Pero en tal caso, el contrato se mantiene porque nada hay que reprocharle a la persona que se reverencia. Como bien lo anotaba Savigny, *"la defensa jurídica no se otorga por el simple temor, sino por aquel generado por amenazas; la razón de esta protección jurídica no puede darse por la mera falta de libertad del querer en quien teme, sino por la inmoralidad jurídica del que amenaza"*<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. Hínestrosa, F., Tratado de las Obligaciones- El Negocio Jurídico, Vol I., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 1076.

La hipótesis paradigmática de la violencia legítima, que no vicia el consentimiento, es el ejercicio de un derecho, vale decir, que si alguien obtiene un contrato bajo la amenaza de hacer efectivo su derecho, por supuesto siempre que no haya desvío en su actuación, desviación que podría inferirse ora de una desproporción entre el derecho que se amenaza ejercer y el resultado que se obtiene con el contrato celebrado bajo esas circunstancias, ora de la finalidad perseguida o de exceso en los medios utilizados, el negocio se mantiene.

Sobre el particular, los profesores Flour, Aubert y Savaux dicen lo siguiente:

*"Es bajo la misma inspiración (los autores se refieren a la justificación del temor reverencial como violencia legítima) que la jurisprudencia decide que la amenaza de ejercer un derecho —especialmente la de intentar demandas justificadas— no entraña nulidad del contrato así obtenido: los fallos son bastante numerosos. Pero es necesario, aquí también, que nada pueda serle reprochado al autor de la violencia: lo que implica, de parte de éste, una conducta correcta, tanto en cuanto a los medios empleados como en cuanto al fin perseguido. Corrección en cuanto a los medios. Sólo son lícitos el ejercicio o la amenaza de ejercer vías de derecho regulares: un acreedor no podría legítimamente usar vías de hecho contra su deudor, aunque con ello no busque otra cosa sino obtener lo que se le debe. Además, un procedimiento judicial objetivamente regular puede ser considerado él mismo como constitutivo de violencia, si se actúa de manera vejatoria o con una finalidad puramente intimidatoria. Corrección en cuanto al fin perseguido. El contrato que se celebra debe tener una relación directa con el derecho que se ha ejercido o se amenaza ejercer: así una constitución de hipoteca, obtenida bajo la amenaza de un embargo de bienes. Hay, por el contrario, nulidad si se procura una ventaja injustificada, alcanzando un resultado distinto del que se tenía derecho a obtener: así, bajo la amenaza de embargo, una duplicación de la deuda"<sup>71</sup> (traducción libre del Tribunal).*

La doctrina francesa es uniforme a este respecto. Así, Malinvaud, Fenouillet y Mekki dicen:

*"En efecto, no hay culpa en ejercer un derecho cuando el elemento moral, antisocial de la violencia hace falta. La violencia es aquí legítima, pero la jurisprudencia subordina esta legitimidad a la rectitud de la conducta de su autor en cuanto a los medios empleados y el fin perseguido. Sólo es legítima la amenaza de ejercer vías de derecho, a condición de que ellas estén efectivamente abiertas a quien amenaza y no sean abusivas o imaginarias. Por el contrario toda amenaza de vías de hecho es una violencia ilegítima, aún si su autor sólo busca obtener lo que se le debe. Además, la amenaza sólo es legítima si tiende a obtener la celebración de un contrato que tenga relación directa con el derecho que se amenaza ejercer. [...] Según la fórmula de la jurisprudencia, la amenaza de empleo de una vía de derecho no constituye violencia sino cuando hay abuso de este procedimiento, sea desviándola de su finalidad, sea haciendo uso de ella para obtener una promesa o una ventaja sin relación o sin proporción con el compromiso primitivo"<sup>72</sup> (traducción libre del Tribunal).*

Y Terré, Simler y Lequette:

<sup>71</sup> Droit Civil, Les Obligations, 1- L'Acte Juridique, Armand Colin, Paris, 2000, p. 153.

<sup>72</sup> Droit des Obligations, LexisNexis, Paris, 2014, pp. 156- 157.

*"Se admite comúnmente que el empleo de vías de derecho (acción penal, embargo) no constituye violencia y en principio no puede motivar la anulación de la convención, puesto que no es otra cosa que el ejercicio de un derecho. [...] Es diferente si el empleo de vías de derecho se desvía de su finalidad, si deviene abusivo"<sup>73</sup> (traducción libre del Tribunal).*

En sentido similar se pronuncia la jurisprudencia nacional. En sentencia de Casación Civil de abril 17 de 1984, la Corte Suprema de Justicia dijo: *"La jurisprudencia subordina la legitimidad de la violencia a la rectitud de la conducta de su autor en cuanto a los medios empleados y en cuanto al fin perseguido. Sólo es legítima la amenaza de ejercer vías de derecho cuando estas sean diáfanas y no abusivas o imaginarias. [...] La amenaza no es legítima sino cuando tiende a obtener la celebración de un contrato relacionado directamente con el derecho cuyo ejercicio se amenaza: la amenaza de empleo de una vía de derecho no constituye violencia a menos que se abuse de este procedimiento, sea desviándolo de su fin, sea utilizándolo para obtener una promesa o una ventaja sin relación con el compromiso primitivo o desproporcionada"<sup>74</sup>. Y en sentencia de Casación Civil de mayo 3 de 1984, la Corte precisó: *"Ahora bien, la fuerza o violencia puede tener un designio económico, como acontece cuando se constriñe al deudor a pagar intereses usurarios, o a dar una cosa de valor mucho mayor que el crédito, o a lograr la celebración de otro contrato más desventajoso para la víctima, etc. Y, algo más, excepcionalmente el ejercicio abusivo del derecho puede llegar a constituir violencia que afecte el consentimiento, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte al afirmar que "el que la violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidado, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho"<sup>75</sup>.**

La exigencia del origen humano de la fuerza, planteó la necesidad de averiguar si la amenaza proveniente de los hechos mismos, de un estado de necesidad o de un estado de peligro, como es el caso de la violencia generalizada, permitía, a quien contrató en tales circunstancias, aducir que su consentimiento estaba viciado y, consecuentemente, solicitar la anulación del negocio, desde luego que se había visto forzado a contratar para evitar un mal mayor. Así, por ejemplo, quien tiene que malvender una finca para escapar a la amenaza de los grupos armados presentes en la zona; o de quien por una urgencia clínica no tiene más remedio que hacerse a los servicios del médico de turno; o de quien para atender un gasto familiar urgente celebra un contrato de trabajo en condiciones que no habría aceptado de no haber existido la urgencia.

<sup>73</sup> Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, Paris, 2002, pp. 242- 243.

<sup>74</sup> Citada por Hinesrosa, F. Tratado de las Obligaciones, El Negocio Jurídico, Vol. I. Cit., p. 1076

<sup>75</sup> Gaceta Judicial, T. CLXXVI, No. 2415, p. 178.

Parece obvio considerar que la presión cuyo origen se encuentra en la coyuntura fuera de su propio control en que se halla el contratante, elimina, cual lo hace la fuerza humana, la libertad de contratar y de acordar los términos y condiciones del mismo. Y si ello es así, cuál sería la razón para negarle la anulación del contrato por vicio del consentimiento?

Está, por supuesto, el argumento de carácter exegético: la ley exige que la fuerza provenga de la acción de un ser humano: la contraparte o un tercero. Y como las normas que establecen causales de nulidad son de carácter excepcional, de interpretación estricta y no admiten aplicación extensiva por analogía, es imposible extender la sanción por vicio del consentimiento proveniente de la fuerza a las presiones que no se originan en una actividad humana desplegada ex profeso con la intención de intimidar a la contraparte contractual. No obstante, la propia ley, en casos especiales, ha considerado que el origen humano de la fuerza no es indispensable para que se configure este vicio del consentimiento. Paradigmático es el caso del salvamento marítimo previsto por el artículo 1550 del Código de Comercio, que a la letra dice: *"Todo contrato de asistencia y salvamento celebrado en el momento y bajo la influencia del peligro, a petición de una de las partes, podrá ser modificado o aun declarado nulo, cuando las condiciones acordadas no sean equitativas, y, singularmente, cuando la remuneración resultare en un sentido o en otro notablemente desproporcionada con los servicios prestados"*.

Por una razón similar: estado de peligro o estado de necesidad, el artículo 1º de la Ley 201 de 1959 dispuso: *"En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado. Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada"*.

Con independencia del alcance, a primera vista recortado, que le dio el legislador al subordinar la acción de nulidad por violencia generalizada a que el acto o contrato se celebre durante la vigencia del estado de sitio, lo cierto es que la jurisprudencia ha procurado una interpretación amplia, que permita anular contratos celebrados en estado de necesidad o de peligro, siempre que se detecte un aprovechamiento indebido, diríase un abuso de posición dominante, por parte de quien saca ventaja del negocio celebrado por la parte que se vio forzada a hacerlo por las circunstancias. Así, en Casación Civil de agosto 13 de 1969, la Corte dijo: *"Dicho está que, a partir de la expedición del precitado estatuto (la Corte se refiere a la ley 201 de 1959), la jurisprudencia ha venido declarando su recto entendimiento con base en los antecedentes históricos y en la preceptiva dogmática de mismo. En lo que respecta a los elementos axiológicos de la acción rescisoria que conlleva la aplicación del texto antes transcrito, tiénese que ellos son los siguientes: a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la*



*vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada por la ley fue de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante de la operancia de aquélla es el sentido de necesidad o intimidación de la víctima; el que podía darse con prescindencia de la referida medida oficial, [...] b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada, [...]; y, c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan presumir a la vez, que ésta no las habría aceptado en circunstancias normales y que por otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquélla. [...] Como se ve el presupuesto legal de que se trata, reproduce en su integridad, el criterio adoptado por la doctrina denominada 'del estado de necesidad' desde su prístina aparición jurisprudencial en Francia."*<sup>76</sup>

En la ya citada sentencia de mayo 3 de 1984, la sala de Casación Civil de la Corte, dijo: "El texto interpretativo de 1959 no ha hecho otra cosa que revelar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano, por lo equitativo, en que desde 1873 el Código Civil viene inspirado de las mejores fuentes. Pero la coyuntura de violencia generalizada en algunas regiones del país ha sido conducente a que el legislador, además de dar énfasis al vicio del consentimiento originado en fuerza ajena a la voluntad de los contratantes, venga a encontrar su demostración ante la justicia por la inferencia fundada en desventaja económica tan significativa para alguna de las partes, que hagan entender que el negocio no se habría celebrado 'en circunstancias de libertad jurídica'."<sup>77</sup>

Dando por admitido, como, parece ser la tendencia jurisprudencial y doctrinal, que el estado de necesidad o el estado de peligro, se asimilan a la fuerza como vicio del consentimiento, es preciso concluir que en estos casos ha de considerarse que la violencia resultante de las circunstancias es legítima cada vez que no haya aprovechamiento indebido por una de las partes, legitimidad que se puede inferir de la inexistencia de una desproporción mayúscula entre las obligaciones que surgen a cargo de las partes. Por el contrario, la violencia será injusta cuando una de las partes aproveche la circunstancia en que se encuentra la otra, para obtener ventajas desmedidas.

## **2.5. LA BUENA FE.**

El principio de la buena fe<sup>78</sup>, con un claro fundamento constitucional, se manifiesta tanto en el derecho privado como en el derecho público. Tal como lo señala

<sup>76</sup> Gaceta Judicial, T. CXXXI, p. 127.

<sup>77</sup> Gaceta Judicial, T. CLXXVI, p. 177.

<sup>78</sup> Sobre la distinción del concepto y el principio de la buena fe, señala Sergio MUÑOZ LAVERDE: "... La doctrina coincide en que son dos los significados básicos de la buena fe. El primero de ellos se relaciona con la buena fe subjetiva, también denominada buena fe creencia, que consiste, básicamente, en la convicción genuina, errada o no, del propio actuar probó, honrado y ajustado a derecho, apoyado en la confianza que brinda la apariencia jurídica. Varias son las disposiciones legales en las que se regula, con efectos particulares, esta concepción de buena fe de la que es ejemplo arquetípico el artículo 766 del Código Civil (buena fe posesoria), según la cual la buena fe "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio", lo que en los títulos traslativos "supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla...". El segundo significado de buena fe es puramente objetivo. En esta acepción se entiende como criterio de comportamiento socialmente esperado, vale decir, como imperativo de conducta recta, honrada y diligente...

Esguerra Portocarrero, la buena fe nació "(...) ajena al derecho público y, muy particularmente, a las relaciones entre los asociados y el Estado, usualmente presididas por una cierta dosis de mutuo recelo."<sup>79</sup> Su temprana inserción en los diferentes Códigos Civiles<sup>80</sup>, hizo que su consolidación como principio general del derecho tuviera un desafortunado retraso, al ser aplicable de forma exclusiva a las regulaciones entre privados.

Su noción se enmarca en lo que González Pérez enuncia de la siguiente forma:

*"La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa –dice LACRUZ– que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales (...)."*<sup>81</sup>

Es decir, se está ante un principio general del derecho, cuya existencia como tal no depende de su consagración normativa, sino que por el contrario, constituye un *príus* lógico respecto de los textos normativos informados por él. Su reconocimiento, que muchas veces se hace en un texto legal, tiene también desarrollos constitucionales. Al respecto señala GORDILLO:

*"La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente principios jurídicos de suma importancia (...). El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho (...)."*<sup>82</sup>

La mencionada regla ha adquirido relevancia fundamental en el campo de la contratación pública. En efecto, su consagración como principio general del derecho, expresado en su presencia dentro del texto normativo de la Constitución, hace que su aplicación sea obligatoria y por ende exigible en el ejercicio de los derechos, en el cumplimiento de las obligaciones y en el momento de la confección de actos jurídicos<sup>83</sup>.

La ambigüedad de la expresión ha llevado a la doctrina a distinguir entre el "concepto" y "el principio" de buena fe. En esta línea de pensamiento el "concepto" de buena fe se identifica con la noción subjetiva, al paso que el "principio" lo hace con la objetiva... El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Editorial Temis. Bogotá, 2010, págs. 212 y ss.

79 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Editorial Legis. Bogotá, pág. 67. 2004.

80 Como muestra de ello podemos citar los artículos 768 y 769 del Código Civil Colombiano: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo vicio" "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria..."; el artículo 1134 del Código Civil francés en lo que concierne a que las convenciones legalmente celebradas "deben ser ejecutadas de buena fe".

81 GONZALEZ PEREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Editorial Civitas, Madrid. 1999. Págs. 71 y ss.

82 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Fundación de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. 2009. Capítulo VI, página 25.

83 Al respecto señala GONZALEZ PEREZ: "Y no sólo cuando ejerce potestades típicamente discrecionales: no sólo como una última posibilidad de control de aquella actividad administrativa que se mueve dentro de un margen de discrecionalidad más o menos amplio. Sino, también, cuando ejerce potestades regladas. Por supuesto, el de la buena fe, como los demás principios generales, constituye, uno de los más preclados criterios a tener en cuenta al enjuiciar las actuaciones discrecionales, y tendrá en ellas su más amplio campo de aplicación. Pero jugará también un decisivo papel cuando la Administración realice actividades regladas. Porque como tal principio informará la interpretación de la norma, acto o contrato que reglamenta la actividad, además de imponer, sin distinción alguna, que el ejercicio de derechos o potestades y el cumplimiento de obligaciones y deberes se conforme a las exigencias de la buena fe...". En el Principio General de la Buena fe en derecho administrativo. Op. Cit. Pág. 39.

Así, en el terreno material como principio general del derecho, cumple varias funciones, entre ellas la de ser fundamento del ordenamiento jurídico<sup>84</sup>, servir de fuente interpretativa<sup>85</sup>, integradora<sup>86</sup> y como límite en el ejercicio de derechos<sup>87</sup>.

En tal sentido señala DIEZ PICASO:

*"La buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes:*

- a) *La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.*
- b) *La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.*
- c) *La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico (...)."<sup>88</sup>*

En el Derecho colombiano existen varias normas que consagran en el campo de la contratación pública la obligación para la Administración y para el contratista de seguir los mandatos de la buena fe, en las etapas de formación, ejecución y liquidación del contrato. En ese orden de ideas, el artículo 5 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 consagra como deber de los contratistas colaborar "(...) con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse (...)." Por su parte, el artículo 23 señala que a las actuaciones contractuales se aplicarán "(...) 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." Por último, en el artículo 28 se establece que en la interpretación de las reglas que rigen los 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 los contratos conmutativos (...)."

<sup>84</sup> Sobre esta característica establece GONZALEZ PEREZ: "... Una norma legal que contraviniese un principio general, cualquiera que fuera el rango, procedimiento y mayoría con que se hubiese aprobado, quedaría tan sólo en una regla con pretensiones de justicia, que no sería Derecho, sino sólo arbitrariedad..." El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo op. cit. pág. 82

<sup>85</sup> En el mismo sentido señala GONZALEZ PEREZ: "...Con independencia de su reconocimiento legislativo, el principio de buena fe, en cuanto principio general del Derecho, cumple una función informadora del Ordenamiento jurídico, y como tal, las distintas normas deben ser interpretadas en armonía con él..." El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo, op. Cit. Pág. 84.

<sup>86</sup> Hace referencia a la función integradora del principio general de la buena dentro del derecho privado y que se ha hecho extensivo al derecho administrativo.

<sup>87</sup> Esta función hace referencia a la imposición de una "... dirección al comportamiento de los hombres en sus relaciones con los demás..." GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Principio General de la Buena fe en derecho administrativo. Op. Cit. Pág. 88.

<sup>88</sup> DIEZ-PICASO, Luis. Prólogo del libro El principio general de la Buena fe. WIEACKER, FRANZ. Editorial Civitas, 1977. Madrid. Página 19.

El citado principio tiene especial relevancia en la etapa de formación del contrato, de acuerdo con las consideraciones legales ya señaladas y con el tratamiento jurisprudencial de la materia por el Consejo de Estado:

*"En la etapa de formación del contrato, el principio general de la buena fe necesariamente está llamado a orientar el procedimiento de selección del contratista, cuestión que ha de materializarse desde la elaboración del pliego de condiciones, documento que debe reflejar la realidad técnica y financiera del proyecto a contratar, previa elaboración de estudios juiciosos y completos, la Administración no puede improvisar en sus pliegos el alcance, costo y tiempo de ejecución del proyecto, partiendo de supuestos que no han sido analizados y comprobados, puesto que una conducta tal, atentaría contra el principio de la buena fe contractual (...)."*<sup>89</sup>

En la etapa contractual el postulado de la buena fe ha tenido desarrollo en el principio de confianza legítima.<sup>90</sup> Este principio, que guarda imbricaciones recíprocas con el de la buena fe, encuentra en el derecho colombiano sus presupuestos en los elementos que a continuación se relacionan:

*"(...) Los principios de confianza legítima del particular en las actuaciones del Estado o de la buena fe en las actuaciones de los administrados, derivadas de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho, limitan las decisiones discrecionales de la administración cuando se dirigen a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares. De este modo, resulta evidente que la aplicación de la buena fe en las actuaciones de los particulares y del Estado no sólo es un principio general del derecho y de ética de comportamiento, sino que es un precepto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la constitucionalización de este principio en el artículo 83 de la Carta evidencia su carácter correlativo o recíproco, pues supone, de un lado, la garantía para el administrado de que el Estado presuma que así actúa frente a él y a los demás particulares y, de otro, el deber de comportarse de buena fe en todas las relaciones, de tal forma que tanto la administración como el administrado deben adoptar comportamientos leales en el desenvolvimiento de sus relaciones. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) "se exige una antijuridicidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del*

<sup>89</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007.

<sup>90</sup> Sobre su concepto señala Pedro José COVIELLO: "... La locución "confianza legítima" deriva de la palabra alemana Vertrauensschutz, que en su textual traducción significa "protección de la confianza", a la que luego se agregó "legítima", que es la más utilizada en las versiones francesas y españolas. En italiano se usa en algunos casos la palabra affidamento legítimo y en inglés legitimate expectations...". En la protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado. Editorial Lexis Nexis. 2004. Pág. 33.

*ciudadano obedece a un puro subjetivismo", iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz (...).<sup>91</sup>*

Teniendo en cuenta lo anterior, la buena fe contractual es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para el contratista, no siendo procedente indemnización alguna derivada para aquel que ha actuado contraviniendo sus finalidades o sus exigencias en una actuación concreta.

Manifestaciones del principio de la buena fe, lo constituyen teorías como la llamada de los actos propios —*venire contra factum proprium non valet*—, cuyos orígenes se remontan al derecho romano, y que tiene semejanzas con figuras del derecho anglosajón como el *estoppel*<sup>92</sup> o del derecho alemán como la *verwirkung*<sup>93</sup>.

Al respecto señala DIEZ PICASO:

*"La doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea de que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Estos casos pueden enumerarse del siguiente modo.*

*1. Venire contra factum proprium. Con base en algunos textos romanos y en la elaboración llevada a cabo sobre ellos por la doctrina posterior se viene repitiendo que nadie puede venir contra sus propios actos. Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.*

*2. El retraso desleal (Verwirkung). Según han establecido la doctrina y la jurisprudencia alemana un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibles. Tres son los elementos de la figura que examinamos: la omisión del ejercicio del derecho; el transcurso de un período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado (...).<sup>94</sup>*

<sup>91</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente Afier Eduardo Hernández.

<sup>92</sup> Sobre el tema señala Hernán CORRAL TALCIANI: "... Los autores del sistema latino-continental que tratan del adagio "venire contra" suelen referirse a la similitud de esta doctrina con la figura anglosajona del estoppel. El estoppel es una regla de prueba que impide que una parte, en el curso de un juicio, alegue y pruebe la falsedad que ella misma ha representado, con sus palabras o conductas, como verdadero. Hay muchas variantes de estoppel, pero las más antiguas son las del estoppel by record, el estoppel by deed y el estoppel in pais. El primero impide a alguien abrir de nuevo una controversia que ya ha sido fallada; el estoppel by deed se alega contra el que pretende desconocer lo declarado en una escritura, documento o registro; el estoppel in pais es el que se opone a aquel que pretende desconocer lo afirmado como verdadero en una conducta anterior. Es éste último el que más se asemeja a la institución latino-continental del "venire contra"...". La raíz histórica del adagio "venire contra factum proprium non valet". En Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión Jurídica 18. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago de Chile, 2010. Pág.31.

<sup>93</sup> Esta figura "... sanciona a quien ejerce con retraso un derecho, actuando contradictoriamente y lesionando la buena fe de quien ha confiado en esa primera situación; esa conducta del titular importa un abuso del derecho que no puede ser privilegiada". BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. En Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcances y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de extensión Jurídica 18. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago de Chile, 2010. Pág.43.

<sup>94</sup> DIEZ-PICASO, Luis. Prólogo del libro El principio general de la Buena fe. WIEACKER, Franz. Op cit. Páginas 21 y 22.

La teoría de los actos propios exige tres condiciones o requisitos para su aplicación<sup>95</sup>:

- a) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción — atentatoria de la buena fe — existente entre ambas conductas.
- c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

En lo que respecta a la primera de las condiciones, que es la relativa a la conducta, ella debe ser entendida como "(...) el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto de algunos intereses vitales."<sup>96</sup> La misma debe ser vinculante y jurídicamente relevante. Lo anterior significa que "(...) la conducta debe tener en el mundo del derecho, trascendencia, deslindándose de las conductas sin valor jurídico y de aquellas que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida. Además, debe tener relevancia tal que permita suscitar la confianza de un tercero (...)."<sup>97</sup>

Sobre el segundo de los requisitos, la pretensión contradictoria, señala BORDA:

*"La pretensión para que pueda ser calificada como contradictoria debe reunir tres condiciones: a) debe tratarse de un acto o conducta realizado con posterioridad a otro anterior, b) debe estar dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado (por lo que las conductas o actos que no estén dirigidas a nadie en especial no constituyen pretensiones) y c) debe importar el ejercicio de un derecho subjetivo digno de protección, pero en otro contexto, pues — en el caso concreto — resulta inadmisibile por ser contraria a la primera conducta. Es necesario insistir que el derecho subjetivo esgrimido en la pretensión sería lícito si es que no hubiera existido la primera conducta. Lo que ocurre es que tomando como base a esta conducta vinculante resulta inadmisibile ejercer un derecho subjetivo que, aunque válido, es contradictorio del propio comportamiento (...)."*<sup>98</sup>

Por último, en cuanto a la identidad de sujetos, ella se refleja en que:

*"(...) los sujetos que intervienen en ambas conductas — como emisor o como receptor — sean los mismos. El sujeto activo, esto es la persona que ha observado determinada conducta — con fundamento en una facultad o un derecho subjetivo — debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo (...)."*<sup>99</sup>

En este orden de ideas, la figura *venire contra factum proprium non valet* se utiliza como fuente generadora de responsabilidad cuando se pretenda desconocer las propias actuaciones en desarrollo de un contrato.

95 BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la Doctrina Argentina. Op. Cit. Pág. 43.

96 *Ibid.* Pág. 44.

97 *Ibid.* Pág. 44.

98 *Ibid.* Pág. 46.

99 *Ibid.* Pág. 47.

## 2.6. LA BUENA FE Y LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El principio de la buena fe tiene relevancia en el análisis del error y el dolo como vicios del consentimiento.

En lo relativo al primero ha señalado la doctrina:

*"En el error es importante que el que incurre en este vicio haya actuado de buena fe. Como lo señala GHESTIN (ob. cit., p. 398 y 399), la buena fe de las partes es un elemento esencial en la teoría del error. El error para ser tal debe ser excusable, y ello presupone la buena fe del sujeto.*

*El que incurre en error por falta de diligencia, debe asumir las consecuencias dañosas de sus actos y no puede invocar la nulidad relativa. Así el error para que sea relevante como vicio del consentimiento requiere: a) que sea conocido por la otra parte; b) que sea excusable, c) que sea esencial o determinante; y d) que refiera a un tipo de error calificado por el orden jurídico (ORDOQUI CASTILLA. Lecciones..., t. II, vol. 1 pp. 162 y ss).*

*La buena fe incide en la ponderación de la cognoscibilidad y de la excusabilidad en caso de error. Se tutela con ellos la buena fe del destinatario de la declaración errada. No se exige que la otra parte haya incurrido en error, sino que se debe controlar si pudo haber conocido la realidad. En el error debe contemplarse la buena fe de la otra parte, o sea, del receptor del error. Aquí se pondera la buena fe en sentido subjetivo. La excusabilidad del error es lo que permite que opere como vicio de la voluntad y requiere haber actuado de buena fe sin culpa. Para que el error pueda actuar como vicio de la voluntad, cada una de las partes debió actuar de buena fe. Cuando la parte conoce el error de la otra y no dice nada, en realidad no actúa con dolo pero sí de mala fe. No hay dolo pues el error fue provocado por la otra parte. Pudo haber sido evitado, pero ello no significa que haya sido provocado (...)."100*

En cuanto al segundo se ha establecido:

*"1) La doctrina más autorizada señala que para que se pueda calificar el comportamiento de un deudor como "de buena fe", en una situación concreta, es necesario previamente determinar si el comportamiento que se analiza no se sitúa dentro de ciertas vallas o límites en cuyo territorio se excluye el principio de buena fe. En ese sentido se habla de límites externos y de límites internos de la buena fe.*

*2) Entre los límites externos se mencionan el principio de orden público y la referencia que puede hacerse, en el caso concreto, a normas ajenas a la buena fe en sentido estricto, como cuando se alude a que el comportamiento debe ajustarse a las "buenas costumbres" o a "la moral". En el primer caso, está claro que cuando una situación jurídica está alcanzada por una norma de orden público, no se puede pretender que se justifique un comportamiento contrario a ese mandato imperativo, alegando su autor que obró de buena fe. El orden público excluye, pues, la buena fe. En el segundo caso, cuando la norma impone el deber de obrar según las buenas costumbres o la moral, tampoco vale apartarse del mandato ni aun alegando buena fe. Esta posibilidad, sin embargo, es mínima porque ajustarse a las buenas costumbres o a la moral es, precisamente, la conducta de una persona honrada, y será muy difícil que quien se aparte de esas normas pueda decir luego que obró de buena fe. Pero dejo los límites externos para otra ocasión,*

100 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Buena fe contractual. Editorial Ibañez. 2012. Bogotá Página 299.

*pues a los fines de explicar la tesis propuesta, me interesa destacar los límites internos.*

*3) Los límites internos de la buena fe son la culpa y el dolo. Esto quiere decir, en definitiva, que para que jurídicamente se pueda considerar un determinado obrar como “de buena fe”, se debe constatar, en el caso concreto, la ausencia de dolo o de culpa; estos extremos constituyen los límites internos de aquella. Se trata de términos incompatibles entre sí: allí donde hay dolo o culpa no puede haber buena fe; desde otra perspectiva, allí donde hay dolo o culpa hay, por fuerza, mala fe. Se entiende que sea así, pues sólo se puede considerar de buena fe, aquel comportamiento leal, honesto, emprendido y acabado con corrección; no habrá el comportamiento cuando se detecte que el agente obró con intención de perjudicar (dolo) o con negligencia inexcusable (culpa)...”<sup>101</sup>.*

## 2.7. LA INTERPRETACION CONTRACTUAL

La interpretación contractual tiene como base a su vez la interpretación jurídica, la cual puede definirse “(...) como la operación a través de la cual se intenta establecer el alcance jurídico de un acto, y el cuerpo de criterios, principios y reglas que rigen esta operación. En el campo jurídico, la interpretación se refiere exclusivamente a actos jurídicos.”<sup>102</sup>

La doctrina ha distinguido varios elementos de la interpretación:

En primer lugar, los sujetos. Aunque algunos autores consideran que los destinatarios de la interpretación son los jueces<sup>103</sup> es ineludible entender que también son las partes<sup>104</sup> de una controversia, en este caso tanto la entidad contratante como su contratista.

El segundo elemento lo constituye el objeto de la interpretación. Cuando de contratos se trata lo señala RIVERO YSERN:

*“(...) Giannini manifiesta que el objeto de la interpretación jurídica es siempre una exteriorización de voluntad; una voluntad manifestada, positiva o negativamente que, en forma de acto jurídico, tiende a producir, directa o indirectamente, efectos jurídicos. Una vez reconocido que el objeto de la interpretación jurídica es exclusivamente la voluntad, el jurista no tiene que añadir nada sobre el particular (...).”<sup>105</sup>*

En lo que respecta a los momentos y funciones de la interpretación, se señalan dos circunstancias: la fijación de los hechos, y su calificación jurídica.<sup>106</sup>

<sup>101</sup> WAYAR, Ernesto. Mora y Buena fe. Su implicancia en la responsabilidad por incumplimiento. En Tratado de la Buena fe en el derecho. Director Marcos M. Córdoba. Editorial La Ley. 2004. Buenos Aires. Tomo 1. Páginas 275 yss.

<sup>102</sup> RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

<sup>103</sup> A favor de esta teoría están Calamandrei, Danz y Santoro Passarelli.

<sup>104</sup> Consideran esta teoría Scognamiglio, Giannini, Carnelutti y Osti.

<sup>105</sup> RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

<sup>106</sup> Según RIVERO YSERN: “(...) Estos momentos se distinguen lógicamente, incluso jurídicamente, y se pueden denominar, el primero, reconstrucción del hecho, y el segundo, calificación jurídica. La interpretación jurídica, no obstante, como búsqueda de la consistencia jurídica de un acto, consta de ambos momentos. La sola calificación jurídica de un acto no es suficiente para que pueda hablarse de interpretación. En toda interpretación, existen ambos momentos”.



Por su parte, en lo que concierne a sus funciones se pueden establecer las siguientes:

*"(...) declarativa, que es la que corresponde a la interpretación considerada en sentido estricto; se pretende descubrir, explicar o traducir lo querido con la declaración. Complementaria, que supone salir del estricto ámbito interpretativo y pasar al de la conjetura; para esto se acude a la interpretación objetiva. Reconstructiva, que tiene lugar en los casos excepcionales en los cuales, para conseguir en lo principal la validez del negocio, se requiere alterar la regla establecida en la declaración. En estos casos, el intérprete debe investigar si cabe inducir una voluntad favorable al cambio, basándose en la conducta negocial y utilizando, en su caso, las presunciones (...)."107 (Destacado con negrilla por fuera del texto original).*

En lo que concierne a los medios interpretativos puede señalarse siguiendo al citado autor:

*"Para la actividad interpretativa, señala Giannini el Ordenamiento remite a la habilidad y capacidad del intérprete, y los textos legales que directa o indirectamente contemplan la interpretación, dejan un margen de notable entidad a esta actividad que puede llamarse técnica interpretativa. El intérprete utiliza dos tipos de medios interpretativos: los intrínsecos y los extrínsecos. Los primeros pueden deducirse directamente de la exteriorización del acto, como el uso gramatical de las palabras, su conexión sintáctica, su valor lógico, semántico, el sentido tradicional atribuido a algunas expresiones. Los segundos son extraños a la exteriorización del acto; el uso de expresiones propias exclusivamente del declarante, la conexión de aquellas interpretaciones con precedentes declaraciones y exteriorizaciones de sus deseos, sentimiento, voluntad (...)."108*

Por último, y en lo referente a los principios rectores aplicables a la interpretación contractual se tienen como principales el de la búsqueda de la común intención de las partes y el atinente a la buena fe.

Sobre el primero ha señalado la doctrina:

*"De allí que, de la mano del Profesor Doménico Barrero, expresemos que, "en el negocio jurídico (manifestación voluntaria de intención), el dato a escrutar es "la manifestación negocial", el valor a reconocer, la "intención" (...) No es exacto, a nuestro juicio, que la investigación de la intención no sea cometido del intérprete; la intención como dato innegable subjetivo, no puede ser más que un dato de hecho y, por tanto, entra seguramente dentro del ámbito de la que es la indagación interpretativa: sólo que entra en él –no siendo conocido todavía–, no como objeto, sino como fin de la interpretación, o si se prefiere, como objeto de la investigación a la cual se quiere llevar mediante la interpretación de los datos de hecho relevantes"."109*

En cuanto al segundo:

*"De otro lado, a fin de evitar equívocos, delantadamente importa mencionar, así luzca elemental, que la buena fe interpretativa no alude a la que le incumbe al intérprete, debido a que éste, se da por sobreentendido, debe*

107 RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Op. Cit. Págs. 10 y ss.

108 RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Op. Cit. págs. 12 y ss.

109 JARAMILLO, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de interpretación de los contratos. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C., 2016. Página 123.

*actuar diligente, honrada, proba y correctamente en el desempeño de su elevada misión. Ella se refiere a que en esta actividad debe tomarse en cuenta este principio orientador para fijar el contenido y proyección del contrato, específicamente el alcancé de las prestaciones y derechos de él emanados.”<sup>110</sup>*

### 3. ANALISIS DE LOS ASPECTOS MATERIA DE CONTROVERSIA

Tal como tuvo oportunidad de hacer referencia el Tribunal en su primera parte, la disputa tiene como eje angular la nulidad de los acuerdos de transacción y otrosí No. 1, además de otros relacionados con diversos temas del desarrollo del contrato, entre ellos, garantías, reversión, aplicación de las fórmulas para el cálculo de las retribuciones, aplicación del artículo 109 literal f) del contrato, disminución de las retribuciones, riesgo predial y equipos exigidos por la policía de carreteras.

Pasará el Tribunal a abordar cada uno de los citados puntos, no sin antes advertir que se hace necesario realizar de forma preliminar el análisis de la caducidad alegada oportunamente por la parte convocada en su escrito de contestación.

#### 3.1. SOBRE LA CADUCIDAD ALEGADA POR LA PARTE CONVOCADA.

Fundamenta la convocada la excepción propuesta como numeral 3 del literal D) del acápite de excepciones en que *“las pretensiones relacionadas con la nulidad del contrato de transacción, del otrosí y del punto crítico No. 36 caducaron a más tardar el día 28 de septiembre de 2017, y según constancia de radicación de la reforma de la demanda, que fue cuando se expuso por primera vez esta pretensión, la misma fue radicada el día 23 de abril de 2018, cuando ya había operado la caducidad frente a la misma...”*

Para ello, cita el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su numeral 2 literal j), el cual señala:

*“cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente...”*

#### Consideraciones del Tribunal

Estima el Tribunal que la norma comentada, establece claramente una excepción a la lectura realizada por la parte convocada en su escrito de contestación en la medida en que señala que *“En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”*. En efecto obra prueba en el expediente que en el momento de presentación de la demanda reformada, esto es el 23 de abril de 2018 aún no se había realizado la liquidación del contrato,<sup>111</sup>

<sup>110</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los contratos. Op. Cit. Página. 178.

<sup>111</sup> Así se enuncia en el hecho 198 de la demanda reformada.

lo cual implica que la pretensión de nulidad absoluta del contrato de transacción y del otrosí No. 1 se realizó dentro de la vigencia del contrato, lo que desestima la procedencia de la excepción propuesta.

En cuanto a la caducidad de la acción de nulidad relativa, fincada en la fuerza como vicio del consentimiento, cabe poner de presente que esta pretensión se formuló desde la demanda original, presentada el 8 de septiembre de 2017, es decir, dentro del límite mismo de los dos años que consagra el artículo 164 antes citado, por cuando el contrato de transacción que es el impugnado, se perfeccionó el 8 de septiembre de 2015.

### **Conclusión**

En tal sentido el Tribunal declarará impróspera la excepción de caducidad señalada en el escrito de contestación de la demanda reformada en el numeral 3 del literal D) del acápite de excepciones. Lo anterior además teniendo en cuenta que las pretensiones derivadas de la nulidad del contrato de transacción y del Otrosí No. 1 no están llamadas a prosperar de acuerdo con las motivaciones que se expondrán a continuación.

### **3.2. PRETENSIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2015 Y DEL OTROSÍ NO. 1 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2015.**

Ciertamente, como lo alega la parte demandada, la demanda no concreta en el acápite A del ítem de "PRETENSIONES", una específica petición de nulidad de los citados actos, pues en el numeral primero del aparte, de modo genérico se dice que los dos actos impugnados *"son nulos por haber sido celebrados sin el debido cumplimiento de los requisitos legales para que las partes pudieran obligarse"*.

Empero, la sustanciación fáctica de estas pretensiones da margen para entender que la parte demandante plantea alternativamente dos pretensiones de nulidad respecto de dichos actos: nulidad absoluta, porque como lo dice el hecho 60 de la demanda, luego de haber explicado lo que califica como vicio de voluntad, *"la ANI no efectuó renuncia alguna al suscribir el Contrato de Transacción y el posterior Otrosí No. 1, lo cual también da lugar a que no se cumpla con los elementos legales esenciales para la validez de tales actos jurídicos"*.

La otra nulidad que se reclama es la relativa de los mismos actos, porque según se expone en los hechos 36, 43, 44, 45, 46 y 57 de la demanda de Convicol, el Contrato de Transacción y su consecuente Otrosí, no fueron fruto del libre consentimiento de la Concesionaria, sino efecto de la *"imposición"*, de *"la presión ejercida por parte de la ANI, pues en reiteradas ocasiones exigió a Convicol renunciar y desistir del trámite de la amigable composición como requisito para la firma del Contrato de Transacción, coaccionando de esta forma la voluntad de la concesionaria al momento de la firma de la Transacción, quien, en consecuencia*

*no se obligó de manera libre y voluntaria como lo exige la legislación” (hecho 57). Antes, en el hecho 36, se había afirmado que las conversaciones que estaban orientadas a un acuerdo directo, “terminaron decantando en la imposición de dicho instrumento de transacción por parte de la ANI en contra de Convicol, bajo la coacción y amenaza que representaba el procedimiento de la imposición de multa que para ese momento había sido iniciado por parte de la Entidad Concedente”.*

Argumentos estos que reiteró el apoderado de la convocante en el alegato de conclusión, pues allí además de insistir en que la Concesionaria *“asumió la ejecución de obligaciones que estaban por fuera del alcance inicial del Contrato de Concesión sin recibir ninguna clase de contraprestación alguna más que la renuncia de la ANI a la imposición de una multa”*, mantuvo la posición sobre que *“la voluntad exteriorizada por la Concesionaria se vio coaccionada por la insistente amenaza de la ANI en el sentido de dar continuidad al trámite del procedimiento administrativo sancionatorio con el cual se pretendía imponer al Concesionario una multa que implicaba un impacto económico aún superior al que generaba la suscripción del Contrato de Transacción, pues no solo implicaba el pago de la multa, sino el deber de ejecutar las prestaciones supuestamente incumplidas”*.

Ahora bien, tratándose de la nulidad del Contrato de Transacción de 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 de 28 de septiembre del mismo año, con causa en que estos actos no cumplen *“los requisitos legales para que las partes pudieran obligarse”*, la parte demandante argumenta que mientras la Concesionaria se obligó a: i) ejecutar las obras necesarias para atender los puntos críticos de los Grupos 1 y 2 con la redefinición de abscisas del Apéndice A del Contrato de Concesión; ii) intervenir el paso urbano de Chiquinquirá; iii) desistir del trámite de amigable composición que estaba en curso, y iv) renunciar a promover trámites judiciales o administrativos, referentes a los temas objeto de la transacción, del lado de la ANI no hubo *“cesión”* o *“renuncia alguna al suscribir el Contrato de Transacción y el posterior Otrosí”* (hecho 60).

### **Consideraciones del Tribunal**

Aunque el Código Civil, ni al definir el contrato de transacción en el art. 2469, ni en los demás que conforman el título XXXIX, integra o consagra como elemento del contrato el mutuo sacrificio o renuncia recíproca de derechos, tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido que las concesiones recíprocas constituyen un elemento para la existencia de dicho contrato.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *“Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso”<sup>112</sup>*.

---

<sup>112</sup> Sentencia de 3 de marzo de 1936, G.J. I. XI VI, pág. 120.

Tiempo después, didácticamente, dijo la Corte que eran tres los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina le atribuyen al contrato de transacción: "1º Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub judice; 2º Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3º Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin"<sup>113</sup>.

Por consiguiente, como anteriormente se explicó en los fundamentos generales del laudo, la transacción es un contrato oneroso, en tanto cada una de las partes se grava en beneficio de la otra, pues en eso consisten las concesiones recíprocas otorgadas por las partes con el fin de autocomponer el conflicto ya existente o evitar su surgimiento. Desde luego que si ese abandono de pretensiones recíprocas, no se presenta, el acto así concebido no sería un contrato de transacción, sino un acto unilateral de renuncia que también puede tener tutela jurídica como instrumento idóneo para la solución de los conflictos de intereses.

Examinado en torno a las anteriores directrices jurisprudenciales y doctrinales, que el apoderado de la demandante también invoca, el contrato celebrado entre las partes de este proceso el 8 de septiembre de 2015, así como el subsiguiente Otrosí No. 1 de 28 de septiembre de 2015, claramente se descarta que dicho contrato adolezca del defecto que le imputa la parte demandante, porque en su contenido expresamente se advierte la presencia del elemento que provoca este análisis, pues al lado de las obligaciones adquiridas por Convicol ("*culminación de la totalidad de las actividades de la Etapa Preoperativa, y puntualmente de las objeto del presente, siendo ellas las siguientes: Atención del Paso Urbano de Chiquinquirá, Atención Puntos Críticos y Culminación Puentes Peatonales*"), de las cuales, se dice en la Cláusula Quinta, que "*El Concesionario asume a su cuenta y riesgo las mayores cantidades de las obras y actividades que se ejecutan con ocasión de las actividades y obras objeto del presente documento*", además de la "*RENUNCIA A RECLAMACIONES POR LOS HECHOS DE ESTA TRANSACCIÓN*", que establece la cláusula sexta, y el desistimiento del trámite del amigable componedor (cláusula novena), aparecen las concesiones de la Agencia que describen los números 1 y 3 del texto del Contrato de Transacción, que en concreto son: que ante el compromiso de la Concesionaria de terminar las obras y actividades a su cargo, la ANI se abstiene de adelantar los trámites autorizados por el art. 86 de la Ley 1474 de 2011, no obstante los incumplimientos contractuales verificados, y el otorgamiento de nuevos plazos para que la concesionaria cumpla sus obligaciones contractuales.

Exactamente se lee en el contrato lo siguiente:

"1...

"...

"...

"e) De otra parte, conforme lo señalado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de mayo de 1966, G.J. I. CXVI, pág. 97.

**Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato” (negritas fuera del texto original).**

**“En atención a lo anterior, se identifica una relación jurídica incierta consistente en la no ejecución de la totalidad de las actividades u obligaciones a cargo del concesionario para la terminación de la Etapa Preoperativa, situación ésta que en principio habilitaría a la AGENCIA a dar inicio a un proceso tendiente a imponer una multa con el fin de conminar al concesionario al cabal y efectivo cumplimiento de sus obligaciones.**

**“No obstante lo anterior, al ser clara y evidente la intención del CONCESIONARIO de terminar las obras y actividades a su cargo, se hace nugatorio cualquier medida conminatoria para lograr tal fin.**

**“2....**

**“3. Respecto de la eliminación o extinción convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas, es preciso tener en cuenta que, para superar la situación jurídica incierta, las partes harán concesiones mutuas que se concretan en: i) la AGENCIA otorgará un nuevo plazo para la culminación de las obras y actividades correspondientes a la Etapa Preoperativa del proyecto, específicamente en relación con las descritas en los considerandos del presente documento; plazo que va hasta el 15 de octubre de 2015”.**

En resumen, como atrás se anotó, dos fueron las concesiones que la ANI hizo en el referido contrato de transacción: i) renunció a adelantar trámites conminatorios o sancionatorios por los incumplimientos contractuales que habían sido constatados, y ii) prestó su voluntad para ampliar los plazos para el cumplimiento de las obligaciones, específicamente las que eran objeto del acuerdo transaccional y que se entendían incumplidas.

Estas concesiones que emergen del propio texto del contrato de transacción, son suficientes para entender cumplida la condición de formación del contrato que exige la concurrencia de la mutua o recíproca renuncia o abandono de derechos o pretensiones, porque tanto la facultad de adelantar trámites sancionatorios como conminatorios y de exigir el cumplimiento de los plazos originalmente previstos, son atributos que la ley confiere a la Agencia, en el caso de la primera, y a todo contratante, tratándose de reclamar el cumplimiento del contrato en los plazos o términos estipulados. Por supuesto, que así estos compromisos aparentemente no sean equiparables a las cargas económicas asumidas por Convicol, lo cierto es que ellos, vistos desde un ángulo esencialmente jurídico, satisfacen la exigencia por la que se averigua para dar nacimiento al contrato de transacción, como contrato bilateral y oneroso, y de alguna manera conmutativo porque las prestaciones que cada parte asume deben mirarse como equivalentes para el fin perseguido, pues la concurrencia de unas y otras, con independencia de la mensura individual, es la que determina que se solucione el litigio pendiente o se evite el litigio eventual. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: **“El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la**

*circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario, sin embargo, que las prestaciones respectivas de las partes sean de la misma importancia y de equivalencia exacta las unas a las otras*<sup>114</sup>.

El apoderado de la Concesionaria cuestiona las prestaciones de la ANI, de un lado porque el otorgamiento de plazos adicionales para efectuar los trabajos requeridos a propósito de la transacción que luego se vieron reflejados en su consecuente Otrosí, *"nunca hicieron parte del alcance inicial del Contrato de Concesión, de tal manera que no se requería un plazo adicional para su ejecución"*, y de otro, porque la renuncia a la imposición de multas, *"además de que no es una concesión real sino un medio de presión para lograr la suscripción del Contrato de Transacción no podrá ser entendida como una renuncia válida, pues constituiría una renuncia al ejercicio de una potestad administrativa, las cuales, por definición, son irrenunciables"*.

A decir verdad, ninguno de los dos argumentos expuestos por la parte demandante en el alegato de conclusión tiene la fuerza jurídica para entender que la ANI no asumió contraprestación alguna con motivo de la transacción, por cuanto el otorgamiento de plazos adicionales para realizar los trabajos que constituyeron el objeto del acuerdo transaccional, en modo alguno puede desligarse del Contrato de Concesión, como lo propone el apoderado de la Concesionaria, pues esa disputa es la que queda zanjada por virtud del Contrato de Transacción, y a partir de este debe entenderse, como su texto mismo lo indica, que la realización de tales obras dimanaba como obligación de lo estipulado en el Contrato de Concesión. Admitir la tesis del apoderado de la Concesionaria implicaría hacer caso omiso de la transacción, y específicamente de lo allí acordado.

En cuanto a la invalidez de la renuncia o desistimiento del trámite sancionatorio, mas no de la "potestad administrativa", como lo pregonaba la parte convocante, pues este acto se da en relación con una causa concreta y un trámite específico, y no de un modo general y abstracto, basta observar en el Contrato de Transacción que ese no fue un acto meramente gracioso de la Agencia, o si se quiere caprichoso, sino razonable y legalmente admisible, porque el mismo tiene como causa el compromiso *"claro y evidente"* de la Concesionaria de *"terminar las obras y actividades a su cargo"*. De manera que como el procedimiento establecido por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, tiene como finalidad imponer las multas y sanciones previstas en el contrato, bajo la plena demostración del *"incumplimiento"*, que se debe *"declarar"*, obvio resulta concluir que si ese incumplimiento queda descartado, aquí por los compromisos del Concesionario por razón de la misma transacción, la suerte de ese trámite no podía ser otra que la adoptada por la ANI, o la absolución de la Concesionaria, aunque técnicamente la más acorde con la realidad fáctica es la tomada por la Agencia porque el derecho aparece satisfecho en el curso del trámite administrativo. Pero es que la decisión de la ANI estuvo perfectamente apegada a lo legalmente previsto, porque

<sup>114</sup> Sentencia de 22 de marzo de 1949, G.J. T. LXV, pág. 634.

el artículo 86 de la citada norma, expresa y claramente establece que, *“La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio, tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento”*.

Así entendido el problema, lógicamente debe concluirse que la pretensión de nulidad del contrato de transacción y del Otrosí No. 1, por el no cumplimiento del requisito legal que ha sido objeto de análisis, y que es el que la parte demandante pone de presente en su demanda, no puede prosperar.

Como previamente se anotó, la demanda de Convicol admite ser interpretada para entender que además de la anterior pretensión, se pretende que se declare que los referidos actos de Transacción y Otrosí, están afectados de nulidad relativa, y por consiguiente deben rescindirse en consideración al vicio del consentimiento que padeció la Concesionaria por la *“imposición”, “presión”, “coacción y amenaza”* de que fue objeto con ocasión del *“procedimiento de la imposición de multa que para ese momento había sido iniciado por parte de la Entidad Concedente”*.

Antes se dijo, y ahora se repite, que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, faculta a las entidades estatales sometidas al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como lo es la Agencia Nacional de Infraestructura, para *“declarar el incumplimiento”* de las obligaciones contractuales, *“cuantificando los perjuicios del mismo, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato”*.

Pues bien, como este era el trámite que estaba en curso para cuando se suscitó la controversia entre las partes, y es él el que la parte demandante invoca como causa de la amenaza, coacción y presión, que hubo de generar el temor que llevó a la Concesionaria a celebrar el contrato que se impugna, necesariamente debe evaluarse el alcance e incidencia de la conducta de la ANI en el consentimiento de CONVICOL, sin perder de vista que el procedimiento adelantado por la Agencia guarda correspondencia con una autorización legal.

El planteamiento de la parte demandante en cuanto al vicio del consentimiento, conduce al análisis de la violencia moral como factor determinante de una amenaza real de un mal injusto, irreparable y grave, como lo declara el art. 1513 del Código Civil, cuando consagra la fuerza como vicio del consentimiento. Fuerza esta que obra como causa para celebrar un negocio jurídico que de otra forma no se habría concretado.

Conforme al art. 1513, *“La fuerza no vicia el consentimiento”,* sino en los casos en que *“es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”*. Se entenderá *“como una fuerza de este género –agrega la norma- todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”*.

La fuerza –ha dicho la Corte Suprema de Justicia-, para que pueda operar como causa de la sanción que lleva a la invalidación del acto celebrado, debe reunir dos



requisitos: "a) El primero de ellos, claramente descrito en el artículo 1513 de nuestro Código Civil mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de este en el ánimo de la víctima ... Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si estos son aptos para "producir una impresión fuerte", un "justo temor" (*vam, timoris non excusat*), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a "la edad, sexo y condición" de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, no contemplado expresamente en nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la injusticia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento respectivo"<sup>115</sup>.

Respecto de la injusticia de la amenaza, que es la característica de la fuerza moral que más incumbe al caso, en atención a que esta se deriva del ejercicio de facultades legales por parte de la ANI, la jurisprudencia, como aparece en la cita precedente, y la doctrina, han sostenido uniformemente que "El mal ha de ser, pues, ilícito en el sentido de que no debe consistir en el ejercicio de un derecho. No comete, por tanto, violencia el acreedor que para obtener el pago amenaza al deudor de ejecución forzosa o, si se trata de un comerciante, de pedir la declaratoria de quiebra, ya que ambos son medios de protección del crédito a los que el titular puede recurrir cómo y cuando quiera. En cambio, comete violencia el acreedor que con el mismo fin amenace al deudor de propagar hechos deshonorosos para él o de denunciarlo a la autoridad competente: es verdad que para el ciudadano la denuncia es al mismo tiempo un derecho y un deber (artículo 7, p. 1, C.P.), pero también es verdad que el ejercicio de este derecho y deber ha de tender solamente a la punición del agente, independientemente de toda posibilidad de lucro para el denunciante"<sup>116</sup>.

Por tanto, agrega el autor que se acaba de mencionar, "la amenaza de ejercitar un derecho puede constituir violencia si este medio en sí justo se dirige a una finalidad injusta o, como dice el art. 1438, "a conseguir ventajas injustas", es decir, diversas o mayores que las que podrían alcanzarse ejercitando normalmente el derecho"<sup>117</sup>, porque como bien lo explica la jurisprudencia, "...el abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde su finalidad o se le ha desviado de ella"<sup>118</sup>.

La misma Corte siguiendo en el tema a la doctrina, ha admitido que puede haber violencia cuando se obtiene la celebración de un contrato utilizando como instrumento de presión o coacción el ejercicio de un derecho, siempre y cuando ese ejercicio tenga la connotación de abusivo, como cuando "la coacción fue

115 Sentencia de 13 de agosto de 1969, G.J. CXXXI, pág. 127.

116 Stoffi, Giuseppe, Teoría del Negocio Jurídico, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 197.

117 Stoffi, Giuseppe, Opus cit., pág. 197.

118 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de abril de 1942.

*empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral o si fue aplicado como consecuencia de cierto modo de presión que, de acuerdo con la buena fe, aparezca como excesivo, injusto, intocable, con la mira de conseguir determinado resultado, aún cuando se haya tenido derecho a producir este*<sup>119</sup>.

Sobre el mismo tema de la injusticia del mal, la doctrina más moderna se mueve en torno a los mismos criterios que desde antaño ha tenido en cuenta la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, Francisco Galgano comentando la legislación italiana, dice que *"Debe tratarse de un mal injusto (art. 1435). Tal es el mal contrario a derecho, como todos los ejemplos formulados anteriormente; sin embargo la amenaza de un mal puede no ser contrario a derecho: el cliente que le dice el Banco "si no me concedéis el nuevo préstamo que os pido, transferiré mi cuenta a otro banco" se amenaza un mal cierto (para un banco lo es la pérdida de un cliente), pero es la amenaza de un mal lícito, de una contramedida que cada uno puede adoptar en ejercicio de su propia libertad contractual (soy libre de dirigirme a cualquier banco) y que, en el curso de la negociaciones, puede mediatizar a la otra parte (pertenezco como cliente a vuestro o me voy a otro banco dependiendo de si me concedéis o no el nuevo préstamo que os solicito). Tampoco es amenaza de un mal injusto la amenaza realizada por quien quiere adquirir de que promoverá, en caso de que se niegue a vender el procedimiento de expropiación forzosa".* Una hipótesis semejante, agrega el autor, *"sería la de la amenaza de hacer valer un derecho: esta amenaza es causa de anulación del contrato sólo si se dirige a obtener ventajas injustas (art. 1438), es decir, una ventaja no debida o superior a aquella debida"*<sup>120</sup>, o como lo dijo la Corte Suprema de Colombia en el precedente citado, siempre y cuando el ejercicio del derecho sea abusivo.

De acuerdo con lo expuesto, la violencia moral cuando su acicate es el ejercicio de un derecho, para que pueda constituirse en factor desencadenante de una voluntad viciada, adquiere un mayor grado de complejidad que precisa de los siguientes requisitos: i) que el ejercicio del derecho sea abusivo y contrario a la buena fe, o como dice Galgano, que el ejercicio esté dirigido a obtener *"una ventaja no debida o superior a aquella debida"*, ii) que la amenaza genere una *"impresión fuerte"* (art. 1513 del Código Civil) o notable, es decir, un temor, iii) que el temor, además de actual, esto es, contemporáneo con la declaración de voluntad que se dice viciada, sea de sufrir *"un mal irreparable y grave"* (art. 1513 ibídem).

Evaluada la conducta de las partes dentro del contexto en que ocurrió la celebración del contrato de transacción que en la demanda se reprocha, y en torno a la axiología que antes se propuso, de manifiesto aparece que el referido contrato se perfeccionó dentro de un marco de plena autonomía y libertad contractual, o sea que ambas partes emitieron un consentimiento libre de vicios, y específicamente la parte demandante libre del vicio de la fuerza moral que se

119 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de octubre de 1938; laudo de 29 de enero de 2018, Sandra Romero contra La Floresta y cía. S. en C., y otra.

120 Galgano, Francesco, El Negocio Jurídico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 312 y 313.

pretende afincar en el ejercicio de la facultad legal consagrada por el art. 86 de la ley 1474 de 2011.

En otras palabras, como enseguida se explica, en este expediente no aparece demostrado ni el ejercicio abusivo del derecho que la demandada hacía valer cuando puso en movimiento el trámite que autoriza la citada norma, ni mucho menos el temor o impresión fuerte de sufrir un mal injusto y grave, porque si el mecanismo que estaba en curso con ocasión de incumplimientos obligacionales del contratista, además de autorizado legalmente, tenía asidero en consideración de la ANI en inejecuciones del contrato, mal puede estimarse como reprochables las eventuales sanciones, multas o indemnizaciones que se pudieran disponer al cabo de un debido proceso.

Por lo tanto, lo primero que debe eliminarse del cuadro de la controversia, en consideración del Tribunal, es la idea de que el procedimiento establecido por el art. 86 de la citada ley era un *"instrumento"* para *"la coacción y amenaza"*, en tanto con él se pretendía la *"imposición de multas"* *"por el presunto incumplimiento de la cláusula 8 del Contrato de Concesión..."*, como la parte demandante lo afirma en los hechos 6 y 43 de la demanda reformada.

En este pequeño fragmento del relato de la demanda se enmarca la conducta supuestamente abusiva y contraria a la buena fe, que la jurisprudencia y la doctrina precisan como condición necesaria para empezar a configurar el fenómeno de la fuerza moral con ocasión del uso o ejercicio de las vías de derecho, porque como ya se explicó, el mal debe ser ilícito. Lo que en el caso implicaría que la Agencia hubiera puesto en movimiento el trámite del art. 86 de la ley 1474 de 2011, orientada por un móvil y finalidad distintas a las previstas por la norma, es decir, si se quiere, de manera torticera y maliciosa, y con el fin de *"presionar"*, *"coaccionar"* y *"amenazar"* a la Concesionaria, conforme lo dice el demandante, para obtener de ella el consentimiento para ajustar la transacción.

Ahora, nada en este expediente conduce a pensar que ese fue el móvil y la finalidad que guió la conducta de la ANI, cuándo decidió ejercer la potestad administrativa que consagra el art. 86 de la mencionada ley. En otras palabras, ninguna de las pruebas conduce a concluir que la parte demandante desvirtuó la presunción de buena fe que desde la Constitución Política ampara a la entidad pública demandada (art. 83), pues ninguno de los declarantes se atreve a hablar de amenazas o de presiones distintas a las normales que bien pueden aparecer en las conversaciones dirigidas a celebrar un contrato con el que se pretendía solucionar un litigio existente entre las partes, por cuanto el trámite al que se ha hecho referencia no empieza con una declaración de certeza sobre los incumplimientos contractuales, sino, que emerge, y la entidad tiene el deber de adelantarlos cuando se haya *"Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista..."*, caso en el cual debe citarlo a audiencia *"para debatir lo ocurrido"*, conforme lo establece el literal a) del art. 86. Por lo demás, de acuerdo con esta misma norma, el trámite debe sustentarse en el *"informe de interventoría o de supervisión"*.

Basta la lectura del art. 86 para poner de presente que la facultad que la norma establece para adelantar el trámite de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, no es un simple arbitrio de la entidad contratante, sino un deber que detona cuando exista un *"informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación"*, en tanto da cuenta de *"un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista"*. Todo con independencia de que al final del trámite de conocimiento se resuelva imponer *"o no la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento"*, o la entidad dé *"por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento"*, como en el caso sucedió por virtud de la transacción y el compromiso de la Concesionaria de cumplir sus obligaciones.

Como la parte demandante nunca ha puesto en duda el soporte legal que hubo de tener en cuenta la ANI, conforme a lo que ha quedado explicado con el tenor del art. 86, no se encuentra razonable hacerle un reproche a tal actuación por haber desbordado el límite de la buena fe, que también rige en materia de ejercicio de los deberes, cuando la misma además del asidero legal parte de una evidencia ofrecida por la interventoría acerca del *"posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista"*. Obviamente que bajo este esquema fáctico, excluida queda la idea de que el procedimiento del art. 86, que puso en movimiento la ANI, per se constituya un instrumento de presión o amenaza para obtener el consentimiento transaccional, porque las eventuales sanciones que al fin del mismo pudieran imponerse no son meras especulaciones, y de darse deben estar debidamente motivadas y son susceptibles de impugnarse. Mucho más cuando ninguno de los testigos presentes en las reuniones se atrevió a manifestar que expresa y enfáticamente los funcionarios de la ANI hayan amenazado con las sanciones si no se llegaba al acuerdo transaccional con los agentes de la entidad pública, pues lo que estos a lo sumo hicieron valer fue la consecuencia legalmente prevista para cuando queda demostrado el incumplimiento contractual que primariamente había evidenciado la Interventoría. Cabe entender que para poder calificar la conducta de la ANI como contraria al principio de la buena fe, se requería la demostración de un ejercicio indebido del poder o deber, de manera excesiva, impropia o injusta, y desviado de los fines para los cuales fue concebido el instrumento, que a decir verdad son especificidades de la actuación que en el caso no aparecen demostradas.

Decir que la idea de la transacción surgió de la ANI, como lo afirman el abogado Jorge Eduardo Duarte y el gerente Paguay, quienes le atribuyen la propuesta a la doctora Margarita Mantilla, aunque hay testigos que señalan como autor intelectual de la misma al doctor Jorge Santos, apoderado de la demandante, es hecho perfectamente inocuo para el objeto de la investigación, porque si se trataba de arreglar directamente entre las partes las controversias que se habían suscitado con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión, la transacción como mecanismo de autocomposición era una opción válida que cualesquiera de las partes podría plantearle a la mesa de discusión.

Tampoco puede sostenerse, como lo afirma la parte demandante, que el contrato de transacción fue una "imposición" de la ANI, para derivar de ahí una conducta lesiva de la voluntad de la Concesionaria, porque tanto el abogado Duarte Rodríguez como el ingeniero Sergio Edison Paguay Fajardo, partícipes de las reuniones destinadas a acordar la transacción, son claros en manifestar que la redacción del texto final fue fruto de un intercambio mutuo de aportes y propuestas. Al respecto dice el testigo Duarte que el "borrador" del contrato de transacción *"yo lo tenía a mi cargo, pero lo elaborábamos entre los técnicos y de la concesionaria y los abogados que tenía la concesionaria ... Si recuerdo que esa carta tuvo más de 12 versiones y la primera versión la recuerdo mucho porque tuvo más de 40 páginas, donde nosotros lo que primero le estábamos proponiendo era una solución integral, le decíamos a la ANI, listo nosotros vamos a atender lo que está requiriendo el corredor, pero el paso urbano de Chiquinquirá recuerdo que requería unas intervenciones mayores porque el estado de ese tramo era bastante complicado y lo que nosotros decíamos era nosotros vamos a presentar o vamos a intervenirlo a nivel de reforzamiento ... Empezamos a enviar los borradores de la carta a los funcionarios de la ANI, en la ANI quien tenía a cargo la revisión era la ingeniera Katherin Alonso que era la supervisora, la gestora del contrato y ellos en varios correos nos contestaban diciendo qué le hacía falta a la carta y en uno de esos correos nos dijo algo que en realidad nos tomó de sorpresa porque también nos requirió que en la carta teníamos que decir que en el contrato de transacción se suscribiera íbamos a renunciar a reclamaciones a desistir del amigable componedor y a obligarnos a ejecutar todas esas obras que estaban en controversia.*

*"Al final resultamos accediendo porque siempre tuvimos o el gerente siempre tuvo en mira que si no se aceptaba lo que la ANI requería pues venía el tema de las multas, porque todo el tiempo habíamos estado tratando de llegar a un arreglo directo y de un momento a otro la ANI nos salió con el tema de la transacción, se presentó la carta y de la carta resultó la firma del contrato de transacción el 8 de septiembre/15, entonces esa fue la historia del contrato de transacción".<sup>121</sup>*

Por su lado, el señor Paguay Fajardo, Gerente de la Concesionaria para entonces, manifestó que la "presión" para celebrar la transacción *"la teníamos" de "nuestra" "casa matriz" porque "en sus palmarés está no incumplir ningún contrato y esa fue la decisión que se llega a un acuerdo en esa reunión..."<sup>122</sup>. El borrador del contrato -agregó- *"fue elaborado por ellos y obviamente, nosotros íbamos corrigiendo y ellos pedían las correcciones pertinentes obviamente para ellos asegurar obviamente que ese contrato de transacción esté acorde con las necesidades de ellos"<sup>123</sup>.**

Luego admite que el contrato fue fruto de la intervención de ambas partes y que con motivo de la transacción se estableció *"que obviamente se paralizaba el*

121 Folio 290 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

122 Folio 366 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

123 Folio 367 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

*proceso sancionatorio que iba en marcha o sea a raíz de la firma de ese proceso, del contrato de transacción se eliminó el proceso sancionatorio, también se paralizó*<sup>124</sup>.

La parte demandante también pretende que se vea como elemento integrante de la coacción y la amenaza, la exigencia de la ANI sobre que en el contrato de transacción, se estipulara que la Concesionaria desistía del trámite de amigable composición y que renunciaba a proponer reclamaciones o demandas por los asuntos objeto de la transacción.

El planteamiento que al respecto hace la demanda, está bastante alejado del alcance que en el ámbito del contrato de transacción tienen exigencias de tal linaje, porque si éste jurídicamente es un acuerdo al que llegan las partes con el fin de solucionar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, connatural al efecto de la cosa juzgada, que es la que de verdad le confiere autoridad definitiva al acuerdo (art. 2483 del Código Civil), aparecen renunciaciones o desistimientos como los que controvierte la Concesionaria, porque aún sin ellos plasmarse en el contrato de transacción, resultan siendo lógicas consecuencias de lo acordado cuando el objeto del trámite de amigable composición o futuras demandas, sea idéntico al que fue objeto de la composición contractual.

En otros términos, con o sin las cláusulas expresas, la suerte de la amigable composición estaba determinada por el contrato de transacción siempre y cuando la controversia objeto de aquella estuviera, como en efecto lo estuvo, comprendida dentro del objeto de este último. Igualmente el contrato de transacción, dado su efecto legal de cosa juzgada, enerva cualquier pretensión que tenga como objeto el mismo que integraba el litigio que aquél solucionó definitivamente.

Teniendo en cuenta que el objeto del Otrosí No. 1 celebrado con posterioridad a la transacción, tiene como fundamento esta última, considera el Tribunal que los razonamientos anteriores desestiman en igual forma las idénticas impugnaciones realizadas frente a este otro acto.

En lo que respecta a la ineficacia que en criterio del Ministerio Público debe declararse frente a la cláusula sexta del contrato de transacción, encuentra el Tribunal que esta materia no fue objeto de pretensión alguna por parte de la convocante. En tal sentido, la mención que hace el Ministerio Público a una posible ineficacia de pleno derecho, sustentada en lo señalado por el artículo 24 numeral 5) literales d) y e) de la ley 80 de 1993, no puede ser acogida por el Tribunal, en la medida que esta norma hace referencia a prohibiciones expresamente establecidas para las Entidades Públicas en el momento de redacción de los pliegos de condiciones, no siendo aplicable la consecuencia legal allí señalada a un contrato de transacción que fue válida y libremente celebrado por las partes durante la ejecución contractual.

<sup>124</sup> Folio 368 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Correjada la transcripción de la declaración por el Tribunal.

En ese orden de ideas, no se dan los presupuestos que bien advierte la Corte Suprema de Justicia:

*“Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco (“cuando en este código se exprese”), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía legis o iuris, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, per se e inmediata al acto, sin declaración judicial, aún cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren...”<sup>125</sup>*

### **Conclusión**

Las precedentes consideraciones constituyen argumento suficiente para negar la pretensión primera relacionada con la nulidad del Contrato de Transacción de 8 de septiembre de 2015, y el posterior Otrosí No. 1 de 28 de septiembre de 2015. Consecuentemente prospera la excepción denominada por la convocada como *“A) Validez del contrato de transacción del 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013”*. Finalmente no encuentra el Tribunal que exista conducta atentatoria a la buena fe por parte del Concesionario por lo que no prospera la excepción titulada como *“B) La conducta de la Concesionaria es contraria a la buena fe negocial”*.

En los términos del inciso tercero del artículo 282 del CGP, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre la excepción *“C) Lex Contractus Pacta Sunt Servanda y principio de conservación del negocio jurídico”*.

### **3.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS TRABAJOS DE DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS PUNTOS CRÍTICOS 36, 04, 05, Y 60 Y 61 Y EL PASO URBANO POR CHIQUINQUIRÁ.**

En el ordinal segundo del literal B de las pretensiones, la parte demandante pide *“Que se declare que los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento”* de los mencionados puntos críticos *“no estaban dentro del alcance inicial de las obligaciones contractuales a cargo de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.”*. Consecuentemente en la tercera pretensión se impetra *“Que se declare que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y el Otrosí No. 1 de 28 de septiembre de 2015, debió ejecutar trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04, 05, 36 y 60-61”*.

### **Consideraciones del Tribunal**

125 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

El contenido de estas pretensiones, lo mismo que las que en su orden siguen como cuarta, quinta y sexta, y las subsidiarias de esta última, ponen de presente su conexidad lógica con la pretensión primera en tanto son pretensiones carentes de autonomía y pendientes de su suerte, como expresamente se hace notar en la pretensión cuarta, cuando se dice "*Que, como consecuencia de la nulidad del Contrato de Transacción...*", y en las quinta y sexta, cuando se plantea el ligamen con las pretensiones segunda, tercera y cuarta.

Así entendido el petitum, fracasada la pretensión primera, es decir, negada la nulidad del Contrato de Transacción y del Otrosí, se impone la negativa de las indicadas pretensiones (salvo la tercera), lo mismo que la de las pretensiones séptima, novena, décima y décima primera, así como sus subsidiarias comprendidas por el literal C como pretensiones concernientes a los trabajos de diseños, construcción y mantenimiento del Paso Urbano por el Municipio de Chiquinquirá, porque estas pretensiones igual que las del literal B, están íntimamente conectadas con la mencionada primera pretensión, como fácilmente se observa en su propia redacción.

En cuanto a las pretensiones tercera y octava se impone su prosperidad porque ciertamente ellas derivan del contrato de transacción que conserva validez.

Aunque en apariencia las pretensiones segunda y séptima principales, proponen meras declaraciones que tienen como fin dejar por verificado que las intervenciones de los indicados puntos críticos y del paso urbano tienen como fuente el Contrato de Transacción, y no las obligaciones contractuales originales, lo claro es que este petitum no puede evaluarse insularmente porque su finalidad en sí misma no está en la simple constatación de la circunstancia fáctica que ellas contienen, sino en desgajar la consecuencia que a partir de las pretensiones cuarta y novena se proponen, es decir, que como consecuencia de la nulidad del Contrato de Transacción y del Otrosí (que no prospera), se dispongan las obligaciones correspondientes a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, las cuales suponen, claro está, que del panorama jurídico quedara borrado el acuerdo transaccional. Desde luego es este pronunciamiento consecuencial, que se deprecia a partir de las pretensiones cuarta y novena, el que muestra claramente la conexidad secuencial que determina la primera de las pretensiones, pues de su éxito o fracaso depende, como antes se anotó, la suerte de las restantes analizadas.

Con todo, si estas pretensiones se desconectaren de la pretensión de la nulidad del contrato de transacción y del Otrosí, para examinarlas autónomamente, el resultado sería el mismo, es decir, la negativa a su prosperidad, porque mientras que el contrato de transacción siga teniendo eficacia, como en efecto la tiene por el fracaso de la pretensión de nulidad del mismo, su causa sigue gobernando la relación sustancial establecida entre las partes de este proceso, pues en dicho contrato éstas dejaron por averiguado, y como antecedente determinante de la transacción a que se llegaba, que los puntos críticos 04, 05, 36 y 60-61, así como



la intervención en el paso urbano de Chiquinquirá, eran aspectos controversiales del contrato de Concesión, dada la posición que al respecto enarbolaba cada una de las partes, expuesta en los números 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de los antecedentes del texto del contrato, donde expresamente se hizo constar (número 9), que las controversias ya indicadas, y a las cuales se refieren las pretensiones en estudio, se "enmarcan" en torno "del alcance de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades y respecto de la interpretación de su clausulado", es decir, el del Contrato de Concesión 517 de 2013, como claramente lo identifica el número 5 de dichos antecedentes, al citar textualmente la cláusula 3º del Contrato, concerniente a la ejecución contractual, y particularmente a la Etapa Preoperativa, que era el momento donde se debían llevar a cabo las actividades que la ANI echa de menos, conforme a lo señalado en el número 8 de los antecedentes, y que dieron pábulo a las controversias de cuya solución trata el Contrato de Transacción.

De manera que si el factum traído a colación fue la causa determinante del contrato de transacción, y allí claramente se estableció que las controversias tratadas en este, tenían que ver con el "alcance de las obligaciones pactadas" en el Contrato de Concesión y "respecto de la interpretación de su clausulado", no se ve con qué argumento pudiera desconocerse la voluntad de las partes vertida en dicho Contrato de Transacción, se reitera, incólume en cuanto a su eficacia, para entrar a declarar que los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61, nada tienen que ver con el "alcance inicial de las obligaciones contractuales a cargo de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.", como se pide en la pretensión segunda del literal B, y consecuentemente declarar, conforme a la pretensión tercera, que la fuente única de estas obligaciones está en el contrato de transacción.

Es que el contrato de transacción, como bien lo anota la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando da cuenta de sus elementos<sup>126</sup>, no puede evaluarse aisladamente de la "diferencia litigiosa" que se procura solucionar, porque si él está destinado y tiene como finalidad componer definitivamente un determinado conflicto, necesariamente el efecto de cosa juzgada que la ley atribuye a tal acuerdo debe entenderse referido a ese preciso caso litigioso, que en el evento subexamen no es otro que el Contrato de Concesión 517 de 2013, en cuanto a las actividades de la Etapa Preoperativa atrás reseñadas (art. 2483 del Código Civil).

*"La transacción ha dicho Corte Suprema de Justicia – tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: La de poner, término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes de que haya juicio o durante el juicio. Celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la*

<sup>126</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de mayo de 1966, G.J. I. CXVII, pág. 97.

*sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia así mismas directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin que hacer, y se han hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien. Por esto y otros motivos, los pueblos han consagrado una sentencia cuya sabiduría ha venido confirmando el aluvión de la experiencia: "Más vale un mal arreglo que un buen pleito".*

*"Es, por tanto, absurdo suponer que un juicio pueda subsistir lógica y jurídicamente después de haber sido transigido, porque es tanto como admitir al tiempo dos ideas y dos situaciones antitéticas, ya que no hay medio entre lo que concluye o fenece y lo que sobrevive y continúe. De ahí que carezca de sentido estipular en una transacción que el juicio siga su curso, o adelantarlo sin estipulación alguna, por una especie de consenso tácito de las partes"<sup>127</sup>.*

### **Conclusión**

A partir del análisis precedente, como ya se anticipó, las pretensiones de los acápite B y C, salvo las pretensiones Tercera y Octava, deben ser negadas, porque alrededor de estas últimas, es decir, las del literal C, relacionadas con los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá, cabe similar análisis al realizado con respecto a las pretensiones del literal B. Vale aclarar que las pretensiones Tercera y Octava, relacionadas en su orden con los trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos Críticos 04-05-36 y 60-61, y el paso urbano de Chiquinquirá, prosperan en tanto se trata de pretensiones meramente declarativas de hechos verificados en el proceso, pues es cierto, conforme a la prueba que obra en el expediente, como lo es el mismo documento que contiene el Contrato de Transacción, que la Concesionaria debió realizar dichos trabajos, por virtud de lo acordado en tal contrato, de 8 de septiembre de 2015 y el Otrosí No. 1 del 28 de septiembre del mismo año, mediante los cuales se definieron las controversias suscitadas en torno al "alcance de las obligaciones pactadas" en el Contrato de Concesión y "respecto de la interpretación de su clausulado", como expresamente lo dice el propio Contrato de Transacción, como antes se había anotado, lo cual lleva a decir que la fuente única de esas obligaciones no estaba en el Contrato de Transacción.

Consecuentemente prospera la excepción denominada por la convocada como A) *Validez del contrato de transacción del 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013.* Finalmente no encuentra el Tribunal que exista conducta atentatoria a la buena fe por parte del Concesionario por lo que no prospera la excepción titulada como B) *La conducta de la Concesionaria es contraria a la buena fe negocial.*

<sup>127</sup> Sentencia de casación de 14 de diciembre de 1954, G.J. I. LXXIX, pág. 267.

En los términos del inciso tercero artículo del artículo 282 del CGP, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre la excepción C) *Lex Contractus Pacta Sunt Servanda* y principio de conservación del negocio jurídico, y D) *Las obras relativas al Paso Urbano por el municipio de Ubaté y los trabajos e intervenciones de los Puntos Críticos No. 04, 05, 36, 60 y 61 hacían parte del alcance básico del Contrato de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013, salvo el numeral 3 de esta, referido a la caducidad, la cual como se dijo no prospera.*

### **3.4. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA DISMINUCIÓN DEL VALOR DE LA PRIMERA RETRIBUCIÓN PAGADA A LA CONCESIONARIA.**

El Apéndice C al reglamentar el "PROCESO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL", establece como procedimiento "1.1. Verificación de la Interventoría e identificación del incumplimiento", "1.2 Plazo para la corrección del incumplimiento", el cual corre desde cuando la Interventoría notifica al "Concesionario". En caso de que el incumplimiento no sea corregido "en el plazo máximo estipulado", dice el 1.2. del Apéndice, "la reducción de la Remuneración del Concesionario se aplicará a partir de la fecha en que haya sido detectado el incumplimiento, acumulándose por cada período de corrección excedido hasta que el Indicador vuelva a cumplir los valores exigidos".

El incumplimiento de este procedimiento preestablecido contractualmente es el que invoca la parte demandante para darle sustento a las pretensiones que identifica bajo el literal D, porque primero se tenía que informar del incumplimiento a la Concesionaria para efectos de que esta lo subsanara, y posteriormente "si se le informará a la ANI si procedía o no la disminución de la retribución" (hechos 106 y 107 de la demanda). Adicionalmente se alega que la disminución practicada "fue consecuencia de tener en cuenta obras que no son contractuales, tales como las relacionadas con los Puntos Críticos 01, 04, 05, 13, 33, 36, 38, 39, 41, 52, 60-61 y 75, así como el paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá" (hecho 108). Alegaciones estas que el apoderado de la Concesionaria repite en la intervención final oral.

#### **Consideraciones del Tribunal**

Para resolver la cuestión que plantea la parte demandante en cuanto que los incumplimientos verificados por la Interventoría se refieren a "obras que no son contractuales, tales como las relacionadas con los Puntos Críticos 01, 04, 05, 13, 33, 36, 38, 39, 41, 52, 60-61 y 75, así como el paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá", debe dejarse por averiguada una premisa esencial, cual es la eficacia del Contrato de Transacción, dado el fracaso de las pretensiones de nulidad que respecto de él se propusieron, como anteladamente quedó definido.

Dicho contrato de transacción en la cláusula séptima estipula lo siguiente:

**"PAGO DE LA RETRIBUCIÓN** – El concesionario recibirá la primera retribución de que trata el numeral 72.1.1. de la cláusula 72 del contrato de concesión de la siguiente manera:

*"El primer pago corresponde al porcentaje equivalente a las obras que no son objeto de transacción, que no son ajustadas en plazo por el presente documento, valor que será validado mediante acta elaborada por la Interventoría conforme a la entrega a satisfacción de las mismas.*

*"El segundo pago corresponde al porcentaje equivalente a las obras restantes, objeto de transacción, sobre las cuales se ajusta el plazo, valor que será validado mediante acta elaborada por la Interventoría.*

*"Parágrafo. Los dos pagos en que se divide la primera retribución se harán siguiendo el procedimiento contractual a partir de la puesta a disposición de la totalidad de las obras por parte del Concesionario y en todo caso no podrán darse antes de la terminación de las mismas".*

Conforme a la cláusula segunda del mismo Contrato de Transacción las "obras objeto del presente contrato" y las cuales el Concesionario "se obliga a la culminación de la totalidad de las actividades de la Etapa Preoperativa, y puntualmente de las objeto del presente", son las siguientes:

*"Atención paso Urbano de Chiquinquirá"  
"Atención de puntos críticos" – "Grupo 1", "Grupo 2"  
"Culminación Puentes Peatonales".*

Además, el Parágrafo Segundo de esta misma cláusula segunda declara: "Todas las actividades antes enunciadas deberán enmarcarse en las previsiones y exigencias establecidas en el contrato de concesión y sus apéndices".

Como puede observarse, mediante el Contrato de Transacción se dirimió definitivamente cualquier controversia sobre si las intervenciones que la Concesionaria debía hacer en el paso Urbano de Chiquinquirá y los puntos críticos Grupo 1 y Grupo 2, eran o no contractuales, lo mismo que la culminación de los puentes peatonales, porque en este contrato quedó clara y perfectamente determinado que tales actividades integraban la Etapa Preoperativa del Contrato de Concesión y que las mismas debían "enmarcarse en las previsiones y exigencias establecidas en el contrato de concesión, y sus apéndices", como textual y claramente lo expresa el mencionado Parágrafo segundo de la cláusula segunda del Contrato de Transacción.

Tardía y fuera del contexto contractual, resulta entonces, la alegación de la parte demandada cuando dice que la disminución en el pago de la primera retribución fue "consecuencia de tener en cuenta obras que no son contractuales, tales como las relacionadas con los Puntos Críticos 01, 04, 05, 13, 33, 36, 38, 39, 41, 52, 60-61 y 75, así como el paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá" (hecho 108), porque como ha quedado explicado, mediante el Contrato de Transacción tal discusión quedó cerrada definitivamente, en consideración al efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a un acuerdo de esa naturaleza (art. 2483 del Código Civil).

Visto lo anterior, debe examinarse la otra arista del fundamento de la pretensión, es decir, la referente a la aplicación del procedimiento establecido por el Apéndice C, que al decir de la parte demandante no fue cumplido porque la Interventoría nunca informó de los incumplimientos a la Concesionaria para darle a ésta la oportunidad de corregir la deficiencia, como lo consagra el mencionado Apéndice C.

La parte demandante después de explicar en qué consistió la violación del procedimiento contractual, que en definitiva radica en que nunca se le informó o notificó de los supuestos incumplimientos, relata en la demanda que *"el 1º de diciembre de 2015, la Interventoría por medio de oficio 01-14623-2015 (radicado Convicol del 02 de diciembre de 2015), allegó a Convicol el resumen de los indicadores para el cálculo de la Primera Retribución"*, haciendo el descuento que consideró a partir de *"tener en cuenta obras que no son contractuales"* (hecho 108). Seguidamente dice que el 10 de diciembre de 2015, la Interventoría *"allegó a la ANI la certificación para el primer pago de la Primera Retribución"*, manifestando que se debía hacer una reducción *"por cuenta de un supuesto incumplimiento por la suma de \$164.571.180,97"* (hecho 109). Posteriormente la ANI, mediante oficio de 21 de diciembre de 2015, solicitó a la Fiduciaria Bancolombia S.A., efectuar el pago con la disminución indicada. Fue así, se agrega, como se hizo el pago de la primera retribución *"por un valor de solo \$100.029.036.279,40"*.

Una vez suscrita el Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa e iniciada la Etapa de Operación – dice el hecho 113 de la demanda –, el 1º de febrero de 2016 *"la Interventoría certificó el segundo pago de la primera retribución"*, omitiendo el pronunciamiento contractual respecto de la disminución en la retribución, *"el cual correspondía a la diferencia entre el monto por concepto de recaudo de peajes, menos las reducciones de ingreso. Es decir, que habría que restarle a \$124.429.700.559,03 el monto del primer pago de la primera Retribución \$100.029.036.279,63, de tal manera que valor a pagar era la suma de \$24.400.664.279,63"*. Pago este que la ANI solicitó a la Fiduciaria el 17 de febrero de 2016, cuyo traslado se informó el 18 de febrero de 2016.

Como antes quedó anotado, las pretensiones del Literal D, que son objeto de análisis, parten de que se declare el incumplimiento contractual de la ANI porque la Interventoría hizo caso omiso del procedimiento contractual expresamente establecido para efectos de la disminución o reducción de la Retribución, en tanto no notificó o informó a la Concesionaria previamente de los supuestos incumplimientos del contrato para darle a esta la oportunidad de corregir.

Ahora, como se está ante una manifestación indefinida (negativa): la Interventoría no notificó o informó a la Concesionaria de los incumplimientos contractuales que daban cabida a la disminución de la Primera Retribución, cabe entender conforme a lo estipulado por el inciso final del art. 167 del Código General del Proceso, que la parte demandante está

relevada de demostrar tal hecho, y consecuentemente dejar por sentado que es la demandada, en este caso la ANI, la que tiene la carga probatoria de demostrar el hecho contrario, es decir, que la notificación o información que la demandante echa de menos si ocurrió.

En la tarea de búsqueda de esa prueba se halla el testimonio de Heriberto Amado Mateus, Director Técnico de la Interventoría, quien en sus funciones estuvo al tanto de la ejecución del Contrato de Concesión 517. Dice este testigo que en la primera retribución si hubo disminución y *"nosotros como interventores, dijimos que reportamos, como lo dice el contrato y como lo regla el apéndice de indicadores, una reducción por incumplimiento de indicadores ... hubo reducción reportado por la interventoría para el primer pago"*. Luego manifestó sobre el procedimiento: *"Si, resumido se hace la verificación, se informa, tiene un plazo para corregirlo, se puede hacer la revisión conjunta si lo consideran pertinente y si se corrige dentro de los plazos del apéndice pues no se genera la reducción, si no se corrige dentro de los plazos queda fijo en ese mes digamos, que la falta, llamémoslo así y para el otro sí lo corrige ya no, si no lo corrige pues sigue en cada período reportándose ese incumplimiento, si señor"*. Posteriormente manifiesta que el procedimiento se cumplió a cabalidad. Concretamente anota: *"...si cruzamos comunicaciones para los meses de julio, agosto, septiembre, incluso esas comunicaciones llegaron hasta el primer trimestre del otro año",* es decir, 2015, pues antes había dicho *"nosotros comenzamos la verificación de indicadores, iniciando el segundo semestre del año 2014"* <sup>128</sup>.

Aunque este testimonio da como un hecho cierto la disminución en el pago de la primera retribución que es la que la demanda afirma practicada sin haberse cumplido con el trámite contractual, también obra en el expediente el testimonio del ingeniero Luis Eduardo Gutiérrez Díaz, Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, y antes Gerente de Modos Carretero, Férreo, Portuario y Aeroportuario, condición en la que tuvo a su cargo el Proyecto Zipaquirá-Palenque, quien tiene otra interpretación sobre ese primer pago, que es necesario elucidar. Dice el señor Gutiérrez al responder pregunta sobre si hubo *"disminución del valor"* en el pago de la primera retribución:

*"Bueno eso fue parte del pacto que hicimos con ustedes, o sea que no hubo nunca disminución de la retribución, lo que pasa es que se hizo, cambió fue el tema de la temporalidad del pago, nosotros nunca disminuimos retribución, lo que se hizo es que como ustedes no habían terminado las obras en su totalidad nosotros lo que llegamos a un acuerdo con ustedes es que le pagábamos proporcional a las obras que habían terminado y al cumplimiento de los indicadores que en el momento del pago de la retribución se cumpliera."*

*"Yo le voy a decir como funciona, es que si usted tiene un pedazo sin intervenir, usted no puede cumplir indicadores ahí y la norma establece, la ley, por eso tomé, inicié diciendo que este era el primer contrato que estaba en virtud de la ley 1508, la ley permite solamente que cuando ustedes terminen las obras y cumplan los indicadores el pago la retribución."*

128 Folio 99 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

*"Nosotros lo que hicimos aquí fue que pactamos con ustedes que no le pagábamos la retribución completa, pero no que le quitábamos la retribución sino simplemente le pagábamos en los siguientes pagos la terminación de las obras ese fue el pacto que hicimos con ustedes"<sup>129</sup>.*

Más adelante dijo:

*"...nosotros pagamos la retribución con la terminación de las obras que ya estaban terminadas y que la interventoría pudo revisar de que cumpliera especificaciones y por eso la retribución no se hizo completa, pero el acta que*

*" 130*

Como el testigo refiere que fue el Contrato de Transacción el que introdujo los "cambios" en el pago de las retribuciones, lógico es volver a la revisión de ese texto contractual, para con certeza definir si lo que se presentó con el pago de la primera retribución fue una disminución de su valor contraria al procedimiento estipulado en el Contrato de Concesión, o un pago acorde con lo previsto en el Contrato de Transacción y en consideración a las obras terminadas que cumplieran con los indicadores, como lo expresa el testigo Gutiérrez Díaz.

Como antes quedó expuesto, la Cláusula Séptima del Contrato de Transacción, reguló la forma como se haría el pago de la primera retribución de que trata el numeral 72.1.1. de la cláusula 72 del Contrato de Concesión, así:

*"El primer pago corresponde al porcentaje equivalente de las obras que no son objeto de transacción, que no son ajustadas en plazo por el presente documento, valor que será validado mediante acta elaborada por la Interventoría conforme a la entrega a satisfacción de las mismas.*

*"El segundo pago corresponde al porcentaje equivalente a las obras restantes, objeto de transacción, sobre las cuales se ajusta el plazo, valor que será validado mediante acta elaborada por la Interventoría".*

Luego el Parágrafo de la cláusula citada, declara que "Los dos pagos en que se divide la primera retribución se harán siguiendo el procedimiento contractual a partir de la puesta a disposición de la totalidad de las obras por parte del Concesionario y en todo caso no podrán darse antes de la terminación de las mismas".

Atendido el contenido de los anteriores apartes del Contrato de Transacción, a las claras se nota que los mismos confirman lo expresado por el testigo Luis Eduardo Gutiérrez Díaz, se reitera, funcionario de la ANI directamente vinculado al proyecto vial objeto de controversia en este proceso, porque con relación al pago de la primera retribución el régimen contractual de procedimiento y solución de la obligación ya no era el originalmente concebido en el contrato de Concesión, sino el definido por el Contrato de Transacción en la Cláusula Séptima antes citada.

129 Folio 72 del Cuaderno de Pruebas No. 5. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

130 Folio 72 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

Al Contrato de Transacción, celebrado el 8 de septiembre de 2015, se llegó, entre otras razones, porque la Concesionaria no había terminado las actividades correspondientes a *"la culminación de la Etapa Preoperativa, enunciadas en el numeral anterior"*. Esto con independencia del motivo controversial que existía entre las partes *"sobre el alcance de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades y respecto de la interpretación de su clausulado, correspondiente a lo siguiente..."*, dice el número 9 de los antecedentes del Contrato de Transacción.

Las actividades pendientes son las relacionadas con el paso urbano por Chiquinquirá, la localización y mayor alcance de puntos críticos (Grupos 1 y 2) y lo concerniente a puentes peatonales.

Para el cumplimiento de las actividades que fueron objeto de la transacción, el Contrato estableció en la cláusula Tercera un PLAZO fijado en el *"15 de octubre de 2015, según Plan de Obras entregado por el Concesionario y que hace parte como anexo del presente documento"*.

Ahora, aunque se admitiera por mera gracia de discusión como cierta la disminución que alega la parte demandante, que el testigo Luis Eduardo Gutiérrez Díaz desconoce porque según él lo que se hizo fue cumplir el Contrato de Transacción, pagando primero conforme a la Cláusula Séptima antes citada el porcentaje equivalente a las obras terminadas que no fueron objeto de la transacción, pues el segundo pago de acuerdo con el Contrato de Transacción correspondía a las obras objeto del mismo, excluida queda la vulneración del procedimiento mencionado por el Contrato de Concesión para efectos de la supuesta disminución, porque si se trataba de que la Concesionaria fuera previamente informada de los incumplimientos para darle la posibilidad de corregir la conducta, ya con esa información contaba desde cuando se originaron en el año 2014, según el testigo Heriberto Amado Mateus, las discusiones, *"carteos"*, según sus propias palabras, y en fin, las controversias derivadas del supuesto incumplimiento de la Concesionaria que condujo a la celebración del Contrato de Transacción. Esto con más certeza cuando es la propia demandante quien atribuye la alegada disminución a haberse tenido en cuenta *"obras no contractuales"*, que son precisamente las que fueron dirimidas por el Contrato de Transacción, quedando así definitivamente fenecida cualquier discusión respecto de las obras varias veces mencionadas, a las cuales expresamente se refiere el señalado contrato en los números 8 y 9 de los antecedentes.

Varias fueron las comunicaciones que la Interventoría remitió a la Concesionaria planteándole el tema relacionado con los incumplimientos concernientes a los puntos críticos y al paso urbano por el municipio de Chiquinquirá, entre las cuales se destacan, a manera de ejemplo, el oficio de 24 de septiembre de 2014, donde la Interventoría le pone de presente a la Concesionaria las observaciones relacionadas con el paso urbano de Chiquinquirá, advirtiéndole que *"Esta Interventoría encuentra que la obligación de Intervención de la zona urbana de Chiquinquirá se encuentra descrita en el Apéndice A - Técnico del Contrato de Concesión..."*, razón por la que concluye que *"se solicita a la Concesionaria Vial*



de Colombia adelantar las actividades de mantenimiento en el paso nacional de Chiquinquirá de acuerdo con lo establecido en las obligaciones contractuales tanto en plazo como en alcance<sup>131</sup>. Con similar sentido se hallan los oficios 1151-989 de 26 de agosto de 2015, referente al paso urbano por Chiquinquirá y los puntos críticos 01, 04, 05, 13, 33, 36, 38, 39, 41, 52, 60-61 y 75<sup>132</sup>, así como el oficio de 5 de septiembre de 2014 (1151-253), concerniente a los puntos críticos 38, 41, 47, 48 y 49<sup>133</sup>. También se aprecia el comunicado de 10 de febrero de 2015 (1151-534), donde bajo apremio de dar trámite al procedimiento de multas (cláusula 58), se reclama *"complementar los diseños de rectificación del trazado en la ubicación del punto crítico N° 05"*<sup>134</sup>. En este oficio la Interventoría tajantemente le advierte a la Concesionaria sobre los incumplimientos cuando le dice: *"Es claro que (sic) a la fecha el plazo perentorio otorgado por la Interventoría se venció sin que se conozca respuesta en sentido alguno por parte del Concesionario. Por lo anterior ajustándonos al Contrato de Concesión 517 de 2013, es pertinente resaltar lo consagrado en la cláusula 58 "Multas" donde establece:"; el de 5 de septiembre de 2014 (1151-253), ya citado antes, en el cual la Interventoría advierte que desde el 29 de mayo de 2014 y 15 de agosto de 2014, había requerido a la Concesionaria para que "se atendiera la necesidad relacionada con la ejecución nuevamente de actividades de mantenimiento que garanticen las condiciones adecuadas de transitabilidad..." por los sitios correspondientes a los puntos críticos 38, 41, 47, 48, 49; y el de 26 de noviembre de 2014 requiriendo en relación al punto crítico 05*<sup>135</sup>.

Para rematar, téngase en cuenta que en la Cláusula Sexta del Contrato de Transacción el Concesionario renunció expresamente a formular *"reclamaciones por sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en la obra, stand by, o cualquier otro valor que se pretenda por la ocurrencia de los hechos referidos a los temas de la presente transacción, intervención de los puntos críticos, puentes peatonales y paso urbano de Chiquinquirá"*. Es claro, que las pretensiones que son objeto de análisis, relacionadas con la disminución del valor en el pago de la primera retribución, guardan correspondencia con esos otros valores de que habla la citada Cláusula Sexta, pues, como repetidamente se ha dicho, de acuerdo con las voces de la parte demandante, la alegada disminución se imputa a haberse tenido en cuenta *"obras no contractuales"*, como lo son, según la exposición de la Concesionaria, los Puntos Críticos varias veces señalados a lo largo de este Laudo y el Paso Urbano por el Municipio de Chiquinquirá.

En resumen, por cualquiera de las dos perspectivas del examen, la conclusión es que a la parte demandante no la asiste la razón, bien porque el procedimiento contractual que se alega vulnerado ya no regía el pago de la retribución, pues había sido objeto del Contrato de Transacción, conforme quedó explicado, ora porque si la anomalía achacada consistía en la ausencia del enteramiento de los

131 Folio 575 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

132 CD a folio 177 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

133 CD a folio 176 del Cuaderno de Pruebas No. 1, prueba 168.

134 Folio 477 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

135 CD a folio 178 del Cuaderno de Pruebas No. 1, prueba 179.

incumplimientos para dar margen a su ejecución, tal circunstancia fue conocida, con independencia de la discusión trabada, desde cuando la Interventoría inició el "carteo" de que habla el testigo Amado Mateus, que a la postre determinó los tratos que llevaron a la celebración del Contrato de Transacción. Además, si la demandante atribuye la alegada disminución en el pago de la primera retribución a haberse tenido en cuenta "obras no contractuales", como repetidamente lo afirma, excluida esta causa por virtud de lo acordado en el Contrato de Transacción, como ya se explicó, lógicamente queda eliminado el efecto que deducía la Concesionaria y cobra vigencia la explicación del testigo Gutiérrez Díaz, es decir, la ley contractual de la transacción ajustada entre las partes, porque, como él mismo lo afirma mediante este contrato se modificó lo que en relación con el pago de la primera retribución había establecido el Contrato de Concesión 517, celebrado entre las mismas partes.

### **Conclusión**

Por lo considerado, se niegan todas pretensiones del literal D de la demanda denominado "*Pretensiones relacionadas con la disminución del valor de la primera retribución pagada al Concesionario Vial de Colombia SAS*", relacionadas con la disminución del valor de la primera retribución pagada a la Concesionaria.

### **3.5. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL COSTO DE AMPLIACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTRACTUALES Y DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA PÓLIZA DE SEGURO PARA ASEGURAMIENTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN CUALQUIER PUNTO DE LA INFRAESTRUCTURA**

Las pretensiones solicitadas por la convocante en su escrito de reforma de demanda, pueden ser resumidas así: (i) se declare el incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura por haber obligado al contratista a constituir una póliza de seguro para el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada; (ii) se declare que en virtud del contrato de transacción del 8 de septiembre de 2015 y del otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015, así como el desarrollo de la etapa de reversión el concesionario debió ampliar las garantías para cubrir los trabajos adicionales asumidos en virtud de los citados acuerdos y de la etapa de reversión; y (iii) solicita se indemnice integralmente al concesionario por tales motivos.

Encuentra el Tribunal que la labor probatoria desarrollada en lo relativo al primer punto, obedeció básicamente a la serie de documentos y comunicaciones que sobre este tema se dirigieron tanto concesionario como la entidad y la interventoría, en cuanto al alcance de las garantías que debían ser otorgadas por el contratista.

En efecto las posturas disímiles presentadas, obedecieron al alcance que ambas partes otorgaron al parágrafo de la cláusula 65 del Contrato de Concesión que señala:

*"Independientemente del seguro que se otorgue para la salvaguarda de riesgos operacionales asegurables de caso fortuito o fuerza mayor en la Fase de Puesta Punto y para la Etapa de Operación y Mantenimiento, es obligación del Concesionario constituir mecanismos de aseguramiento pertinentes para soportar los efectos derivados de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura concesionada y desde la suscripción del Contrato, en consideración a que tiene asignados dichos riesgos..."*

En tal sentido, la convocante considera que el citado párrafo quedó plenamente cumplido por la Concesionaria, en la medida que constituyó las pólizas de Todo Riesgo en Construcción para la Fase de Puesta a Punto No. 2202214000166 y de Obras Civiles Terminadas para la Etapa de Operación y Mantenimiento No. 20016.

Por el contrario la parte convocada, considera que debía constituirse una garantía diferente en desarrollo de lo señalado por el citado párrafo.

Para sustentar su postura la convocante, señala en sus alegatos *"En conclusión, a pesar de que el Contrato de Concesión era absolutamente claro al permitir una amplia flexibilidad en el aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada, la ANI y la Interventoría, con base en el otorgamiento de un período de cura y la consecuente amenaza de dar inicio a un procedimiento sancionatorio, obligó a la Concesionaria a adoptar como mecanismo de aseguramiento una nueva póliza de seguro, haciendo que la Concesionaria incurriera en costos adicionales a los previstos."*

### **Consideraciones del Tribunal**

En desarrollo de lo anterior, considera el Tribunal que en efecto la cláusula señaló que independientemente de la constitución de pólizas para asegurar los riesgos operacionales derivados de la fuerza mayor o caso fortuito, debería el concesionario contar con mecanismos de aseguramiento que permitieran cubrir eventos de fuerza mayor o caso fortuito en cada uno de los puntos de la infraestructura concesionada. Sin embargo, no determinó el tipo de mecanismo ni el alcance de la cobertura, sólo hizo expresión a que debía asegurarse la fuerza mayor o caso fortuito en cada uno de los puntos de la infraestructura concesionada.

Debe entonces hacerse el análisis de si las pólizas allegadas por el concesionario resultaban suficientes para dar cumplimiento a lo señalado por el párrafo de la cláusula 65 o si era necesaria la constitución de una nueva para satisfacer el requerimiento relacionado en el contrato.

Señala el párrafo de la cláusula 65:

*"Independientemente del seguro que se otorgue para la salvaguarda de riesgos asegurables de caso fortuito y fuerza mayor en la fase de puesta a*

punto y en la etapa de Operación y Mantenimiento, es obligación del Concesionario constituir los mecanismos de aseguramiento pertinentes para soportar los efectos derivados de ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura" (Subrayado fuera de texto)

La interventoría en respuesta dada a la comunicación 015-16-CLI-CVC-RLG, estableció como reparos a lo sostenido por el concesionario en el período de cura otorgado por la Agencia Nacional de Infraestructura:

*"En la comunicación objeto de la presente, señala el Concesionario que – a su juicio- con la póliza Todo Riesgo de Obra Civil Terminada expedida, teniendo en cuenta su monto, resulta suficientemente cubierto el riesgo a que hace referencia el parágrafo de la cláusula 65, ello por corresponder a un valor superior al que hubiera arrojado un estudio de pérdidas máximas. Afirma además que está garantizando dicho riesgo con su propio patrimonio. Señala que las obras de reforzamiento según el Apéndice A deben hacerse en todo el corredor y no únicamente en sitios específicos, como sí correspondía a los puntos críticos y puentes peatonales. Concluye diciendo que, no cabe duda que la intervención en materia de obras corresponde a la totalidad del corredor vial.*

*Respecto a estas apreciaciones, esta Interventoría encuentra diferentes reparos por cuanto, pese a que la totalidad del corredor concesionado se encuentra a cargo de la sociedad concesionaria, las actividades a desarrollar en cada uno de los trayectos dependía de los estudios de detalle que debía elaborar el concesionario y cuyo resultado daba lugar a definir los diferentes puntos de intervención (reforzamiento, mantenimiento rutinario o, en su defecto, ningún tipo de intervención) para llegar a garantizar un índice de Estado de 4.0. Es claro, entonces, que no toda la extensión del corredor concesionado iba a ser objeto de refuerzo de pavimento, sino algunos sectores que se debían identificar mediante el Diagnóstico de la vía, tal como efectivamente sucedió, y se evidencia de las obras realmente ejecutadas. Por lo anterior, de ninguna manera se puede afirmar que la póliza todo riesgo actualmente expedida ampara la totalidad del corredor por eventos de fuerza mayor, puesto que sólo cubre aquellos sectores efectivamente intervenidos.*

*Tampoco se puede aseverar que el valor asegurado es superior al valor que arrojaría el estudio de pérdidas máximas, ya que no se cuenta con él, y que pese a que el Concesionario tenía la posibilidad de acudir a dicho estudio a efectos de determinar el valor de la póliza Todo Riesgo de las obras de la Fase Puesta a Punto, no lo hizo, y se limitó a asegurar sólo las obras ejecutadas, soportando su valor en el contrato de EPC. El mencionado estudio podía servir para efectos de determinar el valor de la garantía de que trata el parágrafo de la Cláusula 65. Ahora bien, para efectos de la póliza de las obras civiles terminadas, dicho valor se encuentra asegurado por el valor de las obras ya construidas, sin incluir el 100% del corredor".*

Más adelante, la propia interventoría, acepta la generalidad de la garantía relacionada en la cláusula 65:

*"Esta Interventoría está de acuerdo con lo manifestado por el Concesionario relacionado con el sentido de la generalidad de la garantía a entregar por parte de éste para amparar el riesgo que no está cubierto por la OCT. Dicha cláusula le otorga al Concesionario la posibilidad de acudir a los diferentes mecanismos que incluye el Decreto 734 de 2012 – vigente al momento de la celebración del contrato de concesión – para amparar el riesgo, a saber:*

1. Contrato de seguro contenido en una póliza.
2. La constitución de un patrimonio autónomo.
3. Garantía Bancaria.
4. Endoso en garantía de títulos valores.
5. Depósito de dinero en garantía

Como puede verse, en ningún caso se contempla la "exposición de su propio patrimonio como un mecanismo válido para amparar el riesgo..."<sup>136</sup>.

Se tiene entonces, que la interventoría consideró que con la póliza todo riesgo ya otorgada, no se amparaba la cobertura solicitada en la cláusula 65, y además que la exposición del patrimonio del Concesionario, no se encontraba dentro de los mecanismos de cobertura señalados en el decreto 734 de 2012, vigente al momento de celebración del contrato.

Observa el Tribunal que la pretensión formulada en el escrito de reforma de la demanda se encuentra encaminada a que se declare el incumplimiento de la parte convocada, en la medida que exigió la constitución de una póliza en contravía de lo señalado contractualmente.

Al respecto, el análisis del supuesto incumplimiento señalado por la parte convocante, parte de la validez y exigibilidad en el contenido de la cláusula 65 del contrato. En efecto, la cláusula fue expresa al señalar que la constitución del mecanismo de aseguramiento, era independiente de aquel ya otorgado para cubrir la fuerza mayor y caso fortuito frente a las obras derivadas de las etapas de puesta en punto y operación y mantenimiento de la vía. Era entonces obligación del Concesionario constituir un mecanismo de aseguramiento para cubrir la fuerza mayor asegurable en los diferentes puntos de la infraestructura.

No se encontraba el Concesionario ante una obligación de imposible cumplimiento. Por el contrario, en el expediente se encuentra acreditado que se allegó una póliza que dio cobertura a lo señalado por la cláusula 65 y que fue aprobada por la Agencia Nacional de Infraestructura con el oficio 2016-306-020705-1<sup>137</sup>.

Valga acotar, como aspecto final del análisis de la pretensión décimo sexta, que su supuesto de hecho, antes que dar cuenta de un "incumplimiento" del Contrato de Concesión porque se exigió el otorgamiento de una póliza adicional a la que claramente estipuló el referido contrato, comporta un problema de interpretación contractual, como anteriormente se explicó, porque la cláusula 65, que es la que induce al debate, da pábulo al otorgamiento de la póliza que discute la convocante, cuando en su parte final establece que es "obligación" del Concesionario cubrir el "caso fortuito o fuerza mayor asegurable en cualquier punto de la infraestructura", siendo este amparo, obviamente "Independiente del seguro que se otorgue para salvaguardar los riesgos asegurables del caso fortuito y fuerza mayor en la fase

<sup>136</sup> Comunicación de la Interventoría 01-4403-2016 que obra en el CD a folio 178 del Cuaderno de pruebas No. 1 (prueba 144).

<sup>137</sup> CD a folio 178 del Cuaderno de pruebas No. 1 (prueba 150).

de puesta a punto y en la etapa de Operación o Mantenimiento”, como lo consagra, a modo de aseguramiento general, la primera parte de la disposición.

Esta interpretación de la cláusula 65, mediante la cual se armonizan los fragmentos que la integran, es la única que deja a salvo su sentido teleológico, que no es otro que cubrir el riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor mediante un amparo general para la fase y etapa que señala la cláusula, y un amparo concreto con respecto a “cualquier punto de la infraestructura” que sea objeto específico de la intervención, lo cual no ocurre con el planteamiento de la parte demandante, pues en criterio del Tribunal este llevaría a sostener no el incumplimiento del contrato, como lo dice el apoderado, sino a una actuación de la Agencia que sería contraria a las más elementales reglas de la interpretación, porque como lo ha predicado la jurisprudencia desde tiempo afejo, interpretar un contrato no es modificarlo, sino auscultar en él su verdadero sentido (art. 1620 del Código Civil), con el fin de sacar a flote la intención de los contratantes, que es en definitiva la orientación decisiva para el derecho.

En cuanto a la alegación realizada por el Concesionario en el sentido que en su propio patrimonio se encontraba el respaldo solicitado en la cláusula 65, no es de recibo por el Tribunal, en la medida que expresamente el contrato exigía un mecanismo de aseguramiento, el cual debía seguir la regulación pública en esta materia<sup>138</sup>, y a la cual válidamente recurrió la interventoría, en donde no se enlistaba la señalada por el Concesionario en sus diferentes comunicaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal declarará impróspera la pretensión Décima Sexta en lo referente a este primer punto.

En lo que respecta al segundo punto, la consecuencia legal de la suscripción del Contrato de Transacción y del Otrosí No. 1, es la ampliación de las garantías objeto del acuerdo, debido a la realización de las obras correspondientes derivadas de lo allí pactado. En tal sentido, y tal como ha sido ya señalado en apartes anteriores, encuentra el Tribunal que la citada pretensión se encuentra claramente ligada a la prosperidad de las pretensiones atinentes a la nulidad de los acuerdos. En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 41 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2017:

*“Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*

*Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación de recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto...”*

En cumplimiento de lo anterior norma, las partes en el Contrato de Transacción establecieron en la cláusula décima primera parágrafo: *“Una vez suscrito el otrosí,*

<sup>138</sup> Decreto 734 de 2012.

*el concesionario se obliga a actualizar y entregar las garantías del contrato de concesión No. 517 de 2013, para amparar las obras objeto de la presente transacción...”*

En igual sentido señalaron en la cláusula séptima del Otrosí No. 1: *“Una vez suscrito este documento, el Concesionario se obliga a ajustar y entregar a la AGENCIA las garantías del Contrato de Concesión No. 517 de 2013, para amparar las obras objeto del contrato (sic) transacción suscrito (sic) el 8 de septiembre de 2015 y que se regulan en el presente documento, a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción del presente. El incumplimiento de esta previsión dará lugar a lo estipulado en las cláusulas 58 y 67 del contrato de concesión 517 de 2013...”*

Como puede verse la constitución y ampliación de las garantías obedecen a costos normales y previsibles del contratista, derivados del cumplimiento legal de legalización del contrato. En desarrollo de lo anterior, y dado que para el Tribunal no existe tacha que amerite la nulidad del Contrato de Transacción y del correspondiente Otrosí No. 1, no puede reconocer indemnizaciones por ampliaciones de las garantías, cuyo deber legal le correspondía al concesionario.

Igual consecuencia habrá de predicarse frente a la solicitud de reconocimiento indemnizatorio efectuado por la convocante, con motivo de la suscripción en su concepto tardía del acta de reversión del contrato, pretensión ésta que como se explicará más adelante no tiene vocación de prosperidad.

Por ende, el Tribunal declarará imprósperas las pretensiones en lo concerniente a este segundo punto. En lo referente a la pretensión décima séptima el Tribunal la denegará en la medida que no puede afirmarse que se trataron de trabajos “adicionales” por cuanto los mismos fueron objeto de transacción.

### **Conclusión**

Por las razones expuestas se negarán las pretensiones del Grupo E denominado *“Pretensiones relacionadas con el costo de la ampliación de las garantías contractuales y de la constitución de una póliza de seguros para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura concesionada”*.

Consecuentemente prospera la excepción denominada por la convocada como *“F) Inexigibilidad de la obligación de reconocer perjuicios o mayores costos derivados de la ampliación de las garantías contractuales frente a actividades relacionadas con el contrato de transacción y Otrosí No. 1 del Contrato de Concesión bajo el Esquema APP No. 517 de 2013 y de la constitución de una póliza para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de la infraestructura”*.

### **3.6. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL SUMINISTRO DE BIENES Y EQUIPOS A LA POLICÍA DE CARRETERAS ADICIONALES A LOS PACTADOS.**

La parte demandante en las pretensiones vigésima a vigésima cuarta, pretende que previa declaración de que ella *"debió suministrar a la Policía de Carreteras bienes y equipos adicionales a los pactados en el Apéndice B del Contrato de Concesión 517 de 2013"*, y que los mismos *"formaron parte de la reversión de los activos"* a que *"se refiere el literal (b) de la cláusula 84 y del numeral 2 del Apéndice B Técnico del Contrato de Concesión 517 de 2013"*, lo cual implicó para Convicol *"mayores costos"*, que consecuentemente se declare que la ANI *"está obligada a indemnizar íntegramente a la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. los perjuicios que le hubiere causado"*, el mencionado suministro.

Con relación a estas pretensiones y los hechos que las sustentan, la demandada desde la contestación de la demanda (hechos 178 a 180), argumenta que se está frente a *"una apreciación de la convocante"*, porque de acuerdo con el número *"1.5.7 del Apéndice B"*, se trataba de *"el equipo mínimo que debe disponer el Concesionario en favor de la policía de carreteras"* y *"cualquier facto adicional es asumido por el Concesionario a su cuenta y riesgo"*. Así mismo, se agrega, que *"en la asignación de riesgos a cargo del Concesionario se establece el de variación de precios de los insumos en actividades de operación, mantenimiento y conservación"*. Además, se afirmó en la contestación que *"es importante establecer que es el INVIAS el dueño de la infraestructura concesionada y de los bienes afectos a esta, razón por la cual, la Agencia nunca se ha beneficiado de los activos objeto de la reversión"*.

En la fundamentación de la excepción de mérito destinada a atacar estas pretensiones, la demandada insiste en que lo establecido por el Apéndice B es un *"equipo mínimo"*, razón por la cual *"debió haber previsto dentro de su modelo de negocio los posibles costos que le podría acarrear la celebración del protocolo y particularmente la definición de los bienes y equipos adicionales"*. Por tanto, *"si se tratase del incremento del costo de alguno de los bienes o equipos que libremente negoció el concesionario con la Policía de Carreteras resulta apenas lógico que dicho incremento corra por cuenta y riesgo del contratista, pues además de que se trata de un costo previsible es un riesgo que él asumió de conformidad con la matriz de riesgos que se incorpora en los artículos 76 y 77 del Contrato de Concesión"*.

Como puede observarse en el planteamiento de la defensa de la parte demandada, ésta estima que la demandante está incurriendo en una *"apreciación"* del Apéndice B que desconoce el tenor literal del mismo, porque allí se estipuló que se trataba del *"equipo mínimo"*, y que cualquier negociación que la Concesionaria hubiera hecho con la Policía de Carreteras, que implicara el suministro de equipos adicionales, corría *"por cuenta y riesgo del contratista"*.



Entonces, según lo expuesto por la parte demandada se está ante una controversia que gira en torno a la interpretación del contrato, como también lo predicen los testigos José Román Pacheco Gallego (asesor legal de gestión contractual de la ANI) y Heriberto Amado Mateus (Director Técnico de Interventoría), quienes al unísono sostienen que *"el apéndice" B hace referencia a un listado de equipos mínimos que deben ser puestos a disposición de la policía de Carreteras e incluso ese apéndice manifiesta o pactó incluso que debía suscribirse un convenio con la Policía..., pero básicamente esa controversia ya devino fue casi finalizando el contrato en su etapa de liquidación...*<sup>139</sup>. En igual sentido se pronuncia el otro testigo invocado, quien además agrega que ese tipo de cláusulas y con el entendimiento señalado, es decir, que es un *"mínimo"*, se repite en todos los contratos similares a los de Convicol, sin discusión alguna. Por supuesto que la demanda tampoco es ajena al criterio de la interpretación porque ni en las pretensiones que se analizan, ni en los hechos que le sirven de fundamento, la actora se sustrae del contrato, pues siempre toma como referencia el mismo para pretender que se declare que los equipos que por demás debió entregar a la Policía de Carreteras fueron *"adicionales a los pactados en el Apéndice B del Contrato de Concesión 517 de 2013"*. En otras palabras, la demanda considera que el listado hecho en el Apéndice era taxativo, en tanto constituía un límite, y no un simple *"mínimo"*, como lo afirma la contraparte.

En el alegato de conclusión el apoderado de la parte demandante sin desconocer que en el Contrato se habla de *"mínimos"*, aboga porque al Contrato debe dársele una interpretación acorde con el criterio que sienta el artículo 28 de la ley 80 de 1993, es decir, *"de acuerdo con el equilibrio de las prestaciones"*, pues la interpretación del contrato estatal va más allá de los postulados del Código Civil. Por consecuencia -dice- *"la mencionada cláusula debe interpretarse en concordancia con la planeación económica de Proyecto, es decir, con su modelo financiero, de tal manera que si bien es cierto que era posible que la Concesionaria pudiera tener que entregar más bienes de los previstos contractualmente, dicha exigencia no puede extenderse a una exigencia "excesiva" de la Policía Nacional, por lo cual es la ANI quien debe asumir los costos de esos bienes entregados en exceso"*.

### **Consideraciones del Tribunal**

De manera que el caso enfrenta dos tesis que parten de lecturas distintas del Apéndice: la de la parte demandante, que entendía originalmente que la obligación de entregar equipos a la Policía de Carreteras, se agotaba con el listado contenido en dicho Apéndice, pero ahora morigerada abogando por la interpretación que antes se exponía, la cual comporta la obligación de restringir una exigencia excesiva que atente contra el equilibrio de las prestaciones, y la de la parte demandada, que estima que ese listado solo constituye un mínimo de los bienes a proveer, pero que lo adicionalmente suministrado era por cuenta y riesgo

<sup>139</sup> Folio 380 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

de la Concesionaria, de conformidad con el convenio (negocio) que hiciera con la Policía de Carreteras, de acuerdo con lo previsto en el Apéndice B.

El apéndice B técnico del contrato de Concesión 517 de 2013, en el acápite número “1.5.7. *Policía de Carreteras*”, estipula en su primer párrafo que, “*El Concesionario deberá establecer un protocolo de coordinación con la Policía de Carreteras dentro de un plazo de 15 días a partir de la Fecha de Inicio de manera que esta pueda desempeñar sus funciones previstas en la ley Aplicable y enmarcado dentro de los Convenios que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tenga suscritos o suscribiera en un futuro. El protocolo definirá el sistema de coordinación para el control y operación del tránsito*” (pág. 42 del Apéndice).

Luego en el párrafo siguiente, a modo de introducción al planteamiento de las obligaciones a cargo del Concesionario, se declara que “*Dentro de las actividades que deberá desarrollar el Concesionario en coordinación con la Policía de Carreteras, se encuentran las siguientes sin limitarse a estas que son tan solo algunas directrices generales que deberán desarrollarse con mayor profundidad en el convenio a ser suscrito entre el Concesionario y la Policía de Carreteras*” (negritas fuera del texto, pág. 42).

Después de describir las “*actividades*” que debía cumplir el Concesionario, el Apéndice establece que, “*El siguiente es el listado del equipo mínimo que el Concesionario deberá suministrar y disponer la Policía de Carreteras para el cumplimiento de las actividades de control y seguimiento del tránsito y seguridad vial a lo largo de todo el corredor concesionado*” (negrilla fuera de texto, pág. 43).

Seguidamente el Apéndice consagra que “*Las especificaciones técnicas de los elementos a ser suministrados serán definidos por la Policía de Carreteras*”, y que “*El cuerpo de policías mínimo estará conformado por cien (100) policías, distribuidos en Doce (12) oficiales en el grado de subteniente a mayor, veinticuatro (24) suboficiales o nivel ejecutivo en el grado de subintendentes jefes, y los policías restantes en el grado de patrullero o agentes. Este número corresponde al total de policiales cubriendo los tres turnos del día*” (pág. 45, negrillas del tribunal).

Basta la lectura de los anteriores apartes del Apéndice, los pertinentes a las pretensiones que son objeto de examen, para concluir, conforme lo manifiesta la demandada, que la relación o listado de bienes que allí se hace, es meramente enunciativa, o un “*mínimo*”, como el mismo documento lo expresa.

Además de que el Apéndice expresamente señala que “*El siguiente es el listado del equipo mínimo*”, los otros fragmentos del mismo Apéndice entrelazados sistemáticamente (art. 1622 del Código Civil), conducen a ratificar tal afirmación, porque si como allí se dice el número de policías en él enunciado también es un “*mínimo*”, no se entendería con cuáles equipos la policía cumpliría sus tareas, si se decidiera disponer de un mayor número de agentes cuando las necesidades

del servicio lo exigiera, mucho más cuando de acuerdo con el mismo Apéndice B, el Convenio que debían celebrar la Concesionaria y la Policía de Carreteras solo estaba sujeto, "*sin limitarse a estas*", a "*algunas directrices generales*" que tenían que ser concretadas "*con mayor profundidad*" en el respectivo convenio.

Todo en el Apéndice B lleva a sostener que la obligación que tenía la Concesionaria de suministrarle equipos a la Policía de Carreteras, no se agotaba o cumplía con la entrega de los equipos listados en el cuerpo del Apéndice, sino que pendía en cuanto a su volumen y alcance de lo que Concesionaria y Policía acordaran en el convenio previsto por el propio Apéndice, para cuyo ajuste solo se señalaban unas "*directrices generales*", no limitativas, que debían concretarse a "*profundidad*" en el mismo Convenio. Es que si los equipos, como antes se anotó, estuvieran perfectamente determinados por el Apéndice, la maniobra comercial del convenio también se vería limitada, y por consecuencia la operación de la policía, porque si se aceptara que el listado es un cierre, esa fórmula interpretativa, totalmente contraria a lo que dice el Apéndice, también debería aplicarse a la cláusula que establece "*El cuerpo de policía mínimo*" en "*cien (100)*". Interpretación ésta, que el Tribunal rechaza desde luego, porque daría al traste con la relativa libertad que el Apéndice consagra para la celebración del Convenio cuando solo se compromete con unas "*directrices generales*", obviamente "*sin limitarse a ellas*", como expresamente lo dice.

Las cláusulas del Apéndice que han sido mencionadas se caracterizan por ser lo suficientemente claras, y por tal razón llevan a desentrañar con facilidad la verdadera intención de las partes, que como bien se sabe, conforme lo declara el art. 1618 del Código Civil es la regla prevalente en la interpretación contractual. Diafanidad que en el caso se hace mucho más palpable en consideración a la coincidencia entre intención y literalidad de las palabras, como antes se anotó, y cuando concurren testigos como el del gerente de modo carretero de la ANI, Luis Eduardo Gutiérrez<sup>140</sup>, quien dice que las estipulaciones vertidas en el Apéndice B Técnico del Contrato 517, son de uso común y sin controversia en los contratos del mismo tipo celebrados por la ANI. Adicionalmente aparece como circunstancia fáctica relevante en la búsqueda de esa intención, el hecho de que la controversia relacionada con los bienes entregados a la Policía de Carreteras, solo se hubiera puesto de presente al final de la ejecución del contrato y en el mismo momento de la liquidación, pues antes nunca se formuló reclamación por tal concepto, como lo manifiesta el testigo Pacheco.

Además, aunque el artículo 28 de la ley 80 establece que en la interpretación de las estipulaciones contractuales se debe tener en cuenta el "*equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*", lo cierto es que en el caso el término "*mínimos*", no peca de oscuridad, mucho menos, cuando cómo quedó expuesto, la prueba y el mismo contrato afloran la verdadera intención de las partes, amén de que el convenio con la policía es claramente ajeno a la voluntad de la ANI. Súmese a lo anterior, que con la última postura de

140 Folio 65 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

la parte demandante queda en un limbo probatorio el volumen de la obligación de la Concesionaria, por cuanto su interpretación no permite saber por encima del mínimo cuál sería el exceso, o con qué parámetros se haría el cálculo, porque de eso nada informa el expediente.

Para finalizar con este aparte del Laudo, vale traer a colación el siguiente fragmento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que sin duda ilustra y apoya la interpretación que el Tribunal plantea:

*"En dicha labor de hermenéutica – dice la Corte – la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que estas se propusieron al ajustar la convención.*

*"Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes concretaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo, cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni mucho menos para quitarles o reducirles sus efectos legales" (sentencia de casación de 5 julio de 1983).*

El propio contrato señaló en materia de regulación de riesgos en su cláusula 77:

*"Riesgos a cargo del Concesionario.*

*A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras Cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus Anexos y Apéndices o que se deriven de la naturaleza del Contrato..."*

En ese orden de ideas, los apartes del Apéndice B ya relacionados, demuestran que existía conocimiento por parte del Concesionario de las condiciones pactadas en esta materia. En tal sentido, no se demostró que la asunción de las obligaciones a cargo del Concesionario, excedió el alea normal prevista para la ejecución de las actividades.

Al respecto señala MARIENHOFF: *"El quebranto, trastorno o deterioro, ocasionado por el hecho o acto perturbador debe superar el alea "normal". Véanse los numerales 761 y 798. Sólo el alea "anormal" puede dar lugar al resarcimiento. Alea "extraordinaria" o "anormal" es el acontecimiento que frustra*

o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato..."<sup>141</sup>.

### Conclusión

Concluyese así, que las pretensiones atinentes al "suministro de bienes y equipos a la Policía de Carreteras adicionales a los pactados", de que da cuenta el literal F del respectivo aparte de la demanda, que van de la vigésima a la vigésima cuarta, incluidas las subsidiarias de esta, y las subsidiarias de la tercera subsidiaria, no prosperan.

Consecuentemente prospera la excepción denominada por la convocada "G) Inexistencia e inexigibilidad de la obligación pretendida por el concesionario de reconocimiento de perjuicios o mayores costos derivados de la entrega de bienes y equipos entregados a la Policía de Carreteras".

### 3.7. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIPCIÓN OPORTUNA DEL ACTA DE REVERSIÓN

Argumenta la demandante que el acta de reversión contractualmente debió suscribirse contra la finalización del plazo de ejecución contractual, esto es el 31 de diciembre de 2016. En tal sentido establece que las actuaciones de la interventoría y de la Agencia demostraron la creación de una etapa de reversión no prevista contractualmente. Señala además en su escrito de alegatos que el proyecto de Otrosí No. 3, finalmente no suscrito por la Agencia, demuestra la intención en el desarrollo de esta etapa no reflejada en el contrato, aunado al no cumplimiento por parte de la interventoría en la medición del índice de estado.

Por su parte la convocada, establece que lo sucedido en el desarrollo del contrato para la suscripción del acta de reversión, se compagina totalmente con lo previsto en el mismo. Agrega que existió la necesidad en la realización de unas obras en etapa de liquidación que impedían que se surtiera la firma del acta correspondiente.

### Consideraciones del Tribunal

El literal b) de la cláusula 84 del Contrato de Concesión establece:

*"(...) Por lo tanto estos bienes de propiedad de la Agencia, y en general, todos los bienes inmuebles con todas sus anexidades que hacen parte del corredor Concesionado, serán entregados a la Agencia, según corresponda, en las condiciones señaladas en el apéndice A Técnico al momento de la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento y una vez suscrita el Acta de Recibo Final o cuando se termine anticipadamente el Contrato por cualquier causa."* (subrayado fuera de texto)

<sup>141</sup> En Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA. Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998. Páginas 523 y ss.

También se alude a la reversión en el literal uu) de la Cláusula 8ª del Contrato y en el Apéndice A Técnico – Parte B, numeral 2.

De conformidad con lo señalado en el contrato existían dos condiciones para la procedencia de la reversión, la finalización de la etapa de operación y mantenimiento y la suscripción del Acta de recibo final.

De acuerdo con las pruebas testimoniales recaudadas, se pudo establecer que fue necesario realizar en la etapa prevista para la liquidación del contrato, algunas obras derivadas de la activación del riesgo constructivo previsto en la cláusula 80 del Contrato de Concesión.

En tal sentido señaló el Ingeniero Heriberto Amado, coordinador de la interventoría del proyecto:

*“...DR. QUIÑONES: Las obras debían entregarse a qué fecha?”*

*SR. AMADO: A mitad del año 2015, 18 meses después del inicio de la concesión.*

*DR. QUIÑONES: Listo, en qué momento fueron finalmente entregadas?*

*SR. AMADO: El acta de recibo, de las obras que se intervinieron en ese plazo que no fueron objeto de controversia el acta es del 20 de noviembre es decir el Concesionario hizo su intervención, cumplió con el plazo pero pues se dio ese proceso de revisión, de que corrija esto y eso entonces el acta de esa parte de las obras es del 20 de noviembre y las del contrato que se les dio plazo y que se llegó a un acuerdo en el contrato de transacción él acabó la intervención el 15 de octubre y digamos que ya el proceso de revisión normal de las obras y de correcciones menores y eso quedó validado por el acta del 15 de diciembre del 2015.*

*DR. QUIÑONES: Diciembre del 2015.*

*SR. AMADO: Sí señor.*

*DR. QUIÑONES: Y la reversión, material cuándo se produce?*

*SR. AMADO: Yo no estaba presente pero sí tengo claro que fue a mitad del año 2017, junio o julio del 2017 (...).*

*DR. QUIÑONES: Por qué, cómo se explica, que habiendo un acta de diciembre, pasen 6 meses para que reciba finalmente la reversión la entidad?*

*SR. AMADO: El acta de diciembre del 2016?*

*DR. QUIÑONES: Le entendí eso era lo que usted había dicho previamente.*

*SR. AMADO: No, el recibo de las obras del alcance básico se dio a mitad del 2015 pero después hubo activación del riesgo constructivo como era un tramo que por naturaleza tiene muchas situaciones inestables la entidad identificó ese soporte, la ANI y asignó plata del Fondo de Contingencias y contra esos recursos se intervinieron 3 sitios críticos en Fúquene que se pactaron los*

diseños en junio del 2016 y la ejecución en octubre del 2016, y se entregaron digamos la parte gruesa el 23 de diciembre del 2016.

Pero a la par otro sitio crítico se iba monitoreando y se solicitó la activación o sea acudir a los recursos del fondo de contingencias o a los que determinaba el contrato que era una mezcla de los 2, excedentes y contingencias más o menos del PR71 de la ruta 45A05.

Eso más o menos el sitio ya venía siendo digamos que nivelado y dando las condiciones de transitabilidad que le exige el contrato al Concesionario, pero ya llega un momento en que esa nivelación era insuficiente, ya el sitio se estaba digámoslo así yendo, activando, él hacía su mejor esfuerzo entonces dijo yo no pudo más yo doy transitabilidad necesitamos intervenir el sitio.

La formalización de eso se dio en diciembre, a inicios de diciembre del 2016 y se acudió a la figura no me acuerdo cláusula 82 Riesgo con... del contrato que permite sacar esos recursos del Fondo de Contingencias o de excedentes para tener ese sitio, eso se pactó con acta de, pues, esa acta la firma la ANI pero debe ser de la última semana de diciembre y ahí se incluyó otro tema adicional o sea el sitio crítico pues porque lo designa el contrato si hay una necesidad, acudir al ... constructivo y una alcantarilla de una sentencia judicial que tenía pendiente la ANI por temas que venían de la concesión Comuneros si no estoy mal, un proceso judicial.

DR. QUIÑONES: Si le entiendo bien ingeniero esas obras a las que usted está haciendo referencia en este momento son las que se terminan de ejecutar en el primer semestre del año 2017?

SR. AMADO: Sí, sí señor, mientras yo estuve presente los diseño como tal de ese sitio crítico por riesgo constructivo o sea no contractual llamémoslo así de riesgo, fueron aprobados más o menos y de la alcantarilla que se pactó en ese en la última semana de diciembre que... el acta, esos estudios y diseños la última revisión que yo hice ya estaban a punto de ser suscritos era en abril cuando yo me fui o sea me imagino que en esa época, a los pocos días se suscribió la aprobación de estudios y diseños en abril del 2017 del punto crítico al PR71 activado por riesgo constructivo más la alcantarilla de sentencia judicial que quedaron en el acta.

DR. QUIÑONES: Es decir 2 obras en concreto se tuvieron.

SR. AMADO: Sí señor.

DR. QUIÑONES: Se tuvieron lugar en ese momento.

SR. AMADO: Sí señor, pues obviamente el cumplió, tengo claro que cumplió pues me imagino que la ejecución fue mayo y junio pues ya no me consta pero pues si cumplió pues uso el resto de los meses que le quedaban del contrato para ejecutar físicamente esas obras de las cuales sí revisé estudios y diseños pues participé y que seguramente quedaron aprobadas, finales de abril o primeros días de mayo, él habrá iniciado su construcción, pues ya, supongo.

DR. QUIÑONES: Dentro de los documentos que usted ha aportado acá al Tribunal, están esas aprobaciones a esas obras o el cruce de comunicaciones en relación con esas obras?

SR. AMADO: Creo que sí, ahí tengo la copia del acta, el acta pues dijimos que es el documento formal pero la carta que o sea como que activa ese punto crítico que dice ya no puedo más y necesito intervenir de fondo creo

que sí está, creo que sí está ahí en el archivo, igual si no está es de diciembre del, eso se dio entre noviembre y empezando diciembre del año 2016.

**DR. QUIÑONES:** Durante ese mismo periodo en donde se hacen esas obras el Concesionario continúa con la obligación de realizar operación y mantenimiento?

**SR. AMADO:** A nuestro entender como interventores sí porque estaba adelantando una actividad sobre la vía y pues tiene que tener posición física del corredor pues para poder ejecutarlas, no, es nuestra posición, claro yo estoy administrando el corredor para poder adelantar una actividad pues tengo que estar ahí y tengo que poder, disponer del corredor pues para hacer las actividades.

**DR. QUIÑONES:** Hubiese podido el Concesionario irse antes de haber entregado esas obras a las que usted se refiere?

**SR. AMADO:** Pues sí no se hubieran pactado, sí pero ya pactadas pues tenía que cumplirla, además el riesgo constructivo estaba, pues estaba previsto en el contrato y a cargo de la entidad por eso la entidad lo paga, el Fondo de Contingencias...<sup>142</sup>.

Analizado el material probatorio, obra un acta de acuerdo suscrita entre las partes el 30 de diciembre de 2016<sup>143</sup>, según la cual las partes activaron las cláusulas 78 y 80 del contrato de concesión.

En la mencionada acta se señaló como objeto:

**"CLAUSULA PRIMERA. – OBJETO:** Activar la cláusula 80 "SOPORTE RIESGO CONSTRUCTIVO POR INTERVENCION DE PUNTOS CRITICOS NO ATENDIDOS POR EL CONCESIONARIO", para la ejecución de los Estudios y diseños fase III referidos a las obras requeridas para la atención del Punto Crítico NO contractual localizado en el PR 70+700 de la Ruta 45 A-06 y la cláusula 78 "RIESGOS A CARGO DE LA AGENCIA", literal (h), para la ejecución de las Obras requeridas para el cumplimiento del fallo proferido por la H. Corte Constitucional en el marco del proceso 2013-14 (Alcantarilla del punto PR66+050 de la Ruta 45 4-A-06 del corredor vial concesionado)"

En el acta se establecieron los siguientes plazos:

**"CLAUSULA TERCERA. -PLAZO:** El plazo establecido para la entrega de los Estudios y Diseños Fase III para la atención del Punto Crítico No contractual del PR 70+700 de la Ruta 45 A-06 es de CUARENTA Y CINCO (45) días contados a partir de la suscripción del presente documento y según consta en comunicación de interventoría 01-14815-2016 con radicado ANI No. 2016-409-12084722 del 29 de diciembre de 2016.

El plazo establecido para la ejecución de las obras del Punto Crítico No contractual del PR 70+700 de la Ruta 45 A-06 es de TRES (3) MESES contados a partir de (sic) no objeción por parte de la interventoría de los Estudios y Diseños fase III presentados por el concesionario como consta en comunicación de interventoría 01-14815-2016 con radicado ANI No. 2016-409-12084722 del 29 de diciembre de 2016.

142 Folios 101 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 5. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

143 Folio 257 del Cuaderno de Pruebas 4.



*El plazo establecido para la atención de la alcantarilla el PR 66+050 de la ruta 45 A-06 será de DOS (2) MESES contados a partir de (sic) no objeción de parte de la interventoría de los estudios presentados por el concesionario como consta en comunicación de interventoría 01-14815-2016 con radicado ANI No. 2016-409-12084722 del 29 de diciembre de 2016...*

En desarrollo de lo anterior no se encontraban la totalidad de los supuestos para la suscripción del acta de recibo final, condición indispensable para la realización de la reversión.

Así queda claro de lo señalado por la cláusula 48 del Contrato:

***“CLAUSULA 48. Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento***

*Al finalizar la Etapa de Operación y Mantenimiento se suscribirá el Acta de Recibo Final donde se verificará que las Obras de Construcción del Alcance Físico Básico cumplen con los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad establecidos en los Apéndices B y C, y se hará el inventario de los activos objeto de reversión...*”

En tal sentido la verificación cuenta con un procedimiento establecido en la Cláusula 49:

***“CLAUSULA 49. Procedimiento de Verificación***

*El Interventor, presentará a la Agencia informes en los cuales quedará consignado el cumplimiento o no por parte del Concesionario de las obras de mantenimiento y de sus obligaciones de Operación, copia de los cuales entregará al Concesionario. La Agencia tendrá un plazo máximo de VEINTE (20) días hábiles para otorgarle su aprobación definitiva y/o para formular las solicitudes de corrección o complementación si no cumplen con los Niveles de Servicio y/o Estándares de Calidad señalados en el Apéndice C o con cualquier otra estipulación de este Contrato, sus Anexos o Apéndices. La metodología para determinar el nivel de cumplimiento de las obras de mantenimiento y de las obligaciones de Operación, será la que se establece en el Apéndice B. Si la Agencia no manifiesta su aprobación o desaprobación durante el término de VEINTE (20) Días Hábiles el Interventor podrá requerir nuevamente a la Agencia para que manifieste su aprobación o rechazo en un plazo máximo de DIEZ (10) Días Hábiles...*”

Como puede verse la suscripción del Acta de recibo final, no era de forma inmediata como lo entiende el concesionario, si no que estaba sujeta a que se hicieran las verificaciones que establece la cláusula 48, a su vez sometidas al procedimiento previsto en la cláusula 49. Verificaciones y procedimiento que inciden en el momento de la reversión, por que como se vio esta se encuentra sujeta a la terminación de la etapa de operación y mantenimiento y a la suscripción del acta de recibo final.

En ese orden de ideas, todas estas actividades según lo relacionado en las etapas del contrato, confluyen necesariamente durante aquella destinada a la liquidación del mismo, no siendo posible argumentar que con las actuaciones de la convocada se creó una etapa para la reversión no prevista contractualmente. Estando esto

claro, para el Tribunal resulta improcedente la argumentación establecida por el concesionario en el sentido de que la demora en la suscripción del acta de reversión obedeció además a un supuesto incumplimiento de plazos establecidos para la interventoría en la realización de la medición del índice de estado, mas aun cuando ha quedado establecido que fue necesaria la realización de obras aceptadas por el concesionario con posterioridad, inclusive al vencimiento del plazo contractual pactado.

Por último y frente a la referencia que hace la convocante en su escrito de alegatos en el sentido que la etapa de reversión fue reconocida en el Otrosí No. 3, observa el Tribunal que el citado documento nunca fue perfeccionado por las partes de conformidad con lo señalado por la ley 80 de 1993 en su artículo 41, por lo que no puede ser tenido en cuenta como fuente probatoria.

### **Conclusión**

Como consecuencia de lo anterior las pretensiones atinentes al *"incumplimiento de la obligación de suscripción oportuna del Acta de Reversión"*, de que da cuenta el literal G del respectivo aparte de la demanda, que van de la vigésima quinta a la vigésima octava, incluidas las subsidiarias de esta, no prosperan.

Consecuentemente prospera la excepción denominada *"H) Inexigibilidad de la obligación de suscripción del acta de reversión en los términos pretendidos por el demandante - La ampliación de las pólizas era una obligación del concesionario y a su cuenta por hechos imputables solo a él - Inexigibilidad de reparación o compensación alguna derivada del cumplimiento de los índices de estado al momento de la reversión de la infraestructura concesionada."*

### **3.8. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PAGO DE LAS RETRIBUCIONES A FAVOR DE LA CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.**

La convocante reclama en su escrito de reforma de la demanda el incumplimiento en la aplicación de la fórmula para las retribuciones primera, segunda, tercera y cuarta, y la indemnización integral de los perjuicios causados.

Por su parte la convocada considera que la aplicación de las fórmulas fue la correcta, de conformidad con lo señalado en el propio contrato y el acuerdo de transacción.

### **Consideraciones del Tribunal**

Encuentra el Tribunal que el debate se centra en la indebida aplicación que en concepto de la convocante hicieron la interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura de las fórmulas establecidas contractualmente, respecto del elemento M.

De conformidad con lo establecido en el contrato en su cláusula tercera, se previeron las siguientes etapas:

**"CLAUSULA 3ª. Etapas de Ejecución Contractual**

La ejecución del Contrato se llevará a cabo en dos (2) Etapas:

- a. **La Etapa Preoperativa.** Esta etapa tendrá una duración total máxima de DIECIOCHO (18) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio del Contrato. Esta etapa está compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Puesta a Punto.
  - Fase de Preconstrucción. Esta fase tendrá una duración de hasta seis (6) meses, contados a partir de la firma del Acta de Inicio del Contrato y comprenderá entre otras, la ejecución de las actividades descritas en el Apéndice A.
  - Fase de Puesta a Punto. Esta fase tendrá una duración de dieciocho (18) meses, contados a partir de la firma del Acta de Inicio del Contrato y hasta la terminación de la Etapa Preoperativa y, comprenderá la ejecución de las actividades descritas en el Apéndice A.
- b. **La Etapa de Operación y Mantenimiento.** Esta etapa inicia a partir del día calendario siguiente a la fecha de suscripción del Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa y se extenderá hasta el vencimiento del plazo del Contrato.

**PARAGRAFO.** El plazo para la ejecución de las Fases de Preconstrucción y Puesta a Punto podrá ser inferior al mencionado en la presente cláusula, siempre que se verifique el cumplimiento de todas las obligaciones referentes a la fase respectiva. Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones de Operación y mantenimiento que deba realizar el Concesionario desde la Fecha de Inicio del Contrato." (subrayado fuera de texto)

Por su parte, en la cláusula 72.1.1 se acordaron las reglas para la determinación de la primera retribución a favor de la Concesionaria, en los siguientes términos:

"En el momento de suscripción del Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa, se calculará la primera retribución al Concesionario de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PR_{(1)} = \sum_{i=1}^M (IP_i * (1 - R_i)) - Mult_M$$

**PR<sub>(1)</sub>:** Primera retribución del Concesionario

**M:** mes en el cual se firma el acta de terminación de Etapa Preoperativa

**i:** contador de cada mes a partir de la firma del Acta de Inicio

**IP<sub>i</sub>:** ingreso por recaudo de peajes del mes i

**R<sub>i</sub>:** Porcentaje de Reducción de ingreso del mes i, de acuerdo con el Apéndice C

**Mult<sub>M</sub>:** Valor de las multas en firme impuestas al Concesionario, que no hayan sido canceladas a la fecha, hasta el mes M, como los intereses de mora que se causen sobre estas, en los términos de la Cláusula 88. Intereses de mora del presente Contrato".

A su vez, en la cláusula 72.1.2, como fórmula para la determinación del valor de la segunda retribución a pagar a la Concesionaria, se estipuló lo siguiente:

*"Seis meses después de la suscripción del Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa, se calculará la segunda retribución al Concesionario de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$PR_{(2)} = \left[ \sum_{t=M+1}^{M+6} (IP_t * (1 - R_t)) \right] - Mul_{M+6}$$

**PR<sub>(2)</sub>:** Segunda retribución del Concesionario

**Mul<sub>M+6</sub>:** Valor de las multas en firme impuestas al Concesionario, que no hayan sido canceladas a la fecha, desde el mes M+1 hasta el mes M+6, como los intereses de mora que se causen sobre estas, en los términos de la Cláusula 88. Intereses de mora del presente Contrato".

En relación con la determinación del valor de la tercera retribución a favor de la Concesionaria, en la cláusula 72.1.3 se estipuló:

*"Doce meses después de la suscripción del Acta de Terminación de la Etapa Preoperativa, se calculará la tercera retribución al Concesionario de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$PR_{(3)} = \left[ \sum_{t=M+7}^{M+12} (IP_t * (1 - R_t)) \right] - Mul_{M+12}$$

**PR<sub>(3)</sub>:** Tercera retribución del Concesionario

**Mul<sub>M+12</sub>:** Valor de las multas en firme impuestas al Concesionario, que no hayan sido canceladas a la fecha, desde el mes M+7 hasta el mes M+12, como los intereses de mora que se causen sobre estas, en los términos de la Cláusula 88. Intereses de mora del presente Contrato".

Respecto del valor de la cuarta retribución a favor de la Concesionaria, en la cláusula 72.1.4 se dispuso:

*"Treinta y seis meses después de la suscripción del Acta del Acta de Inicio del Contrato, se calculará la cuarta retribución al Concesionario de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$PR_{(4)} = \left[ \sum_{t=M+13}^{36} (IP_t * (1 - R_t)) \right] + VF_{2016} * (1 - R_{prom2}) - Mul_{36}$$

**PR<sub>(4)</sub>:** Cuarta retribución del Concesionario

**Mul<sub>M+18</sub>:** Valor de las multas en firme impuestas al Concesionario, que no hayan sido canceladas a la fecha, desde el mes M+13 hasta el mes 36, como los intereses de mora que se causen sobre estas, en los términos de la Cláusula 88. Intereses de mora del presente Contrato

**VF<sub>2016</sub>:** Valor solicitado por el Concesionario en su propuesta económica para la vigencia 2016, cuyo valor es de ciento cincuenta y un mil ciento ochenta millones de pesos corrientes (\$151.180.000.000)

**R<sub>prom2</sub>:** Porcentaje promedio de Reducción de los Ingresos, desde el mes 31 contado a partir del Acta de Inicio hasta el mes 36 contado a partir de la

*suscripción del Acta de Inicio, y se establece de acuerdo con el indicador del Apéndice C...*

La controversia planteada ante el Tribunal parte de la interpretación dispar que tanto convocante y convocada han realizado del elemento M señalado en la fórmula, ocasionado por la suscripción tardía del acta de finalización de la etapa preoperativa (15 de diciembre de 2015), lo que impactó los tiempos que en concepto de la convocante debieron tenerse en cuenta para efectos de la aplicación de la fórmula. No se debate el no pago de las retribuciones primera, segunda, tercera y cuarta, sino los correspondientes intereses de mora derivados de la forma de aplicación de la fórmula.

Tal debate resultó evidente en la prueba testimonial de Jorge Eduardo Duarte en su calidad de director jurídico y representante legal judicial de Hidalgo e Hidalgo, accionista único de la Concesionaria:

*"DR. RAMÍREZ: De las retribuciones qué sabe usted?"*

*DR. DUARTE: De las retribuciones bueno recuerdo que hubo dos controversias en relación con las retribuciones, la primera fue que en la primera o la segunda retribución, no recuerdo bien, hubo una disminución, en la primera retribución que se dividió en dos, ya recuerdo, hubo una disminución de la retribución por un supuesto incumplimiento de un nivel de servicio, el tema y la controversia fue que el apéndice C que era el que decía cuáles eran los niveles de servicio y cómo se medían esos niveles de servicio, indicaba que la interventoría debía hacer la medición teniendo partícipe en todo momento al concesionario y de hecho decía que un vez efectuada la medición del nivel de servicio por parte de la interventoría ésta tenía que correrle traslado al concesionario para que el concesionario pudiera o tuviera la oportunidad de subsanar ese incumplimiento.*

*En este caso que fue una disminución de más o menos \$160 millones lo recuerdo, ese procedimiento no se cumplió, es decir la interventoría simplemente le mandó el informe a la ANI y le dijo mire el concesionario cumplió con este nivel de servicio hay que reducirle este valor de la primera retribución y eso quedó así, el concesionario obviamente se pronunció al respecto y la interventoría y la ANI simplemente indicaron que el método utilizado había sido el que decía el contrato, esa fue la primera controversia con respecto a la retribución y la segunda tuvo que ver con una indebida aplicación de las fórmula que estaban previstas en la cláusula 72 del contrato de concesión y se basaba en un tema que era el siguiente, había una yo no sé si llamarlo variable, no se si se llama así, la M, la M indicaba que en la primera retribución la M hacía referencia, y lo decía claro el contrato, al mes en el cual se suscribiera el acta de terminación de fase de puesta a punto.*

*Recuerden que la fase de puesta a punto en este contrato hace las veces de la fase de construcción, al momento de aplicar esa fórmula para la primera retribución la ANI no tuvo en cuenta cuál fue el mes verdadero en el cual se firmó esa acta de terminación de la fase de puesta a punto, y el acta de terminación de la fase de puesta a punto en este contrato se suscribió el 15 de diciembre del 2015, es decir se suscribió 24 meses después del acta de inicio, que el acta de inicio fue el 1º de enero del 2014.*

*La ANI tomó, en lugar de tomar de referencia ese mes 24, tomó el mes de referencia el mes 18 porque en el contrato decía que la fase de puesta a punto terminaba al mes 18 contado desde el inicio del contrato que fue*

**desde el acta de inicio, lo que pasa es que le reitero, en la cláusula decía que esa M debía corresponder al mes en el cual se hubiera firmado el acta de terminación de fase de puesta a punto.**

**Entonces de ahí para adelante ya las demás retribuciones se corrieron porque ya para la segunda retribución era M + 6, 6 meses más, M + 6 con los 24 meses nos daba 30 meses.**

**DR. BARRERA: Por qué la diferencia?**

**DR. DUARTE: Porque como le digo en el contrato de concesión al inicio estaba previsto que la fase de puesta a punto se terminaba el mes 18, luego desde la suscripción del acta de inicio, pero en realidad no terminó el mes 18 sino terminó el mes 24, entre otras cosas por la firma del contrato de transacción, lo que pasa es que en la literalidad de la cláusula decía que esa M correspondía al mes en el cual se firmaba el acta de terminación de fase de puesta a punto y en la realidad el acta de terminación de puesta a punto se firmó el mes 24, diciembre del 2015.**

**DR. NAVIA: Y le aplicaron el 18?**

**DR. DUARTE: Le aplicaron el 18.**

**DR. RAMÍREZ: Esa fue entonces la aplicación incorrecta de la fórmula que alega la concesionaria?**

**DR. DUARTE: Y eso conllevó a la aplicación incorrecta de la segunda y la tercera porque recuerdo que la segunda decía era M que ya sabíamos que M en la realidad era el mes 24 pero la ANI aplicó el mes 18, M + 6 para la ANI daba el mes 24.<sup>144</sup> (negritas fuera de texto)**

Por su parte en el interrogatorio realizado al perito presentado por la parte convocante, este manifestó:

**"DR. BARRERA: Para efectos reales usted qué tomó para efectos de la aplicación del M?**

**SR. OROZCO: Lo que dice la fórmula.**

**DR. BARRERA: El tiempo real del tema de acta de terminación de puntos?**

**SR. OROZCO: Claro lo que dice la fórmula el acta de terminación y el acta de inicio es que la fórmula es clara acta de inicio.**

**DR. BARRERA: Para que entienda la pregunta la interventoría lo que dice ahí es un plazo inicialmente pactado hasta de 18 meses, cuando yo le digo modificación del M, en tiempo, cuál fue la razón, el contrato de transacción o cuál fue la razón?**

**SR. OROZCO: Para mí no. Yo no encuentro razonabilidad en eso que está diciendo que esa es la razonabilidad puede que la tenga la ANI, pero yo no encontré ningún documento que se dijera que la razonabilidad para interpretar que el M era diferente era esa, yo no la encontré, puede que exista, pero yo no vi esa razonabilidad, mejor dicho, yo no encontré un documento que soporte esa razonabilidad que me está hablando doctor, la verdad.**

144 Folio 294 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

**DR. BARRERA:** Y desde el punto de vista financiero que es el análisis que usted hizo, la cláusula séptima del contrato de transacción no hizo modificación en plazo?

**SR. OROZCO:** No, a mí no me parece que haya hecho modificación en plazo.

**DR. BARRERA:** Me puede explicar la razón?

**SR. OROZCO:** Pues porque no está hablando específicamente de cosas diferentes a lo que habla el contrato de transacción, el contrato de transacción no es el contrato de obra, entonces yo no veo razonabilidad a que eso haya cambiado el plazo, porque si hubiera cambiado el plazo doctor hubiera sido mucho más claro, primero, y segundo hubiera sido más específico, hubiera dicho de la primera retribución es tal y tal y se paga en tal parte y la segunda retribución se pagará en tal, si lo que hubiera querido el contrato de transacción es aclarar los plazos lo hubiera hecho con mayor claridad y no con unas frases que en realidad ni siquiera tienen lugar a entenderse dentro del contrato de transacción, me parece a mí, eso no tiene ninguna claridad.

**DR. BARRERA:** Le explico la pregunta, cuando uno mira la segunda retribución es M+6, no es cierto?

**SR. OROZCO:** Sí así es.

**DR. BARRERA:** La pregunta es concreta, la cláusula séptima del contrato de transacción no modificó ese plazo original para efectos de contar los 6 siguientes?

**SR. OROZCO:** No, para mí no, de ninguna manera doctor, si hubiera sido así hubiera sido clara al explicarla.

**DR. NAVIA:** El M sigue siendo siempre el inicio y el final?

**SR. OROZCO:** Claro, porque eso nunca va a cambiar, o sea es que la fórmula va a cambiar, aquí ha habido una interpretación no sé seguramente por razones y no conozco el argumento jurídico para interpretarlo así, pero desde el punto de vista puramente financiero yo como financiero leo esa cláusula y no la entiendo como una interpretación de que cambió el M.

Si lo hubiera hecho lo hubiera hecho mucho más claro, nosotros no hacemos interpretaciones doctor, nosotros simplemente cogemos las realidades documentales y hacemos una aplicación de unas fórmula matemática o financiera que están, ahí no está hablando nada del M, lo hubiera hecho con mayor claridad y obviamente lo hubiera tenido yo en cuenta obviamente.

**DR. BARRERA:** Si le entiendo esa cláusula séptima del contrato de transacción habló del pago de la retribución, pero dejó los términos iguales?

**SR. OROZCO:** Sí así es (...)

**DR. QUIÑONES:** Le vuelvo a repetir la pregunta el acta de finalización de la etapa preoperativa se suscribió dentro del término de los 18 meses que establece la cláusula tercera que acabamos de leer?

**SR. OROZCO:** No.

**DR. QUIÑONES:** No se suscribió?

**SR. OROZCO:** No.

DR. QUIÑONES: Superó?

SR. OROZCO: Sí.

DR. QUIÑONES: En tanto superó esa situación fáctica encaja con este literal C que usted acaba de leer, no encaja, si el acta de finalización no llegase a darse en la fecha prevista en este contrato, le vuelvo a preguntar, la fecha en la que se suscribió el acta de terminación fue la prevista en el contrato o fue posterior?

SR. OROZCO: Perdóneme, le voy a leer el literal C, el literal C dice si el acta de finalización no llegase a darse en la fecha prevista en este contrato y se suscribió en una fecha posterior se realizará el cálculo de las retribuciones anteriormente descritas con las fórmulas previstas en esta cláusula.

O sea está diciendo hágalo con lo que dice las fórmulas, olvídense de eso, no importa la fecha que sea, hágalo como lo dice cláusula 72, es lo que está diciendo ahí doctor, puede que haya una interpretación diferente, pero es la que yo interpreto, no importa la fecha que usted tenga en la terminación de la ... aquí dice muy claro si se diera con una fecha, se realizará el cálculo de las retribuciones anteriormente descritas con las fórmulas previstas en esta cláusula. Eso qué dice, que yo tengo que ir a las fórmulas previstas en esta cláusula y hacer el cálculo que es como dice el contrato.

DR. QUIÑONES: Luego debo asegurar que la explicación de la fórmula en la que ha llegado usted únicamente tiene por propósito señalar que la letra M en la ecuación únicamente está vinculada con la fecha de diciembre de 2015, pero no tuvo en cuenta la fecha máxima 18 meses que establece la cláusula tercera del contrato?

SR. OROZCO: Así es doctor.

DR. QUIÑONES: De haberse tenido en cuenta esa situación esto es que la M se remplazara por el término máximo 18 meses, los cálculos hubiesen sido diferentes?

SR. OROZCO: Hubieran sido iguales a los que hizo la ANI o el interventor más bien porque lo hizo el interventor...<sup>145</sup>

Advierte el Tribunal que la firma del acta de finalización de la etapa preoperativa fue suscrita con posterioridad a los 18 meses establecidos en el clausulado contractual para el desarrollo de esta etapa, esto es el 30 de junio de 2015, como resultado de los acuerdos realizados en virtud de la transacción celebrada entre las partes.

Así puede leerse en la parte considerativa del acuerdo de transacción:

*"26. Que la propuesta presentada por el Concesionario en su comunicación 212-CLF-CVC-RLG, para el pago de la Primera Retribución, establecida en el numeral 72.1.1 de la cláusula 72 del Contrato de Concesión 517 de 2013, en dos partes proporcionales es viable toda vez que el pago efectivo de la misma no se dará sin que se cumpla la condición de terminación a satisfacción de la totalidad de las obras de la Etapa Preoperativa, que incluye las que se tratan en el presente.*

145 Folio 397 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.



27. Que para las partes es claro que la primera retribución de que trata el numeral 72.1.1. de la Cláusula 72 del contrato de concesión será dividida en dos pagos **teniendo como base el acumulado del recaudo de peajes en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 y 30 de junio de 2015 (Fechas inicio y fin – manteniendo la condición contractual), así:**

27.1. El primer pago corresponde al porcentaje de las obras que no son objeto de la controversia y sobre las cuales no se modifica el plazo; dicho porcentaje y su respectivo valor serán validados mediante acta por la Interventoría.

27.2 El segundo pago corresponde al porcentaje de las obras que se encontraban en controversia y que son objeto de transacción, sobre las cuales se ajusta el plazo; dicho porcentaje y su respectivo valor serán validados mediante acta por la Interventoría.

En todo caso las obras que componen cada uno de los dos pagos proporcionales de la primera retribución, deben ser recibidas por la Interventoría atendiendo de manera integral las condiciones contractuales que están contempladas para tal fin.

28. Que las partes conocen el contenido y el detalle de los alcances de los temas, aspectos y circunstancias que se transigen a través del presente documento, por lo que respecto de cada uno de los asuntos incorporados en este acuerdo, declaran que ha efectuado pertinente, adecuada y suficientemente las evaluaciones y análisis técnicos, económico, financieros y jurídicos y con base en ellos es que efectúan las concesiones que se materializan en el presente.”. (lo resaltado fuera de texto)

Por su parte, en el Otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015, en sus considerandos 12 y 13 se previó:

**“(…) 12. Que entre los acuerdos logrados en la transacción se encuentra lo relativo al pago de la primera retribución, establecida en el numeral 72.1.1. de la cláusula 72 del contrato de concesión 517 de 2013, que en todo caso no se dará sino hasta tanto se cumpla la condición de terminación a satisfacción de la totalidad de las obras de la Etapa Preoperativa.**

**13. Que respecto del pago de la primera retribución se convino dividirla en dos pagos teniendo como base el acumulado de peajes en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 y 30 de junio de 2015 (fechas inicio y fin) manteniendo la condición contractual). (…)”** (Resaltado fuera de texto).

Según puede observarse en la transcripción antes realizada, si bien es cierto las partes de común acuerdo dividieron el pago de la primera retribución en dos partes, decidieron no variar el acumulado de peajes a ser tenidos en cuenta para efectos de la aplicación de la fórmula, esto es, entre el 01 de enero de 2014 y el 30 de junio de 2015 con la finalidad de mantener “la condición contractual”.

En desarrollo de lo anterior, condicionaron la procedencia del pago de la primera retribución, a la terminación de las obras objeto de transacción. Señala la cláusula cuarta del mencionado otrosí:

**"(...) CLÁUSULA CUARTA. - PAGO DE LA RETRIBUCIÓN - El Concesionario recibirá la primera retribución de que trata el numeral 72.1.1. de la Cláusula 72 del contrato de concesión de la siguiente manera:**

*El primer pago corresponde al porcentaje equivalente a las obras que no son objeto de la transacción, que no son ajustadas en plazo por el presente documento, valor que será validado mediante acta elaborada por la interventoría conforme a la entrega a satisfacción de las mismas.*

*El segundo pago corresponde al porcentaje equivalente a las obras restantes, objeto de la transacción, sobre las cuales se ajusta el plazo, valor que será validado mediante acta elaborada por la Interventoría.*

**Parágrafo. Los dos pagos en que se divide la primera retribución se harán siguiendo el procedimiento contractual a partir de la puesta a disposición de la totalidad de las obras por parte del Concesionario y en todo caso no podrán darse antes de la terminación de las mismas.**  
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte el literal c) de la cláusula 72.1.5., **GENERALIDADES PARA TODAS LAS RETRIBUCIONES** prevé:

***"c. Si el acta de finalización de la Etapa Preoperativa no llegase a darse en la fecha prevista en este contrato, y se suscribiera en una fecha posterior, se realizará el cálculo de las retribuciones anteriormente descritas con las fórmulas previstas en esta cláusula y el Concesionario no tendrá derecho a reclamar intereses corrientes o de mora o algún tipo de compensación adicional al respecto por este concepto (...)"*** (negrillas fuera de texto)

La anterior cláusula está en consonancia con lo señalado en el artículo 7 de la ley 1508 de 2012:

***"Artículo 7º. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada. Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato..."***

En efecto, el elemento M de la fórmula, que fue objeto de censura por parte de la convocante, debe entenderse según las reglas pactadas por el propio contrato. Entiende el Tribunal que en la medida que el contrato de Asociación Pública Privada fue pactado para ser ejecutado en un plazo de 36 meses, el mismo resultaba inmodificable en cuanto a la posibilidad de una prórroga o adición bajo las voces de la ley 1508 de 2012.

Por tanto las partes pactaron contractualmente la consecuencia de la firma de la etapa preoperativa en una fecha posterior a la formulada y pactada - 18 meses desde la suscripción del acta de inicio -, remitiendo a efectos de los períodos objeto de aplicación de la fórmula, a los inicialmente presupuestados para la aplicación del M, esto es:

- 18 meses para la primera retribución contados a partir de la suscripción del acta de inicio.
- 6 meses posteriores para la segunda retribución contados a partir de la finalización del periodo establecido contractualmente para la etapa preoperativa, esto es 6 + 18 meses.
- 12 meses posteriores para la tercera retribución contados a partir de la finalización del periodo establecido contractualmente para la etapa preoperativa, esto es 12 + 18 meses.
- 36 meses posteriores para la cuarta retribución contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

En desarrollo de lo anterior, señalaron que "(...) el Concesionario no tendrá derecho a reclamar intereses corrientes o de mora o algún tipo de compensación adicional al respecto por este concepto".

Observa el Tribunal que el elemento M de la fórmula, no puede separarse en su aplicación e interpretación, de lo establecido en el propio contrato. No se trata en criterio del Tribunal, de una simple aplicación financiera de la fórmula, tal como lo señaló el perito en su interrogatorio, sino que ella debe interpretarse consultando la integralidad del contrato y respetando la autenticidad del mismo, esto es, entrelazando las diversas cláusulas del negocio (art. 1622 del Código Civil) y siendo fieles a la voluntad de las partes (art. 1618 ibídem), pues fueron ellas mismas las que previeron las vicisitudes cronológicas, cuando en el literal c) de la cláusula 72.1.5. (que hace parte de la misma cláusula donde están las fórmulas), conscientes de que "el acta de finalización de la Etapa Preoperativa no llegase a darse en la fecha prevista en este contrato", establecieron que por tal circunstancia el Concesionario no tenía derecho al reclamo de interés de cualquier clase, ni "algún tipo de compensación adicional", manteniendo así inamovible el elemento M de la fórmula contractual de conformidad con los plazos señalados. Interpretación esta que necesariamente se impone, porque obrar de otro modo, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, "es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos"<sup>146</sup>.

<sup>146</sup> Sentencia de casación de 27 de agosto de 1971, G.J. I. CXXXIX, pág. 131.

A juicio del Tribunal, lo anterior impide cualquier reconocimiento de intereses moratorios, sobre un evento que ya estaba previsto contractualmente por las partes – la suscripción posterior del acta de finalización de la etapa preoperativa– más aún, cuando existió expresa renuncia por parte del concesionario al pedimento de intereses tanto corrientes como moratorios por tal circunstancia.

### **Conclusión**

Como consecuencia de lo anterior las pretensiones atinentes al “pago de las retribuciones a favor de la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S.”, de que da cuenta el literal H del respectivo aparte de la demanda, que van de la vigésima novena a la trigésima segunda, incluidas las subsidiarias de esta, no prosperan.

Consecuentemente prospera la excepción E) denominada “El pago de las cuatro retribuciones e (sic) hizo en todo de conformidad con las estipulaciones negociales de las partes.”

### **3.9. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PAGO DEL RECAUDO DE PEAJE CON POSTERIORIDAD A LA FECHA EN QUE SE ALCANZÓ EL VPIP**

Solicita la convocante el reconocimiento de los valores que en su concepto dejó de cancelar la Agencia Nacional de Infraestructura en virtud de lo señalado por la cláusula 109 literal f) del contrato de concesión en el período comprendido entre la obtención del VPIP, esto es 29 de abril de 2016, y la fecha de terminación del plazo contractual esto es el 31 de diciembre de 2016.

Por su parte la convocada argumenta que la aplicación de la citada cláusula se realizó en estricto cumplimiento de lo señalado en el contrato frente al exceso de la retribución pactada.

### **Consideraciones del Tribunal**

De conformidad con lo establecido por la cláusula 109 literal f) del contrato de concesión:

#### **“CLAUSULA 109. Liquidación del Contrato en caso de terminación por mutuo acuerdo o en forma unilateral o por vencimiento del plazo.**

*f) El recaudo de Peajes en exceso de la retribución del Concesionario de que trata esta cláusula hasta el Día anterior a la fecha de recibo del Proyecto por la Agencia, serán de propiedad de la Agencia aunque el recaudo de Peaje haya sido efectuado por el Concesionario. Esos ingresos deberán ser trasladados por el Concesionario a la Cuenta previo descuento de un quince por ciento (15%) de los ingresos recibidos, porcentaje que remunera los gastos en que haya tenido que incurrir el Concesionario por la administración, Operación y mantenimiento del Proyecto durante el período que transcurra entre la identificación del valor a cancelar y el recibo del Corredor Concesionario (sic) por parte de la Agencia...” (La negrilla y el subrayado fuera de texto).*

Como puede observarse, la procedencia en el descuento del 15% de los ingresos recibidos, está condicionado a la existencia de un recaudo de peajes en exceso de la retribución por parte del Concesionario.

En concepto de la concesionaria, el exceso se dio una vez el contratista obtuvo el VPIP, esto es el 28 de abril de 2016, lo que le da derecho al 15% de los ingresos recibidos en el período comprendido entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2016, fecha de terminación del plazo de la concesión.

Al respecto señaló el testigo Jorge Eduardo Duarte, Director jurídico y representante judicial de Hidalgo Hidalgo:

*“DR. BARRERA: Cuándo obtuvieron el VPIP?”*

*DR. DUARTE: El 28 de abril del 2016.*

*DR. BARRERA: Y después qué pasó?*

*DR. DUARTE: Después de eso obviamente nuestra posición era que después del VPIP nosotros teníamos por lo menos derecho a percibir el 15% hasta terminar el contrato o hasta entregar la infraestructura.”<sup>147</sup>*

El Tribunal no comparte ni acepta la postura adoptada por el Concesionario, por las razones que pasa a señalar:

De conformidad con lo previsto en la cláusula 5 del contrato de concesión, la retribución está conformada por: (i) el derecho al recaudo de peaje y (ii) los recursos públicos afectados al proyecto, esto es vigencias futuras.

En efecto señala la cláusula:

***“CLAUSULA 5ª. Retribución del Concesionario***

*La Retribución del Concesionario por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato, estará compuesta por el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del Proyecto y los recursos públicos afectados al Proyecto, que se desembolsará con los recursos provenientes de la Subcuenta Aportes Agencia del Patrimonio Autónomo, en los términos señalados en el presente Contrato.*

*En cumplimiento de lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, la Retribución del Concesionario estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de los niveles de servicios, y estándares de calidad en las distintas etapas del Proyecto.*

*La Retribución del Concesionario se afectará por las Reducciones del Concesionario o multas o sanciones pecuniarias, si a ello hubiere lugar...”*

147 Folio 296 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

El valor del contrato fue establecido en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$283.289.000.000) a precios constantes del 31 de diciembre de 2011.

Así se lee en la cláusula 69 del contrato, donde también se estableció que “Los aportes de recursos públicos son los indicados en el presente Contrato...”

Por su parte, en la cláusula 70 Apropriaciones presupuestales, se señaló:

*“Para efectuar los aportes derivados de este Contrato, la Agencia cuenta con autorización de compromiso de Vigencias Futuras para el año 2016 como consta en la autorización correspondiente expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante comunicación radicada con No. 2-2013-026911 del 29 de Julio de 2013. Al respecto será obligación de la Agencia asegurarse que los recursos de vigencias futuras queden incluidos en su presupuesto.*

*El monto de apropiación presupuestal expresado en Pesos Corrientes de 2016 se detalla a continuación:*

2016
\$151.180.000.000 CIENTO CINCUENTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS”

Por su parte y de conformidad con lo establecido en las definiciones el VPIP es:

*“el valor presente de los ingresos correspondiente al recaudo de Peaje consignados en la Subcuenta de peajes de la Cuenta Agencia, ofertado por el Concesionario en su Propuesta y expresados en Pesos corrientes, el cual no podrá ser superior al límite señalado por la Agencia en el Pliego de Condiciones. Se precisa que el valor presente esta descontado a la tasa de referencia (Tasa de descuento nominal de los ingresos expresada en términos mensuales y que para efectos de esta valoración será de cero punto cincuenta y ocho setenta y tres por ciento 0.5873%) incluida en los Pliegos de Condiciones...”*

El Valor Presente de los Ingresos por Peajes (VPIP) fue señalado por el Concesionario en su propuesta económica en: \$182.039.710.602<sup>148</sup>.

Debe entonces el Tribunal ocuparse de determinar cuándo contractualmente el concesionario obtenía la retribución pactada, esto es el componente relativo al recaudo de peajes y al correspondiente a la vigencia futura.

Observa el Tribunal que de conformidad con lo señalado en la cláusula 72 del contrato, las retribuciones se hacían efectivas en 4 momentos, siendo relevante para el análisis lo referido para la cuarta retribución, donde se previó por las partes el desembolso de los recursos públicos aportados por la Agencia Nacional de Infraestructura:

148 Cláusula 72.1.5 del Contrato de Concesión

*"Treinta y seis meses después de la suscripción del Acta de Inicio del Contrato, se calculará la cuarta retribución al Concesionario de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$PR_{(4)} = \left[ \sum_{i=M+13}^{36} (IP_i * (1 - R_i)) \right] + VF_{2016} * (1 - R_{prom2}) - Mult_{36}$$

*PR<sub>(4)</sub>: Cuarta retribución del Concesionario*

*Mult<sub>M+13</sub>: Valor de las multas en firme impuestas al Concesionario, que no hayan sido canceladas a la fecha, desde el mes M+13 hasta el mes 36, como los intereses de mora que se causen sobre estas, en los términos de la Cláusula 88. Intereses de mora del presente Contrato*

*VF<sub>2016</sub>: Valor solicitado por el Concesionario en su propuesta económica para la vigencia 2016, cuyo valor es de ciento cincuenta y un mil ciento ochenta millones de pesos corrientes (\$151.180.000.000)*

*R<sub>prom2</sub>: Porcentaje promedio de Reducción de los Ingresos, desde el mes 31 contado a partir del Acta de Inicio hasta el mes 36 contado a partir de la suscripción del Acta de Inicio, y se establece de acuerdo con el indicador del Apéndice C..."*

En desarrollo de lo anterior la vigencia que debía asumir la Agencia Nacional de Infraestructura, haría parte de la cuarta retribución pactada, la cual según la fórmula aceptada y acordada por las partes se daría en el mes 36 de suscripción del acta de inicio, esto es contra el vencimiento del plazo de ejecución contractual.

Según esto, la procedencia de la retención correspondiente al 15% señalada en la cláusula 109 literal f), estaba condicionada a que se diera un exceso en la retribución conformada por el VPIP señalado en la oferta y la causación de la vigencia futura establecida en el contrato, la cual según las voces del propio contrato, sólo se daría una vez se hubiese causado el pago de la cuarta retribución.

Para el Tribunal entonces, resulta clara la regulación que la propia Agencia y el concesionario establecieron ante sí y para sí, en el evento que se obtuviera el VPIP con anterioridad al vencimiento del plazo establecido en el contrato:

**"72.1.5. Generalidades para todas las retribuciones**

***e. Si el Concesionario alcanza el VPIP solicitado en su oferta económica antes del plazo previsto en el contrato, deberá seguir cumpliendo con todas las obligaciones hasta la finalización del contrato, y no se le reconocerá retribución adicional por concepto de recaudo de peajes por los gastos realizados entre las fechas comprendidas entre el día en que alcanza el VPIP y la fecha estimada de terminación del contrato.***

*El Valor Presente de los Ingresos por Peajes (VPIP) corresponde al valor solicitado por el Concesionario en su propuesta económica así:*

Valor Presente de los Ingresos por peajes solicitado por el Concesionario en su propuesta	\$182.039.710.602
---	-------------------

(negritas fuera de texto)

En desarrollo de la aplicación de la cláusula, el propio concesionario en el período comprendido entre el 29 de abril y el 31 de diciembre de 2016, no realizó el descuento que hoy considera procedente, tal como se pudo establecer en la certificación enviada por la Fiduciaria Bancolombia, bajo requerimiento realizado por el Tribunal:

*“... A continuación, remitimos la información solicitada de acuerdo con la comunicación:*

- (i) *Si hubo desembolsos al Concesionario entre el 29 de abril de 2016 y hasta el 30 de junio de 2017, ambas fechas incluidas, en virtud de la cláusula 109 literal f del Contrato de Concesión 517 de 2013 y de ser el caso relacione el monto de los desembolsos efectuados mes por mes y los días calendario solicitados; y:*

*En virtud de la cláusula 109 del contrato de concesión, literal f) “El recaudo de peajes en exceso de la retribución del Concesionario de que trata esta cláusula hasta el día anterior a la fecha de recibo del Proyecto por la Agencia, serán de propiedad de la Agencia, aunque el recaudo de peajes haya sido efectuado por el Concesionario. Esos ingresos deberán ser trasladados por el Concesionario a la cuenta previo descuento de un quince por ciento (15%) de los ingresos recibidos, porcentaje que remunera los gastos en que haya tenido que incurrir el Concesionario por la administración, operación y mantenimiento del proyecto durante el período que transcurra entre la verificación de valor a cancelar y el recibo del corredor concesionario por parte de la Agencia”. La remuneración por la operación de los peajes empezó a partir del 1º de enero hasta el 30 de junio de 2017 a continuación se relacionan mes a mes los valores recibidos por el Concesionario: ...” (La negrilla y el subrayado fuera de texto)<sup>149</sup>*

El Tribunal entonces, inspirado (i) en la plasmación, *expressis verbis*, de la voluntad del concedente y concesionario en la cláusula 109 literal f) del Contrato de Concesión 517 de 2013, (ii) en la hermenéutica de la estipulación y (iii) en la conducta desplegada observada por las partes en la ejecución de la cláusula, concluye la improcedencia de las pretensiones formuladas por la convocante en su escrito de reforma de demanda.

### **Conclusión**

Como consecuencia de lo anterior las pretensiones atinentes al “*Pretensiones relacionadas con el pago del recaudo de peaje con posterioridad a la fecha en que se alcanzó el VPIP*”, de que da cuenta el literal l del respectivo aparte de la demanda, que van de la trigésima tercera a la trigésima sexta, incluidas las subsidiarias, no prosperan.

Consecuentemente prospera la excepción l denominada “*Inexistencia de incumplimiento e inexigibilidad de la obligación de pago del 15% correspondiente al recaudo de peajes después de obtenido el VPIP por el Concesionario*”.

149 Comunicación C305100001-R1425-16 del 17 de diciembre de 2016. Cuaderno de Pruebas 5. Folios 187 y siguientes.



### **3.10. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA REALIZACIÓN DE LA GESTIÓN PREDIAL CON POSTERIORIDAD A LA FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO**

Las pretensiones objeto de este acápite se fundamentan por parte del Concesionario, en que según su criterio las obligaciones en materia de gestión predial a su cargo, sólo debían ser ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión 517 de 2013.

En tal sentido señala que por motivos imputables exclusivamente a la Agencia Nacional de Infraestructura, la convocante tuvo que cumplir obligaciones adicionales al término ya señalado, y por ende asumir mayores costos relativos a la actualización de carpetas prediales, el fondeo de recursos adicionales a la Subcuenta Predial del Patrimonio Autónomo, y la continuidad de este último hasta que la Agencia finalice los procesos de expropiación.

En la narración de los hechos de la demanda reformada se establece que la diferencia la ocasionaron los expedientes prediales CVC-PC-12-02 y CVC-PC-48-49-1 (hechos 264 y siguientes de la demanda reformada).

Alega que luego de haber entregado a la convocada las fichas prediales con las resoluciones de expropiación de estos dos predios ya listas para numeración, fechado y suscripción, la convocada guardó silencio. Sólo una vez terminada la etapa de ejecución y el plazo contractual, mediante el Oficio 2017-306-020313-1 del 30 de junio de 2017, comunicó a la Concesionaria que en desarrollo de las actividades tendientes a revertir y liquidar el Contrato de Concesión se había encontrado que, aunque se contó con el 100% de los predios disponibles para la ejecución del proyecto, la ANI aún no tenía la totalidad de predios a su nombre, debido a que dos de los predios estaban en proceso de expropiación, por lo que sería descontado del último pago de la remuneración lo correspondiente para culminar con dichas expropiaciones. La Concesionaria dio respuesta al anterior oficio con la comunicación 227-17-CLI-CVC-RLGLJ del 10 de julio de 2017<sup>150</sup>.

Dice además que a pesar de que Convicol cumplió con la Gestión Predial establecida en el Contrato de Concesión, la Entidad bajo su actuar caprichoso y sin fundamento, obligó a la Concesionaria a realizar y ejecutar pagos adicionales a los inicialmente pactados en el Contrato, dada la negligencia de la misma ANI en culminar los procesos de expropiación, los cuales únicamente ella podía llevar a cabo.

Por su parte la convocada señala que de conformidad con los parámetros establecidos en el Apéndice E del contrato de concesión, es obligación del concesionario acompañar a la Agencia Nacional de Infraestructura en los trámites de expropiación hasta su finalización. De igual forma establece que de

<sup>150</sup> CD a folio 178 del Cuaderno de Pruebas No. 1 (prueba 257).

conformidad con la estructura de riesgos pactada en el contrato, los costos adicionales alegados se encuentran dentro de aquellos a cargo del concesionario.

### Consideraciones del Tribunal

El contrato estatal, especialmente el de concesión, es un instrumento de imputación de riesgos. En efecto, el contrato es en sí mismo un acto de previsión, como lo ha afirmado categóricamente la doctrina francesa:

*“Dos razones principales, que encuentran fundamento en la naturaleza contractual de los contratos públicos, hace de éstos, el vector esencial del tratamiento del alea. De hecho, el contrato es acto de previsión. El tiene la vocación de anticipar el futuro más aún cuando el contrato se debe ejecutar en una larga duración. La estipulación de cláusulas tendientes a regular el alea se inscribe naturalmente en el desarrollo consistente en establecer los eventos futuros y a ejercer sobre ellos los elementos de mitigación que sean posibles (...).”<sup>151</sup> (traducción libre del Tribunal)*

Se tiene entonces que *“(...) la voluntad de las partes es seguida por la libertad contractual, que las autoriza a prever el tratamiento del alea ex ante, en las cláusulas iniciales del contrato, o ex post, por un nuevo acuerdo de voluntades (...).”<sup>152</sup> (traducción libre del Tribunal)*

En proyectos de Asociación Pública Privada, es un elemento fundamental para la estructuración del contrato, el adecuado manejo y distribución de los riesgos. Así lo reconoce el documento CONPES 3760:

*“Asegurar la adecuada asignación y valoración de los riesgos asociados a cada proyecto es uno de los elementos fundamentales para la movilización de capital privado. Facilitar la transferencia de aquellos riesgos que esté en mejor capacidad de administrar el inversionista privado, genera beneficios para las finanzas públicas reduciendo contingencias.*

*Sin embargo, eventos de fuerza mayor o caso fortuito son riesgos que se pueden materializar en el desarrollo de los proyectos, por lo que los contratos deberán prever fórmulas o mecanismos para su manejo ante la ocurrencia de factores exógenos al proyecto.*

*Por otro lado, con el objetivo de mantener el ritmo de ejecución de los contratos, se hace necesario contemplar herramientas contractuales de declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito derivados de eventos en temas ambientales, sociales, prediales y de traslado de redes, entre otros, los cuales serán asumidos por la ANI, después de realizar un proceso de verificación y certificada la debida diligencia del privado por parte de la interventoría o quien haga sus veces...”<sup>153</sup>*

Advierte el Tribunal que de conformidad con lo establecido en el contrato, correspondía al concesionario bajo la gestión predial a su cargo, realizar

<sup>151</sup> GABAYET, Nicolas. L'alea dans les contrats publics en droit anglais et droit français. LGDJ, Paris 2016. Página 387.

<sup>152</sup> GABAYET, Nicolas. L'alea dans les contrats publics en droit anglais et droit français. LGDJ, Op. cit. Página 387.

<sup>153</sup> Página 43.

actividades que soportaran los procesos expropiatorios que adelantara la Agencia Nacional de infraestructura. Así se señalan en los siguientes apartes del contrato y sus anexos:

En la cláusula 8 del contrato se señala:

*"El Concesionario tendrá entre otras, las obligaciones que se listan en el presente Contrato, en sus anexos, apéndices, en el Pliego de Condiciones y la Propuesta, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza, según corresponda a cada una de las etapas o fases del presente Contrato:*

*(...) aa. Asumir el costo y sobrecosto de la adquisición de Predios, en los términos que se indican en el presente Contrato."*

Por su parte establece la cláusula 78 del contrato literal g) como Riesgos a cargo de la Agencia:

*"g. La Agencia compartirá con el Concesionario los efectos favorables o desfavorables derivados de la adquisición de Predios, incluyendo variables de costo predial y mayor afectación predial de acuerdo con lo establecido en el literal c) de la CLAUSULA 26. Recursos para la Adquisición de Predios del presente contrato..."*

Ahora bien, en la Cláusula 26 del contrato 517 de 2013 se establece:

**"CLÁUSULA 26. Recursos para la Adquisición de Predios**

**a. El Concesionario deberá financiar la adquisición de los Predios, mediante el traslado de los recursos necesarios a la Subcuenta Predios de la Cuenta Aportes Concesionario. Se estima que el valor de la adquisición de Predios y la aplicación del plan de compensaciones económicas de que trata la Resolución 545 del 5 de diciembre de 2008 expedida por el Instituto Nacional de Concesiones hoy la Agencia requeridos para el Proyecto corresponde a la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$5.459.400.000) constantes de 31 de diciembre de 2011 (el "Valor Estimado de Predios y Compensaciones") los cuales deberán estar disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario, en la fecha de su creación, es decir al momento de la constitución del Patrimonio Autónomo.**

**b. En los recursos de la Cuenta Aportes Concesionario – Subcuenta Predios estarán incluidos los recursos para la gestión predial, la adquisición de Predios y la aplicación del plan de compensaciones económicas de que trata la Resolución 545 del 5 de diciembre de 2008 expedida (sic) el Instituto Nacional de Concesiones, actualmente la Agencia, así como los demás gastos asociados a la gestión predial. La Fiduciaria, en su condición de vocera del Patrimonio Autónomo efectuará los pagos a los propietarios de los Predios, previa instrucción del Concesionario.**

**c. Si los recursos aportados por el Concesionario conforme al literal anterior llegaren a ser insuficientes para completar la adquisición de la totalidad de los Predios y la aplicación del plan de compensaciones económicas de que trata la Resolución 545 del 5 de diciembre de 2008**

*expedida por el Instituto Nacional de Concesiones, actualmente la Agencia, se asignará el riesgo de sobrecosto por adquisición predial y compensaciones escalonadamente, de la siguiente manera:*

**(i) Entre el cien por ciento (100%) y el ciento veinte por ciento (120%) inclusive, el Concesionario asumirá en su totalidad los costos adicionales al valor estimado de predios y compensaciones socioeconómicas". (negrilla fuera de texto)**

Dentro del Apéndice E Predial en el numeral 1.1 Obligaciones del concesionario se dispone:

*"(...) Los costos relacionados con la gestión predial a cargo del concesionario, es decir la elaboración de todos los insumos sociales, técnicos y jurídicos, así como el personal contratado para tales fines y para los trámites administrativos y los procesos de expropiación judicial o administrativa, se encuentran contemplados en el valor del contrato y por lo tanto correrán por cuenta y riesgo del Concesionario hasta la finalización de la gestión predial.*

*La adquisición de los predios requeridos (enajenación voluntaria y/o expropiación) para la ejecución de las obras estará a cargo del Concesionario quien desarrollará dicha labor en favor de la agencia nacional de infraestructura, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la ley 105 de 1993. De acuerdo con dicha responsabilidad el CONCESIONARIO deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación:*

*(...) 1.1.10 Preparar los documentos relacionados con el trámite de expropiación judicial o administrativa para la suscripción por parte de la agencia nacional de infraestructura (...)*

*(...) 1.1.11 Cuando sea necesario adelantar trámites por vía de expropiación judicial, el CONCESIONARIO será el responsable de contratar los profesionales que se requieren hasta la culminación de los correspondientes procesos, y de realizar todas las gestiones para que se adelanten con la mayor celeridad ....*

*(...) 1.2.3 ... será responsabilidad de la AGENCIA suscribir los documentos previamente preparados por el CONCESIONARIO para que este de inicio y lleve hasta su culminación el proceso de expropiación por vía administrativa o vía judicial ..." (negrilla fuera del texto)*

Queda entonces claro que de acuerdo con las estipulaciones contractuales antes citadas el plazo de terminación del contrato, esto es el 31 de diciembre de 2016, no constituía un límite contractualmente establecido para el cumplimiento de las obligaciones señaladas para el Concesionario en el Apéndice E en materia de trámites expropiatorios.

Obra en el expediente, el reconocimiento por parte de funcionarios de la Agencia, en el sentido que los trámites de expropiación correspondientes a los dos predios objeto de reclamo por parte de la convocante, no fueron ágiles.

Así en el testimonio de Luis Eduardo Gutiérrez, quien fue el gerente de modo carretero de la ANI, se señala:

**DR. SANTOS:** *Usted recuerda durante la etapa de liquidación del contrato qué fue lo que ocurrió con un par de predios que estaban en sede de expropiación?*

**SR. GUTIÉRREZ:** *... los predios que estaban en expropiación digamos como parte de la obligación que le asistía a la ANI, digamos de alguna manera no, no fuimos muy ágiles en el tema de la expropiación de los 2 predios que estaban pendientes.*

**DR. SANTOS:** *Y usted recuerda qué se le planteó al concesionario respecto de esos dos predios en fase de liquidación?*

**SR. GUTIÉRREZ:** *Si que ustedes asumieran la expropiación y digamos... todo el proceso de expropiación...<sup>154</sup> (negritas fuera de texto)*

En tal sentido, obra en el expediente prueba que para el 21 de octubre de 2016, según oficio Oficio 486-16-CLI-CVC-DPR<sup>155</sup>, el concesionario con base en el oficio 01-13077-2016 de la interventoría informó a la Agencia Nacional de Infraestructura del cumplimiento por parte del concesionario de los documentos necesarios para realizar el trámite de expropiación del último de los dos predios.

En el documento ya mencionado y dirigido al concesionario, señala la interventoría:

*"De acuerdo con lo anterior, esta Interventoría aprueba el expediente predial mencionado, se permite realizar la suscripción del mismo y remite por medio de la presente comunicación la carpeta predial citada..."*

Sólo hasta el 30 de junio de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura informa al concesionario que en la medida que los dos predios: (i) el CVC-PC-48-49-01 se encuentra en etapa de ejecutoria de la resolución de expropiación y posterior demanda, y (ii) el CVC-PC-12-02 se encuentra iniciando trámite administrativo, se hace necesario realizar en desarrollo de lo establecido por la cláusula 26 literal c) ya relacionada, la transferencia de recursos del patrimonio autónomo por valor de \$348.843.302.00, correspondiente al avalúo de ambos predios.

En desarrollo de lo anterior, el concesionario según comunicación del 10 de julio de 2017 informó a la Agencia, que *"procederá a notificar y requerir al Patrimonio Autónomo el traslado de los \$348.843.302 de la Cuenta Aportes Concesionario a la Subcuenta Predios del proyecto con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la cláusula 26 del Contrato de Concesión..."*.

Aunque todo daría a entender que la convocada no fue diligente y que por causa de esta culpa la Concesionaria vio afectado su patrimonio, sin que ninguna incidencia tuviera la previsión contractual antes citada (Cláusula 26 lit. c (i)), en tanto esta se refiere *"al valor estimado de los predios y compensaciones socioeconómicas"*, mientras que lo pretendido por la demandante es una indemnización de perjuicios como consecuencia de la conducta negligente de la

<sup>154</sup> Folio 76 del Cuaderno de Pruebas No. 5. Corregida la transcripción de la declaración por el Tribunal.

<sup>155</sup> CD a folio 178 del Cuaderno de Pruebas No. 1 (Prueba 254).

ANI, como ya se anotó, que según afirma implicó para Convicol costos adicionales relacionados con la actualización de carpetas prediales, además de tener que fondear con mayores recursos la subcuenta predial del patrimonio autónomo, con posterioridad al 31 de diciembre de 2016, que era la fecha límite para ejecutar las obligaciones afines a la gestión predial, o sea la fecha de terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión, lo cierto es que esta verificación ninguna consecuencia económica adversa apareja para la ANI, porque el perjuicio alegado, que se dice sufrido, no aparece probado en el expediente.

En efecto, además de que la parte actora se abstiene de concretar el monto en las pretensiones que integran el literal J de este aparte de la demanda, tampoco hace especificación alguna en el Juramento Estimatorio, pues ninguno de los ocho ítems que conforman este acápite del libelo demandatorio, se refiere a la cuantificación del perjuicio referente a la gestión predial posterior a la finalización de la Etapa de Operación y Mantenimiento, como igualmente se omite en el dictamen pericial, porque ni siquiera al perito se le formuló cuestión con tal finalidad.

La única referencia relacionada con el tema, sería la que aparece en el hecho 278 de la demanda, donde la Concesionaria hace mención de oficio de la ANI para controvertir, mediante su propia comunicación, el valor que se le informa habrá de ser descontado por *"el riesgo de sobrecosto por adquisición predial asignado al Concesionario en la Cláusula 26, literal c, romanito i del Contrato de Concesión de la Referencia, el cual corresponde a la suma de \$1.091.880.000 constantes de 31 de diciembre de 2011"*, a lo cual la Concesionaria responde que *"dentro del proyecto vial que nos ocupa los recursos que se requirieron de manera adicional para acometer los objetivos y obligaciones de la Gestión Predial ascendieron a la suma de \$348.843.302 y no de \$1.091.880.000"*, siendo el primer valor *"el que debe asumir el Concesionario y no el segundo como equivocadamente lo interpreta la ANI"*, agrega el hecho, que además dice, de acuerdo con el mismo oficio que *"Convicol le informa a la ANI que procederá a notificar y requerir al Patrimonio Autónomo el traslado de los 348.843.302 de la Cuenta Aportes Concesionario a la Subcuenta Predios del Proyecto con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión"*.

No obstante que lo relatado por el hecho guarda correspondencia con el contenido de los oficios cruzados, que obran en el expediente, lo claro es que esa información es insuficiente para el Tribunal proceder a concretar un perjuicio, porque una cosa es la controversia sobre las cifras que el hecho narra de acuerdo con los oficios, y otra muy distinta el valor del perjuicio que efectivamente padeció la demandante, que no aparece definido de manera clara y precisa en los documentos que se invocan como prueba del hecho, pues estos por ningún lado dan cuenta de que ese sea un debate en materia de perjuicios sufridos por la Concesionaria.

De otra parte y aunque la exigencia de la Agencia Nacional de Infraestructura de fondear la subcuenta en la etapa de liquidación partió de un retardo en el trámite de las labores de expropiación a su cargo, conforme a lo establecido contractualmente, el Concesionario debía asumir el riesgo contractual hasta el 120% de los recursos para la Gestión Predial.

Al respecto no obra prueba por parte del concesionario que demostrara una asunción de riesgo por un porcentaje superior al señalado en la citada cláusula.

### **Conclusión**

En estos términos no prosperan las pretensiones del literal J relacionadas con *“la realización de la gestión predial con posterioridad a la finalización de la Etapa de Operación y Mantenimiento”*, salvo la pretensión trigésima octava respecto de la cual el Tribunal declarará que la Concesionaria Vial de Colombia SAS debió ejecutar obligaciones propias de la gestión predial después del 31 de diciembre de 2016, conforme a lo señalado en la parte motiva.

Consecuentemente prospera parcialmente la excepción J denominada *“Gestión predial era una obligación a cargo del concesionario y un riesgo que este debía asumir”*.

### **3.11. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA CONDENA AL PAGO DE INTERESES**

En la medida en que no hay condenas dinerarias a favor del Concesionario, no hay lugar a ordenar el pago de intereses de ninguna clase, y por tanto no prosperan las pretensiones del literal K denominadas *“Pretensiones relacionadas con la condena al pago de intereses”*.

Consecuentemente prospera parcialmente la excepción K denominada *“Al no existir incumplimiento alguno por parte de la entidad no se produce la mora ni sus efectos jurídicos”*, en el entendido en que aunque se declarará un incumplimiento no hay consecuencia económica.

## **4. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO**

El inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso (modificado por la Ley 1743 de 2014, art. 13) respecto del juramento estimatorio establece:

*“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.”*

Y el párrafo, en los términos en que fue modificado por la Ley 174 de 2014, artículo 13, dispone:

**“Parágrafo. Modificado. Ley 1743 de 2014. Art. 13. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.**

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*

En estos términos, la norma citada prevé dos supuestos en los que hay lugar a imponer una condena por concepto de la sanción allí prevista, a saber: (i) cuando la suma estimada bajo juramento exceda en un cincuenta por ciento de la suma probada a la que resulte condenada la demandada; y (ii) cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de perjuicios.

Advierte el Tribunal que la sanción prevista en la norma citada no es procedente cuando se niegan las pretensiones por causa distinta a la falta de prueba del perjuicio, como ocurre en el presente caso. En estos términos no hay lugar a aplicar sanción alguna por este concepto.

Tratándose de pretensiones consecuenciales de la trigésima octava, donde se absuelve a la parte demandada porque la demandante no demostró el perjuicio, cabe advertir que sobre esta parcialidad del petitum no hubo juramento estimatorio.

## **5. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN**

Para efectos de costas, el Tribunal aplicará lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el artículo 365 del CGP. En consecuencia, dado que no prosperaron la mayoría de las pretensiones de la demanda, el Tribunal determina que la proporción en que las partes deberán concurrir al pago de las costas del proceso es noventa por ciento (90%) a cargo de la parte convocante, y diez por ciento (10%) a cargo de la parte convocada.

Para la determinación de las costas el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal Arbitral fueron pagados en su totalidad por la parte convocante, y que en el proceso no se acreditó que la convocada hubiese reembolsado a la convocante el 50% de estos.

Por lo anterior, las costas se liquidan atendiendo las sumas fijadas por concepto de honorarios incluyendo el IVA correspondiente, así:

### **Honorarios de los Árbitros, Secretaria, y Gastos del Tribunal**

Honorarios de los 3 Árbitros \$ 1.171.863.000



IVA 19% honorarios de los árbitros	\$ 222.653.970
Honorarios de la Secretaria	\$ 195.310.500
IVA 19% honorarios de la Secretaria	\$ 37.108.995
Gastos de Funcionamiento y Administración- Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 195.310.500
IVA 19% gastos funcionamiento	\$ 37.108.995
Gastos del proceso	\$ <u>2.000.000</u>
<b>Total</b>	<b>\$ 1.861.355.960</b>

En estos términos corresponde a CONVICOL asumir el 90% de los honorarios y gastos del Tribunal equivalente a la suma de \$ 1.675.220.364, y a la ANI el 10% equivalente a la suma de \$186.135.596.

En tanto la convocada no acreditó que haya reembolsado a la convocante el 50% de los honorarios y gastos del Tribunal, en los términos del inciso cuarto del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012<sup>156</sup>, se causan intereses de mora a la más alta tasa autorizada a cargo de la ANI y a favor de CONVICOL desde el vencimiento del plazo para consignar, esto es el 14 de agosto de 2018, y hasta la fecha del laudo sobre el 50% de los honorarios y gastos del Tribunal equivalente a la suma de \$930.677.980, los cuales procede a liquidar a continuación el Tribunal:

Periodo			Interés Actual Efectivo				Interés Nominal		Capital Saldo	Intereses	Interés acumulados
Inicio	Final	No. de días	Resolución Superintendencia Número	Int. Cta Bancaria Fecha	Tasa Int. Mora (1)	Tasa nominal efectiva	nominal mensual				
14/08/18	31/08/18	18	0954	27/07/18	18,84%	28,91%	0,00071716585	1,29%	930.677.980	12.014,108	12.014,108
1/09/18	30/09/18	30	1112	31/08/18	19,81%	29,72%	0,00071384733	2,14%	930.677.980	19.806,529	31.822.633
1/10/18	31/10/18	31	1294	28/09/18	19,63%	29,45%	0,00070733468	2,19%	930.677.980	20.407,325	52.329,958
1/11/18	30/11/18	30	1521	31/10/18	19,48%	29,24%	0,00070389329	2,11%	930.677.980	19.624,739	71.954,698
1/12/18	31/12/18	31	1708	29/11/18	19,40%	29,10%	0,00070001781	2,17%	930.677.980	20.186,226	92.150,924
1/01/19	31/01/19	31	1872	27/12/18	19,16%	28,74%	0,00069236198	2,15%	930.677.980	19.379,348	112.126,271
1/02/19	28/02/19	28	111	31/01/19	19,70%	29,55%	0,00070956778	1,93%	930.677.980	18.490,352	130.616,624
1/03/19	31/03/19	31	0263	28/02/19	19,37%	29,06%	0,00069906183	2,17%	930.677.980	20.168,698	150.785,323
1/04/19	30/04/19	5	389	29/03/19	19,32%	28,98%	0,00069748821	0,35%	930.677.980	3.245,532	154.030,855

Por lo anterior, la ANI adeuda a CONVICOL por concepto de intereses la suma de \$154.030.865, y por concepto del 10% de los honorarios y gastos del Tribunal la suma de \$186.135.596, para un total de \$340.166.461.

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal las fija tomando como parámetro el 90% de los honorarios de un árbitro, esto es en la suma de \$351.558.900 a favor de la ANI y a cargo de CONVICOL.

En consecuencia, descontada la suma señalada a favor de CONVICOL del valor fijado por concepto de agencias en derecho, se condenará a CONVICOL a pagar a la ANI la suma de \$11.392.439 por concepto de costas y agencias en derecho.

Finalmente se precisa que teniendo en cuenta que en el curso del trámite se expidió a solicitud de la convocante la certificación prevista en el inciso segundo

156 "(...) De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas (...)"

del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la condena en costas deja sin efecto dicha certificación.

#### IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre **CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.**, por una parte, y por la otra, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en cumplimiento de la misión encomendada por las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.** Por las razones expuestas en la parte motiva se declara que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015, debió ejecutar trabajos de diseño, construcción y mantenimiento de los puntos críticos 04-05, 36 y 60-61. Por consiguiente prospera la pretensión tercera de la demanda reformada.

**SEGUNDO.** Por las razones expuestas en la parte motiva se declara que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S., en virtud del Contrato de Transacción de fecha 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 del 28 de septiembre de 2015, debió ejecutar trabajos de diseño, construcción y mantenimiento del paso urbano por el Municipio de Chiquinquirá. Por consiguiente prospera la pretensión octava de la demanda reformada.

**TERCERO.** Por las razones expuestas en la parte motiva se declara que la Concesionaria Vial de Colombia S.A.S. debió ejecutar obligaciones propias de la gestión predial después del 31 de diciembre de 2016. Por consiguiente prospera la pretensión trigésima octava de la demanda reformada.

**CUARTO.** Por las razones expuestas en la parte motiva negar las demás pretensiones de la demanda reformada, tanto las principales como las subsidiarias.

**QUINTO.** Declarar que prosperan las siguientes excepciones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva: *"A) Validez del contrato de transacción del 8 de septiembre de 2015 y del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión bajo Esquema de Asociación Público Privada No. 517 de 2013"; "E) El pago de las cuatro retribuciones e (sic) hizo en todo de conformidad con las estipulaciones negociales de las partes"; "F) Inexigibilidad de la obligación de reconocer perjuicios o mayores costos derivados de la ampliación de las garantías contractuales frente a actividades relacionadas con el contrato de transacción y Otrosí No. 1 del Contrato de Concesión bajo el Esquema APP No. 517 de 2013 y de la constitución de una póliza para aseguramiento del caso fortuito o fuerza mayor en cualquier punto de*

la infraestructura"; "G) Inexistencia e inexigibilidad de la obligación pretendida por el concesionario de reconocimiento de perjuicios o mayores costos derivados de la entrega de bienes y equipos entregados a la Policía de Carreteras"; "H) Inexistencia de la obligación de suscripción del acta de reversión en los términos pretendidos por el demandante - La ampliación de las pólizas era una obligación del concesionario y a su cuenta por hechos imputables solo a él - Inexistencia de reparación o compensación alguna derivada del cumplimiento de los índices de estado al momento de la reversión de la infraestructura concesionada"; e "I) Inexistencia de incumplimiento e inexigibilidad de la obligación de pago del 15% correspondiente al recaudo de peajes después de obtenido el VPIP por el Concesionario".

**SEXTO.** Declarar que prosperan parcialmente las siguientes excepciones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva: "J) Gestión predial era una obligación a cargo del concesionario y un riesgo que este debía asumir" y "K) Al no existir incumplimiento alguno por parte de la entidad no se produce la mora ni sus efectos jurídicos".

**SÉPTIMO.** Negar la excepción de caducidad señalada en el numeral 3 del literal D) del acápite de excepciones, y la "B) La conducta de la Concesionaria es contraria a la buena fe negocial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva".

**OCTAVO.** Abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**NOVENO.** Se condena a la parte demandante a asumir el noventa por ciento (90%) de las costas y agencia en derecho, y en consecuencia CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S. deberá pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, dentro de los cinco (5) días siguientes a que quede en firme el presente laudo arbitral, la suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$11.392.439), de conformidad con la liquidación contenida en la parte motiva.

**DÉCIMO.** Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal. La parte convocante entregará en un plazo de quince (15) días a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones efectuadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

**DÉCIMO PRIMERO.** Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

**DÉCIMO SEGUNDO.** Disponer que en la oportunidad prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, se proceda por el árbitro Presidente del Tribunal a efectuar la liquidación final de gastos y llegado el caso, devolver el saldo a las partes en la siguiente proporción: noventa por ciento (90%) a la parte convocante y diez por ciento (10%) a la parte convocada, junto con la correspondiente cuenta razonada.

**DÉCIMO TERCERO.** Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**DÉCIMO CUARTO.** Remitir copia del presente Laudo Arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

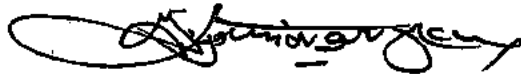
Dado en Bogotá, el cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



**JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**  
Presidente



**JOSÉ FELIPE NAVIA ARROYO**  
Árbitro



**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Árbitro



**ANDREA ATUESTA ORTIZ**  
Secretaria

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>1</b>
<b>1. PARTES Y REPRESENTANTES.....</b>	<b>1</b>
1.1. Parte Convocante .....	1
1.2. Parte Convocada .....	2
<b>2. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS .....</b>	<b>2</b>
<b>3. EL PACTO ARBITRAL .....</b>	<b>2</b>
<b>4. EL TRÁMITE ARBITRAL.....</b>	<b>4</b>
4.1. La demanda arbitral .....	4
4.2. Nombramiento de los árbitros.....	4
4.3. Instalación del Tribunal de Arbitraje y notificación de la demanda .....	4
4.4. La contestación de la demanda .....	5
4.5. La reforma de la demanda y su contestación .....	5
4.6. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios.....	6
4.7. Primera Audiencia de Trámite .....	6
4.8. Pruebas del trámite arbitral.....	6
4.9. Alegatos de Conclusión .....	9
<b>5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....</b>	<b>10</b>
<b>II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.....</b>	<b>11</b>
<b>1. LA DEMANDA ARBITRAL .....</b>	<b>11</b>
<b>2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA .....</b>	<b>46</b>
<b>III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO .....</b>	<b>47</b>
<b>1. PRELIMINAR. EL PROBLEMA JURIDICO MEDULAR. ....</b>	<b>47</b>
<b>2.A - EL CONTRATO 517 DE 2013. ....</b>	<b>48</b>
2.1. LA NATURALEZA DEL CONTRATO SUSCRITO.....	49
2.2. LOS OTROSÍES SUSCRITOS.....	51
<b>2. B - FUNDAMENTOS PRELIMINARES.....</b>	<b>51</b>
2.1. LOS RIESGOS EN CONTRATOS DE CUARTA GENERACION. EL MODELO DE APPS INTRODUCIDO POR LA LEY 1508 DE 2012.....	51
2.2. EL TRATAMIENTO DE RIESGOS EN CONTRATOS DE CUARTA GENERACION SEGUN EL ESQUEMA DE ASOCIACION PUBLICA PRIVADA BAJO INICIATIVA PUBLICA .....	53
2.3. LA TRANSACCION. CONSIDERACIONES SOBRE LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO.....	58
2.4. LA FUERZA O VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.....	60
2.5. LA BUENA FE.....	65
2.6. LA BUENA FE Y LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO .....	71
2.7. LA INTERPRETACION CONTRACTUAL.....	72
<b>3. ANALISIS DE LOS ASPECTOS MATERIA DE CONTROVERSIA.....</b>	<b>74</b>
3.1. SOBRE LA CADUCIDAD ALEGADA POR LA PARTE CONVOCADA. ....	74
3.2. PRETENSIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2015 Y DEL OTROSÍ NO. 1 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2015. ....	75
3.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS TRABAJOS DE DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS PUNTOS CRÍTICOS 36, 04, 05, Y 60 Y 61 Y EL PASO URBANO POR CHIQUINQUIRÁ. ....	87
3.4. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA DISMINUCIÓN DEL VALOR DE LA PRIMERA RETRIBUCIÓN PAGADA A LA CONCESIONARIA. ....	91
3.5. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL COSTO DE AMPLIACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTRACTUALES Y DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA PÓLIZA DE SEGURO PARA ASEGURAMIENTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN CUALQUIER PUNTO DE LA INFRAESTRUCTURA .....	98
3.6. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL SUMINISTRO DE BIENES Y EQUIPOS A LA POLICÍA DE CARRETERAS ADICIONALES A LOS PACTADOS.	104

3.7. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIPCIÓN OPORTUNA DEL ACTA DE REVERSIÓN ....	109
3.8. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PAGO DE LAS RETRIBUCIONES A FAVOR DE LA CONCESIONARIA VIAL DE COLOMBIA S.A.S.	114
3.9. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PAGO DEL RECAUDO DE PEAJE CON POSTERIORIDAD A LA FECHA EN QUE SE ALCANZÓ EL VPIP	124
3.10. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA REALIZACIÓN DE LA GESTIÓN PREDIAL CON POSTERIORIDAD A LA FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.....	129
3.11. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA CÓNDENA AL PAGO DE INTERESES .....	135
4. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	135
5. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN.....	136
<b>IV. PARTE RESOLUTIVA .....</b>	<b>138</b>