

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por **CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S. - COVIPACÍFICO S.A.S.** como convocante, contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, como convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal arbitral tienen origen en el Contrato de Concesión No. 007 de 2014, celebrado el 15 de septiembre de 2014, entre **CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S. COVIPACÍFICO S.A.S** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, el cual según la cláusula 2.1, Capítulo II, Aspectos Generales, tiene por objeto:

“El presente Contrato bajo un esquema de asociación público privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1”.

2. El Pacto Arbitral

En el Contrato de Concesión No. 007 de 2014, las partes pactaron arbitraje en la Cláusula 15.2 de la Parte General, en los siguientes términos:

“(a) Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.

(b) También serán del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el Amigable Compondedor, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable.

(c) Dentro de quince (15) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario deberá informar a la ANI el Centro de Arbitraje y Conciliación que realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede del arbitramento. Si vencido este plazo, el Concesionario no ha notificado la designación, la ANI realizará dicha elección. El Centro escogido — por el Concesionario o por la ANI, según corresponda— deberá corresponder a uno de los siguientes: i) El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte.

(d) 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 idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje escogido conforme a lo establecido en la Sección 15.2(c) anterior, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.

(e) Los árbitros decidirán en derecho.

(f) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (500 SMMLV) por cada árbitro.

	<i>Rango Inferior</i>		<i>Rango Superior</i>	<i>Tarifa</i>
<i>Hasta</i>			\$6.160.000,00	40,00 SMMLV
<i>De</i>	\$6.160.001,00	A	\$108.416.000,00	13,00%
<i>De</i>	\$108.416.001,00	A	\$325.864.000,00	9,00%
<i>De</i>	\$325.864.001,00	A	\$543.312.000,00	8,00%
<i>De</i>	\$543.312.001,00	A	\$1.086.624.000,00	7,00%
<i>Más De</i>			\$1.086.624.000,00	500 SMMLV

(g) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de facultades excepcionales al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos, fruto del ejercicio de tales facultades no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

(h) 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. En todo caso, ningún miembro del panel podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los miembros o socios del Concesionario, de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quién al momento de la designación sea coárbitro en los procesos que los apoderados de las Partes sean a su vez coárbitros o apoderados en aquellos procesos.

(i) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes de común acuerdo y previo a la audiencia de instalación, podrán conceder al Tribunal un término

mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto que así lo informe a los árbitros designados.

(j) 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 Oferta, en la medida que dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta.

(k) El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato.”

3. Partes Procesales

3.1. Parte convocante: CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S. - COVIPACÍFICO (en adelante COVIPACÍFICO) es una sociedad comercial, domiciliada en Sabaneta, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Aburrá Sur (folios 157 a 161 del Cuaderno Principal No. 1). Comparece al proceso representada por el doctor Mauricio Millán Drews, en su calidad de Representante Legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

3.2. Parte convocada: **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** (en adelante ANI), es una Agencia Nacional del Estado 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. Comparece al proceso representada por el doctor Alejandro Gutiérrez Ramírez, Coordinador del Grupo interno de Trabajo de Defensa Judicial, quien tiene funciones de Representante Legal y otorgó el poder para la actuación judicial.

4. Ministerio Público.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 262 de 2000, se le informó al Ministerio Público sobre este proceso quien delegó a la doctora Diana Marcela García Pacheco en calidad de Procuradora Primera Judicial II para asuntos Administrativos. La representante del Ministerio Público participó durante el trámite arbitral y entregó concepto el día 13 de marzo de 2018.

5. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El 25 de enero de 2016 el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la iniciación del trámite arbitral según lo ordena el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012. Posteriormente, en aplicación del artículo 612 del Código General del Proceso, el Tribunal le notificó el 24 de junio de 2016 el auto admisorio de la demanda por medios electrónicos y por correo postal envió copia de la demanda y sus anexos. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció durante todo el trámite arbitral.

6. Etapa Inicial

6.1. La convocatoria del Tribunal arbitral: El 18 de enero de 2016 **COVIPACÍFICO** presentó solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

6.2. Designación de los árbitros: De conformidad con la cláusula compromisoria, las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores Luis de Brigard Caro, Manuel José Cepeda Espinosa y Wilson Ruiz Orejuela quienes aceptaron la designación oportunamente.

6.3. Instalación: Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros y a las partes, y conforme con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló el 15 de junio de 2016. En dicha audiencia se designó como presidente al doctor Luis de Brigard Caro y como secretaria a la doctora Laura Barrios Morales.

6.4. Admisión de la demanda, notificación y contestación: En audiencia llevada a cabo el 15 de junio de 2016 el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado por el término de veinte (20) días.

Estando presente en audiencia el apoderado de la Convocada quedó notificado del auto admisorio de la demanda. El 24 de junio de 2016 el Ministerio Público y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado fueron notificadas del auto admisorio de la demanda según lo dispuesto en el artículo 612 del Código General del Proceso (el “C.G.P.”).

Dentro del término legal la Convocada contestó la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas.

Las partes solicitaron en 8 oportunidades el aplazamiento de la audiencia de conciliación.

El 26 de mayo de 2017 la parte convocante presentó reforma de la demanda que el Tribunal admitió por auto de fecha 30 de mayo siguiente. La Convocada contestó la reforma de la demanda y el traslado de las excepciones propuestas por la Convocada fue debidamente surtido dentro de los términos de ley.

6.5. Audiencia de conciliación: El 26 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria.

6.6. Honorarios y gastos del proceso: El 26 de julio de 2017 el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaria, las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos del proceso. La Convocante pagó oportunamente las sumas decretadas mientras que la Convocada no lo hizo, razón por la cual la Convocante, dentro del término de ley, pagó por ella.

7. Las pretensiones de la demanda reformada, su contestación y excepciones

7.1. Las pretensiones formuladas por la Convocante en la demanda reformada:

1. “DECLARATIVAS

EN RELACIÓN CON EL TÉRMINO DE LA FASE DE PRECONSTRUCCIÓN DE LA ETAPA PREOPERATIVA

1.1. Que se declare que el inicio de la Fase de Construcción del Contrato de Concesión, está sujeta a condición, y no a plazo.

1.1.1. Pretensión subsidiaria a la 1.1.: Que se declare que el término de la Fase de Preconstrucción de la Etapa Preoperativa del Contrato de Concesión, es tácito y determinable, y no expreso o determinado.

1.1.1.1. Pretensión subsidiaria a la 1.1.1.: Que se declare que que la expresión “plazo estimado” contenida en la Sección 3.8. de la Parte Especial del Contrato de Concesión, debe entenderse como el plazo necesario para poder cumplir con las “Condiciones Precedentes”.

1.1.1.1.1. Primera pretensión subsidiaria a la 1.1.1.1: Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA indujo a error al CONCESIONARIO, creándole la legítima convicción de que la finalización del término de la Fase de Preconstrucción, estaba sujeto al cumplimiento de las condiciones establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión.

1.1.1.1.2. Segunda pretensión subsidiaria a la 1.1.1.1: Que se reconozca la ineficacia o se declare la nulidad de los siguientes apartes del Contrato de Concesión:

- La expresión “La duración estimada de las fases de la Etapa Preoperativa se especifica en la Parte Especial” del literal a) de la cláusula 2.5 de la Parte General del Contrato de Concesión.
- La cláusula 3.8. de la Parte Especial del Contrato de Concesión.

1.2. Que se declare que el término de la Fase de Preconstrucción del Contrato de Concesión, finaliza una vez se cumplan las “Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción” establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión y se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

EN RELACIÓN CON EL NO ACAECIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE LAS CONDICIONES PARA EL INICIO DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN

1.3. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA hizo entrega al CONCESIONARIO, del tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través del contrato de obra No. 203 de 2008, pasado el término estimado para la Fase de Preconstrucción.

1.4. Que se declare que a la presentación de esta demanda y hasta cuando se determine en el proceso, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no cumplió su obligación de entregar al CONCESIONARIO el tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INVIAS a través del contrato de obra No. 541 de 2012, establecida en el literal (a) de la Sección 4.3 de la Parte General del Contrato de Concesión.

1.5. *Que se declare que en tanto faltare o falte la entrega de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de cualquiera de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012, no se cumple la condición precedente para el inicio de la Fase de Construcción, establecida en el literal (h) de la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, de acuerdo con el Plan de Obras No Objetado mediante comunicación de la Interventoría No. 05-01-20160126001699 del 26 de enero de 2016.*

1.5.1. Pretensión subsidiaria a la 1.5: *Que se declare que, para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, se requiere previamente la entrega por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012, de acuerdo con el Plan de Obras No Objetado mediante comunicación de la Interventoría No. 05-01-20160126001699 del 26 de enero de 2016.*

1.5.1.1. Pretensión subsidiaria a la 1.5.1: *Que se declare que, para la ejecución de las intervenciones de la Fase de Construcción correspondientes a la Unidad Funcional 4, se requiere previamente la entrega por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012.*

1.6. *Que se declare que el desfase entre el término estimado para la Fase de Preconstrucción y el que realmente ha tomado el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el numeral 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, tiene como causa eficiente hechos ajenos y no imputables al CONCESIONARIO, ni por los cuales está llamado a responder.*

1.7. *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el CONCESIONARIO tiene derecho y la ANI la correspondiente obligación de concederle, el término necesario para que se cumplan las “Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción” establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso.*

EN RELACIÓN CON EL PLAN DE OBRAS

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

EN RELACIÓN CON LOS HONORARIOS DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES

1.9. *Que se declare que en la remuneración prevista para los amigables componedores en el literal (i) de la Sección 15.1 de la Parte General del Contrato de Concesión, no está incluido el Impuesto al Valor Agregado (IVA).*

2. DE CONDENAS.

2.1. *Que como consecuencia de la pretensión 1.7, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a conceder al CONCESIONARIO el término que se pruebe como necesario para que se cumplan las condiciones establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión.*

2.2. *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

2.3. *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar al CONCESIONARIO las costas del presente proceso, así como las agencias en derecho.”*

7.2. Las excepciones presentadas por la Convocada al contestar la reforma de la demanda:

1. Los plazos del Contrato están claramente determinados y corresponden a plazos máximos dentro de los cuales el concesionario debe cumplir con sus obligaciones.

2. El no acaecimiento de las “condiciones precedentes” para el inicio de la fase de construcción es imputable al concesionario.

3. El Contrato es ley para las partes.

4. Los riesgos ambientales y prediales fueron asumidos por COVIPACÍFICO con la suscripción del Contrato 007 de 2014.

5. La suma fijada en los contratos de concesión suscritos bajo la modalidad de APP, como honorarios para los amigables componedores incluye el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

6. Excepción Genérica

8. Hechos

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los 156 hechos que relaciona en la demanda reformada a folios 5 a 40 del Cuaderno Principal N° 2, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

9. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegatos de conclusión

9.1. Primera audiencia de trámite

El 11 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En dicha oportunidad, el Tribunal declaró su competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre COVIPACÍFICO y la ANI, derivadas del Contrato de Concesión No. 007 de 2014, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el mismo. Así mismo, el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses.

9.2. Etapa probatoria

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal profirió el decreto de las pruebas solicitadas por las partes en la demanda reformada, la contestación de la misma y el memorial mediante el cual se describió el traslado de excepciones. El Tribunal señaló fechas para la práctica de las diligencias.

9.2.1. La prueba documental

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los siguientes documentos aportados por las partes:

9.2.1.1. Documentos aportados por la parte convocante – COVIPACÍFICO:

- (i) Con la demanda, que obran a folios 1 a 3 del Cuaderno de Pruebas No. 1;
- (ii) Con la Demanda Reformada, que obran a folios 1 a 189 del Cuaderno de Pruebas No. 4; y
- (iii) Con el memorial mediante el cual describió el traslado de las excepciones, que obran en un CD incorporado a folio 357 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

9.2.1.2. Documentos aportados por la parte convocada – ANI:

- (i) Con la contestación de la demanda, que obran a folios 4 a 673 del Cuaderno de Pruebas No. 1, 1 a 524 del Cuaderno de Pruebas No. 2 y 1 a 552 del Cuaderno de Pruebas No. 3; y
- (ii) Con la contestación a la Demanda Reformada, contenidas en un CD que obra a folio 356 de Cuaderno de Pruebas No. 4.

9.2.2. Testimonios

El Tribunal recibió los siguientes testimonios:

Testigo	Acta	Folios Acta
Jaime Carrizosa Lora	Acta No. 22 del 2 de octubre de 2017	235 a 238 Cuaderno Principal No. 2
Juan Carlos Rengifo Ramírez	Acta No. 22 del 2 de octubre de 2017	235 a 238 Cuaderno Principal No. 2
Andrés Núñez Gallego	Acta No. 23 del 3 de octubre de 2017	245 a 249 Cuaderno Principal No. 2
Luz Angela Zapata Herrera	Acta No. 23 del 3 de octubre de 2017	245 a 249 Cuaderno Principal No. 2
Mario Vitola de la Rosa	Acta No. 24 del 4 de octubre de 2017	251 a 253 Cuaderno Principal No. 2
José Fernando Villalba Feliú	Acta No. 26 del 20 de octubre de 2017	265 a 270 Cuaderno Principal No. 2

La parte convocante, desistió de los testimonios de los señores Clara Margarita Montilla Herrera, Gloria Inés Cardona Botero, Andrés Figueredo Serpa, Rubén Darío Reyes y Juan David Soto. La parte convocada por su lado desistió de los testimonios de los señores Gloria Inés Cardona Botero y Andrés Figueredo Serpa. El Tribunal aceptó los desistimientos según consta en las Actas No. 21, 23 y 26.

9.2.3. Informe escrito bajo juramento

9.2.3.1. El Tribunal ordenó al representante legal de la ANI rendir informe bajo juramento en los términos del artículo 195 del C.G.P. La Convocada envió el respectivo informe el 4 de octubre de 2017, el cual complementó por solicitud de la Convocante el 20 de noviembre siguiente. El informe y su complementación obran a folios 408 y 436 Cuaderno Pruebas No. 4.

9.2.3.2. El Tribunal ordenó al Instituto Nacional de Vías – Invías -rendir informe bajo juramento en los términos del artículo 195 del C.G.P. La entidad envió el respectivo informe el 9 de noviembre de 2017. Por solicitud de COVIPACÍFICO el Tribunal le pidió al Invías complementar el informe, el cual fue enviado el 6 de enero de 2018. El informe y su complementación obran a folios 426 del Cuaderno Pruebas No. 4. y 1 del Cuaderno Pruebas No.5

9.2.4. Inspección Judicial

Ambas partes desistieron de la inspección judicial en el trazado del proyecto y según consta en el Acta No. 33, el Tribunal aceptó el desistimiento.

9.2.5. Exhibiciones de documentos

El consorcio Servinc – ETA, interventor del proyecto, entregó el 20 de octubre de 2017 un disco duro con los documentos objeto de la exhibición. Ambas partes revisaron la información suministrada por la Interventoría y de común acuerdo solicitaron incorporarla al expediente.

Así mismo, las partes escogieron y entregaron el 5 de diciembre de 2017 de común acuerdo los documentos objeto de las respectivas exhibiciones. El Tribunal declaró concluidas las diligencias en auto de fecha diciembre 15 de 2017.

9.2.6. Interrogatorio de parte y declaración de parte

El Tribunal decretó y practicó interrogatorio de parte y declaración de parte al representante legal de COVIPACÍFICO. El 29 de septiembre de 2017 el doctor Mauricio Millán Drews absolvió los respectivos interrogatorios.

9.2.7. Prueba pericial y experticias

9.2.7.1. COVIPACÍFICO aportó como prueba 3 experticias:

- Experticia predial catastral elaborada por Iván Darío Cardona Querubín.
- Experticia de ingeniería civil “Diseño de Vías, túneles y estabilidad de taludes Concesión Pacífico 1” elaborada por Francisco Javier Nanclares Arango.
- Experticia en materia ambiental elaborada por Arturo Sánchez Herrera.

La contradicción de las experticias se realizó en audiencia celebrada el 23 de octubre de 2017 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

9.2.7.2. Por solicitud de la ANI el Tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial para ser rendido por un experto financiero. El Tribunal designó a la firma Desarrollo Empresarial Ltda. representada legalmente por el señor Moisés Rubinstein Lerner, quien se posesionó el 3 de octubre de 2017 y entregó el dictamen el 20 de noviembre de 2017. Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron entregadas por el perito el 15 de enero de 2018.

9.3. Cierre etapa probatoria

Recaudado así el acervo probatorio, en audiencia realizada el 6 de febrero de 2018 los apoderados de las partes y el agente del Ministerio Público manifestaron estar conformes con la práctica de las pruebas y observaron que el proceso se llevó a cabo con apego a las normas legales. El Tribunal, mediante auto de esa misma fecha decretó el cierre de la etapa probatoria.

9.4. Alegatos de conclusión

En sesión realizada el 13 de marzo de 2018, se llevó a cabo audiencia de alegaciones, en la que las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un resumen escrito de los mismos. Por su parte, la representante del Ministerio Público envió su concepto por escrito. Todos los documentos se incorporaron al expediente.

10. Término de duración del proceso

Conforme a la ley y según lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que puedan presentarse conforme con lo dispuesto por los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite finalizó 11 de septiembre de 2017.

Por solicitud de las partes el proceso se suspendió así:

Suspensiones	Días suspendidos
Del 16 de diciembre de 2017 al 14 de enero de 2018 incluidas ambas fechas	17
Del 7 de febrero de 2018 al 5 de marzo de 2018 incluidas ambas fechas	19
Del 7 al 12 de marzo incluidas ambas fechas	4
Del 14 de marzo al 2 de mayo, incluidas ambas fechas	32
Total	72

De acuerdo a lo anterior, el término de este proceso va hasta el 28 de junio de 2018, razón por la cual el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos procesales

Encuentra el Tribunal que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales y no se advierte causal alguna de nulidad. De los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

Demandas en forma: La demanda reformada cumple con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y demás normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

Capacidad: Tanto la parte convocante como la parte convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

Competencia: Conforme se declaró por Auto de 11 de septiembre de 2017, el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre COVIPACÍFICO, de una parte, y la ANI, de la otra, con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en el Contrato de Concesión No. 007 de 2014, Cláusula 15.2 de la Parte General.

2. Sobre las pretensiones de la Demanda reformada

2.1. Primer grupo de Pretensiones

Procede el Tribunal a analizar el primer grupo de pretensiones de la demanda reformada, titulado por la demandante ***“EN RELACIÓN CON EL TÉRMINO DE LA FASE DE PRECONSTRUCCIÓN DE LA ETAPA PREOPERATIVA”***

a. Posiciones de las partes y del Ministerio Público

El primer asunto planteado por las partes tiene que ver con los hechos que, según el Contrato, deben cumplirse para terminar la Fase de Preconstrucción e iniciar la Fase de Construcción de la Etapa Preoperativa del Contrato.

COVIPACÍFICO considera que el Contrato no establece un plazo determinado. En una serie de pretensiones principal y subsidiarias, solicita al Tribunal que declare que el inicio de la Fase de Construcción está *“sujeta a condición, y no a plazo”* (pretensión 1.1), subsidiariamente que el término de la Fase de Preconstrucción¹ es

¹ En la pretensión 1.1 la parte convocante se refiere al *“inicio de la Fase de Construcción”*, mientras que en la 1.1.1 que es subsidiaria a la 1.1, se refiere al *“término de la Fase de Preconstrucción”*. El Tribunal toma ambas expresiones como sinónimas por dos motivos. Primero, por el contexto en que se presenta la pretensión 1.1.1 como subsidiaria de la 1.1, lo cual supone que la parte convocante se refiere al mismo objeto para ambas

“tácito y determinable, y no expreso o determinado” (pretensión 1.1.1), subsidiariamente que la expresión *“plazo estimado”* de la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato debe entenderse como el plazo necesario para cumplir las condiciones precedentes de la Sección 4.4 de la Parte General (pretensión 1.1.1.1), y subsidiariamente que la ANI indujo a error a COVIPACÍFICO al crearle *“la legítima convicción”* de que la finalización del término de la Fase de Preconstrucción estaba sujeto al cumplimiento de las condiciones precedentes, y que son nulas o ineficaces varias cláusulas del Contrato (pretensiones 1.1.1.1.1 y 1.1.1.1.2)². Solicita, adicionalmente, que se declare que el término de la Fase de Preconstrucción finaliza una vez se cumplan las condiciones precedentes de la Sección 4.4 de la Parte General y se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción³ (Pretensión 1.2).

COVIPACÍFICO se apoya, principalmente, en la literalidad de las expresiones *“Plazos Estimados”* y *“Duración estimada”*, que se encuentran en la Sección 3.8 de la Parte Especial y 2.5 (b) de la Parte General. Argumenta que este término es tan claro que no es necesario recurrir a las herramientas interpretativas del Código Civil. Indica, sin embargo, que el uso de las reglas de la interpretación de los contratos llevaría a la misma conclusión de que *“el plazo no es máximo, sino “solamente estimativo”, para usar los propios términos del contrato”*. Agrega que, en todo caso, la estipulación contractual debe interpretarse en contra de la ANI por ser la parte que la redactó, y que las respuestas dadas por la ANI en la etapa de aclaraciones no permiten concluir que el plazo de 360 días sea un plazo máximo pues *“la ANI simplemente respondió que la estimación le parecía razonable”*. Por lo tanto, considera COVIPACÍFICO que la Fase de Preconstrucción termina—no cuando se cumplen los 360 días desde la Fecha de Inicio—sino cuando se cumplen las condiciones precedentes de la Sección 4.4 de la Parte General. Sostiene, por último, que de llegarse a una conclusión contraria, *“la falta de claridad de la expresión [plazo estimado] acarrearía su nulidad”*, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁴.

La ANI, en cambio, bajo el encabezado de su primera excepción, denominada *“Respecto de que los plazos del contrato son determinados”*, sostiene que los términos de la Fase de Preconstrucción y de la Fase de Construcción *“están*

pretensiones. Segundo, porque la Sección 2.5 de la Parte General del Contrato, al señalar las fases que comprenden la Etapa Preoperativa, no prevé ninguna solución de continuidad entre la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción, de manera que el final de una es lo mismo que el comienzo de la otra, y está marcado por *“la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, a partir de la cual empezará a correr la Fase de Construcción [...]”* (Parte General, Sección 2.5(a)(i)(2)).

² Demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folios 2-3.

³ Demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folio 3.

⁴ Alegatos de conclusión de COVIPACÍFICO, Cuaderno Principal No. 5, folio 43.

claramente determinados y corresponden a plazos máximos dentro de los cuales el concesionario debe cumplir” con sus obligaciones⁵. Afirma que la Sección 2.5(a)(i)(2) de la Parte General “establece sin ambages que “La Fase de Preconstrucción correrá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción” Y, entre uno y acto (sic) contractual no podían transcurrir más de 360 días. a la luz de lo expuesto en Contrato Parte Especial, Sección 3.8 Plazos estimados de las Fases de la Etapa Preoperativa, literal a).”⁶

La ANI recuerda que en las respuestas a las preguntas relacionadas con el pliego de condiciones, la entidad “aclaró en más de seis ocasiones al futuro concesionario que el plazo de los 360 días [...] había sido cuidadosamente delimitad[o] y presupuestad[o]”⁷, y “se planteó con claridad meridiana y de manera irrefutable al contratista que dicha etapa del contrato no podía ser superior” a los 360 días⁸. De acuerdo con la ANI, la lectura de las Secciones 2.5 y 4.4 de la Parte General, así como la Sección 3.8 de la Parte Especial, lleva a la conclusión de que el término para cumplir las condiciones precedentes de la Sección 4.4 debía ser igual o menor a los 360 días⁹. Agrega la ANI que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las respuestas a las aclaraciones de los pliegos de condiciones son vinculantes, y que de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes¹⁰.

La ANI también alude a las pretensiones 1.1 (y subsidiarias) y 1.2 al formular su tercera excepción, denominada “El contrato es ley para las partes”. Bajo este encabezado, señala que “estando probado que la ANI desde la etapa precontractual había aclarado el contenido y alcance de los plazos de la etapa de preconstrucción por vía de las respuestas dadas en el curso del proceso licitatorio, que por demás son obligatorias, y comoquiera que le artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato, la actitud de sustraerse del acuerdo de voluntades válidamente celebrado que pretende COVIPACÍFICO S.A.S. por vía de las interpretaciones a su amaño de los documentos precontractuales, se solicita a los Honorables Árbitros declarar que el contrato de concesión No. 007 de 2014 es ley para las partes, y en consecuencia COVIPACÍFICO S.A.S. está obligada a cumplir con los determinados plazos pactados, sin condición, ni entendimiento alguno,

⁵ Contestación de la demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folio 88.

⁶ Alegatos de conclusión de la ANI Cuaderno Principal No. 5, folio 160

⁷ Contestación de la demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folio 90.

⁸ Contestación de la demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folio 91.

⁹ Contestación de la demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folio 95.

¹⁰ Contestación de la demanda reformada, Cuaderno Principal No. 2, folios 94-97.

distinto al consagrado en el contrato tal y como fue aclarado en las rondas de preguntas y respuestas emitidas antes de la presentación de las ofertas”.

Adicionalmente, en la excepción cuarta, denominada “*Los riesgos asumidos por COVIPACÍFICO S.A.S. con la suscripción del Contrato 007 de 2014*”, la ANI alega que COVIPACÍFICO “*desconoce que al ofertar y posteriormente al contratar asumió unos riesgos respecto de las actividades propias de la fase de preconstrucción ..., y que los permisos y licencias ambientales como la gestión predial son complejas y presentan dificultades.*” Agrega que en la matriz de riesgos del Contrato se distribuyeron a COVIPACÍFICO los riesgos predial, ambiental y social, y se calificaron como “*medio alto*”, por lo cual “*los planteamientos de COVIPACÍFICO S.A.S. de manera alguna pueden justificar su incumplimiento contractual, en la búsqueda de tratar de desfigurar con sus pretensiones declarativas del numeral 1.1. y sus subsidiarias el plazo cierto pactado de 360 días para las actividades de diseño, ambientales y prediales del contrato 007 de 2014*”. Según la ANI, el Concesionario, “*con notorio desconocimiento del Contrato y de su oferta y de los riesgos prediales y ambientales, en el hecho 22 de la demanda intenta hacer incurrir en error al Tribunal con una “interpretación sistemática” que solo tiene por finalidad sustraerse de los riesgos y obligaciones que asumió al suscribir el Contrato, dejando en el limbo la ejecución de la fase de preconstrucción por el no cumplimiento de las “condiciones precedentes*”.

El Ministerio Público considera que el Contrato estableció un “*plazo determinado y cierto para llevar a cabo*” la Fase de Preconstrucción, “*el cual el concesionario conocía [...]*”. Destaca que según la Sección 2.6(a)(v), COVIPACÍFICO aceptó haber leído cuidadosamente los términos del Contrato, y consideró que los apartes que su juicio no eran claros fueron debidamente aclarados por la ANI.

b. Cláusulas pertinentes de la Parte General y la Parte Especial del Contrato de Concesión

La resolución de las pretensiones 1.1 (y subsidiarias) y 1.2 tiene que ver exclusivamente con la interpretación del Contrato. Los argumentos de las partes y del Ministerio Público relacionados con las razones por las cuales no se cumplieron las condiciones precedentes de la Sección 4.4 de la Parte General en la fecha estimada, sobre si dichas razones son imputables a alguna de las partes, y en general sobre la conducta contractual de las partes, se abordan en secciones posteriores de este Laudo. Para decidir sobre este primer grupo de pretensiones, es necesario considerar los términos del Contrato, y en la medida en que sea

necesario para dilucidar la intención de las Partes, las respuestas de la ANI en la etapa de aclaraciones del pliego de condiciones.

Para abordar este grupo de pretensiones, el Tribunal estima oportuno transcribir las cláusulas del Contrato que se consideran pertinentes para determinar si el tránsito de la Fase de Preconstrucción a la Fase de Construcción está sujeto a plazo o a condición, y las características de dicho plazo o condición:

“Parte General, Sección 1.4:

“1.4 “Acta de Inicio de la Fase de Construcción”

Es el documento que suscribirán el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la Fase de Construcción, previa verificación de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial en la Sección 4.4 de esta Parte General.”

Parte General, Sección 1.63:

“1.63“Etapa Preoperativa”

Se refiere a la primera etapa del Contrato de Concesión, según se define en la Sección 2.5(a)(i) de esta Parte General.”

Parte General, Sección 1.66:

“1.66“Fase de Preconstrucción”

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

Parte General, Sección 1.67:

“1.67“Fase de Construcción”

Es la segunda fase de la Etapa Preoperativa, durante la cual el Concesionario, principalmente, debe realizar las Intervenciones. Esta Fase de Construcción se extiende desde el momento de la

firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción hasta la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional.”

Parte General, Sección 2.4

“2.4 Plazo del Contrato

(a) El plazo del Contrato transcurrirá entre la Fecha de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión.

(b) La Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento ocurrirá en cualquiera de los siguientes eventos, el que primera acaezca: [...]”

Parte General, Secciones 2.5(a)(i)(1), 2.5(a)(i)(2) y 2.5(b)

“2.5 Etapas de Ejecución Contractual

(a) La ejecución del Contrato se hará en las Etapas que se señalan a continuación. La duración estimada de las fases de la Etapa Preoperativa se especifica en la Parte Especial:

(i) Etapa Preoperativa:

(1) Esta etapa estará a su vez compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción.

(2) La Fase de Preconstrucción correrá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, a partir de la cual empezará a correr la Fase de Construcción [...]

[...]

(b) La duración de las fases de la Etapa Preoperativa que se señala en la Parte Especial, tiene solamente alcance estimativo. El inicio y la terminación de cada fase dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este Contrato.”

Parte General, Sección 2.6(a)(v):

“2.6 Declaraciones y Garantías de las Partes

(a) Del Concesionario

En la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario declara y garantiza lo siguiente:

[...]

(v) Aceptación del Contrato: el Concesionario ha leído cuidadosamente los términos del Contrato, Parte General y Parte Especial, sus Apéndices y Anexos y demás documentos que hacen parte del mismo, hizo los comentarios que a su juicio fueron necesarios y, con la presentación de la Oferta, determinó que las modificaciones que se efectuaron por parte de la ANI durante el Proceso de Selección fueron adecuadas y suficientes para atender sus inquietudes. Declara asimismo que en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en general de las normas y principios aplicables a la contratación pública, puso en conocimiento de la ANI aquellos apartes que a su juicio no eran claros y con la presentación de la Oferta consideró que tales apartes fueron debidamente aclarados de manera que en el presente Contrato no existen apartes confusos ni contradicciones entre sus términos y condiciones por lo que además acepta los términos y condiciones del Contrato en la medida en que los ha estudiado, ha valorado con cuidado el costo que implica el cumplimiento cabal, oportuno y conforme a los términos del Contrato de la totalidad de las obligaciones y de la asunción de los riesgos previstas en el Contrato sus Apéndices y Anexos. Particularmente, declara que ha efectuado una valoración de los riesgos a su cargo conforme a los términos del presente Contrato y acepta dicha asunción de sus efectos favorables y desfavorables sin limitación alguna.”

Parte General, Sección 4.2:

“4.2. Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción

Sin perjuicio de las demás obligaciones previstas en otros apartes de este Contrato, o en sus Apéndices y/o Anexos, el Concesionario

tendrá las siguientes obligaciones durante la Fase de Preconstrucción:

[...]

(p) Recibir la infraestructura del Proyecto en concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo las Estaciones de Peaje y las Estaciones de Pesaje en el estado en el que lo entregue la ANI sin objeción alguna, y asumir, desde su recibo, todas las obligaciones de resultado que se prevén en el presente Contrato y sus Apéndices. Esta recepción constará en un acta debidamente suscrita por las Partes, la cual deberá incluir un inventario de activos entregados y una descripción del estado de tales activos al momento de la entrega (el “Inventario de Activos de la Concesión”).”

[...]”

Parte General, Sección 4.3(a):

“4.3 Principales Obligaciones de la ANI durante la Fase de Preconstrucción

(a) Entregar el Proyecto en concesión al Concesionario, incluyendo las Estaciones de Pesaje y las Estaciones de Peaje existentes en el plazo señalado en el Apéndice Técnico 1. Esta entrega se hará en el estado en que se encuentren tales bienes, sin que sea aceptable ningún tipo de reserva, condicionamiento, objeción u observación del Concesionario relacionada con el estado de la infraestructura entregada. La puesta a disposición será efectuada mediante acta suscrita por la ANI, el Concesionario y el Interventor.

[...]”

Parte General, Sección 4.4(h):

“4.4 Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción

[...]”

Parte General, Sección 4.7:

“4.7 Efectos del Retraso del Plan de Obras

[...]”

Parte General, Sección 4.12(d):

“4.12 Modificación de las Especificaciones Técnicas

[...]

(d) Imposibilidad en la Obtención de Resultados [...]”

Parte General, Sección 5.1(b):

“5.1. Generalidades

[...]

(b) Contrato de Construcción: En cualquier momento desde la suscripción del Contrato y a más tardar dentro de los doscientos cuarenta (240) Días contados desde la Fecha de Inicio, el Concesionario deberá haber celebrado con el Contratista de Construcción un (1) Contrato de Construcción para la ejecución de las Intervenciones. [...]”

Parte General, Sección 6.1(a) y 6.1(b):

“6.1 Presentación de los Estudios

(a) El Concesionario deberá haber elaborado y entregado al Interventor los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico para todas las Unidades Funcionales, cumpliendo con las Especificaciones Técnicas, dentro de los doscientos diez (210) Días siguientes a la Fecha de Inicio.

(b) Adicionalmente a lo anterior, el Concesionario deberá presentar al Interventor, en el mismo término de doscientos diez (210) Días, los Estudios de Detalle correspondientes a las Unidades

Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras.

[...]

Parte General, Sección 6.2(a):

“6.2 Revisión de los Estudios y Diseños

(a) El Interventor analizará los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, para lo cual contará con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) Días contados a partir del Día de la entrega de los mismos.

[...]

Parte General, Sección 14.2:

“14.2 Evento Eximente de Responsabilidad [...]

Parte General, Sección 19.14:

“19.14 Prelación de Documentos

La siguiente será la prelación de los diferentes documentos que hacen parte del presente Contrato:

Parte Especial

Parte General

[...]

Parte Especial, Capítulo I, sección (a):

“(a) De conformidad con lo previsto en la Sección 19.14 de la Parte General, la presente Parte Especial del Contrato de Concesión prima sobre cualquier otro documento que haga parte del Contrato.”

Parte Especial, Sección 3.5:

“3.5. Acta de Entrega de la Infraestructura

(a) *El Acta de Entrega de la Infraestructura deberá ser suscrita con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio.*

(b) *Dentro de la infraestructura programada para ser recibida por el Concesionario al inicio del Contrato se encuentran las siguientes vías:*

[...]

Los trayectos mencionados anteriormente no incluyen las partes de los mismos que están siendo intervenidos según se detalla:

[...]

Estas partes de los trayectos se entregarán una vez culminen las obras que se están desarrollando bajo los citados contratos.

(c) *Incorporación de los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 a la Concesión y recibo de obras:*

Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 y que aparecen detallados y delimitados en el Anexo 1 de la Parte Especial del presente Contrato de Concesión, se incorporarán a la Concesión una vez se firme el Acta de Liquidación de los respectivos contratos. El Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos mediante los citados Contratos, en el estado en que se encuentren, mediante Acta de Entrega de la Infraestructura suscrita entre el Concesionario y la ANI dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la firma del Acta de Liquidación de los mismos. El Concesionario deberá garantizar en los tramos o puntos donde se hicieron intervenciones que se incorporen a la respectiva Unidad Funcional, el cumplimiento de los indicadores en los mismos términos descritos en el Apéndice Técnico 4 para cada una de las Unidades Funcionales.

[...]

Parte Especial, Sección 3.8:

“3.8 Plazos Estimados de las Fases de la Etapa Preoperativa

(a) Duración estimada de la Fase de Preconstrucción: Trescientos sesenta (360) Días contados desde la Fecha de Inicio.

(b) Duración estimada de la Fase de Construcción: mil ochocientos (1800) Días contados desde la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.”

Parte Especial, Sección 4.5(e):

“4.5 Fondeo de Subcuentas del Patrimonio Autónomo.

[...]

(e) Subcuenta Interventoría y Supervisión.

[...]

En caso de que la Fase de Preconstrucción tenga una duración superior a la estimada en la estructuración, el Concesionario deberá seguir fondeando la subcuenta en el monto correspondiente a la Fase de manera proporcional a la duración adicional.

[...]”

c. Consideraciones del Tribunal

i. Requisitos establecidos para la terminación de la Fase de Preconstrucción y el inicio de la Fase de Construcción (Parte General, Sección 2.5(b))

El Tribunal parte de la premisa de que el Contrato es ley para las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil y los fines de la contratación estatal previstos en la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esa premisa, corresponde al Tribunal establecer el significado del Contrato, refiriéndose, ante todo, a los métodos previstos por la ley para interpretar los contratos, y en especial los contratos estatales.

La ejecución del Contrato consta de tres etapas: la Etapa Preoperativa, la Etapa de Operación y Mantenimiento y la Etapa de Reversión (Parte General, Sección 2.5).

La Etapa Preoperativa del Contrato comprende las Fases de Preconstrucción y Construcción. La Fase de Preconstrucción corre hasta *“la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, a partir de la cual empezará a correr la Fase de Construcción”* (Parte General, Sección 2.5(a)(i)(2)). El Acta de Inicio de la Fase de Construcción no ha sido firmada aún por la ANI y COVIPACÍFICO. La pregunta que debe resolver el Tribunal, de conformidad con lo alegado en la demanda reformada y su contestación, es si dicha Acta debe ser suscrita en una fecha cierta—específicamente a los 360 días de la Fecha de Inicio o antes, como lo sostiene la ANI—o si la firma del Acta de Inicio depende de hechos distintos al cumplimiento del plazo estimado, como lo sostiene COVIPACÍFICO.

Antes de proseguir a resolver esta pregunta, cabe aclarar un punto metodológico y de terminología. En las pretensiones de la demanda reformada, COVIPACÍFICO se refiere, al parecer de manera intercambiable, al *“inicio de la Fase de Construcción”* y al *“término de la Fase de Preconstrucción”*, y en la pretensión 1.2 solicita que se declare que dicho término *“finaliza”* con el cumplimiento de las condiciones precedentes (Parte General, Sección 4.4) y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

La pretensión 1.2, tal como está formulada puede tener una lectura que encierra una petición de principio, pues el Acta de Inicio de la Fase de Construcción que según la definición contenida en la sección 1.4. de la Parte General *“Es el documento que suscribirán el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la Fase de Construcción, previa verificación de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial en la Sección 4.4 de esta Parte General”*, es precisamente, el hito que marca la terminación de una fase y el inicio de la otra (Parte General, Sección 2.5(a)(i)(2)).

En realidad, el problema que debe resolver el Tribunal se refiere a si la Fase de Preconstrucción está sujeta a plazo o condición y, en cada evento, cuál es el plazo o la condición.

Las partes han desarrollado una amplia argumentación alrededor del significado de los términos *“plazos estimados”* y *“duración estimada”* de la Sección 3.8 de la Parte Especial. El Tribunal ha considerado dichos argumentos con detenimiento y se referirá a ellos a lo largo de sus consideraciones. Sin embargo, en concepto de este Tribunal, para acometer este análisis el punto de partida es la segunda frase de la Sección 2.5(b) de la Parte General, según la cual:

“[...]. El inicio y terminación de cada fase dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este Contrato.”

La Sección no califica los “*requisitos establecidos*”, los cuales podrían ser temporales, formales o materiales.

Los “*requisitos*” para la terminación de la Fase de Preconstrucción incluyen las condiciones precedentes previstas en la Sección 4.4 de la Parte General, titulada “*Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción*”. Dicha sección incorpora diez condiciones, sin las cuales es claro que no es posible suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, por lo cual seguiría corriendo la Fase de Preconstrucción.

Las anteriores condiciones, sin embargo, no son los únicos requisitos establecidos en el Contrato. La Sección 1.4 de la Parte General, al definir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, establece que esta se suscribirá “*previa verificación de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial en la Sección 4.4 de esta Parte General*”. Esta cláusula utiliza la expresión “*en especial*”, lo cual indica que existen “*requisitos establecidos*” distintos a los contemplados en la Sección 4.4. Además, exige una “*previa verificación*” de dichos requisitos, algunos de los cuales deben ser cumplidos por COVIPACÍFICO—especialmente los de la Sección 4.4—y otros deben ser cumplidos por la ANI.

Entre los requisitos que deben ser cumplidos por la ANI se encuentran los señalados en la Sección 3.5 de la Parte Especial —que prevalece sobre la Parte General (Parte General, Sección 19.14)—la cual se refiere específicamente a la entrega de infraestructura. Esta sección establece dos momentos para la entrega de infraestructura por parte de la ANI. Una parte sustancial de los tramos deben ser entregados por la ANI “*al inicio del Contrato*” (Parte Especial, Sección 3.5(b)) mediante acta que debe ser suscrita “*con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio*” (Parte Especial, Sección 3.5(a)), de manera que la Fase de Preconstrucción no puede iniciar sin la entrega de las vías previstas en el literal (b). Es claro, entonces, que dentro de los “*requisitos establecidos*” para el inicio de la Fase de Preconstrucción, se encuentra la entrega de las vías por parte de la ANI.

Sin embargo, y de manera específica para este Contrato de Concesión, una parte de los tramos no se incluyó dentro de los trayectos a ser entregados antes del inicio de la Fase de Preconstrucción. Se trata de los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012, los cuales fueron regulados específicamente en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial. Estos tramos deben ser

entregados por la ANI “dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la firma del Acta de Liquidación” de los contratos¹¹.

La entrega de esos tramos adicionales debe ocurrir durante la Fase de Preconstrucción. Esto es claro a partir de la Sección 4.2(p) que obliga al Concesionario a “[r]ecibir la infraestructura del Proyecto en concesión” como una de las “Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción”, y la Sección 4.3(a) que a su vez obliga a la ANI a “[e]ntregar el Proyecto en concesión al Concesionario [...]” también “durante la Fase de Preconstrucción”. Lo anterior se corrobora con la Sección 4.5(b) que obliga al Concesionario a “[a]delantar las Intervenciones de conformidad con lo previsto en el Contrato y sus Apéndices”, lo cual comprende obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación (Apéndice Técnico 1, Sección 4.2).

De lo anterior se deduce que así como uno de los “requisitos establecidos” para comenzar la Fase de Preconstrucción con la firma del Acta de Inicio, es la entrega de la infraestructura especificada en la Sección 3.5(b) de la Parte Especial, uno de los “requisitos establecidos” para dar inicio a la Fase de Construcción con la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción es la entrega de los tramos mencionados en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.

Por lo tanto, habida cuenta del objeto de la presente controversia, dentro de los “requisitos establecidos” para suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción se encuentran: (i) el cumplimiento de todas las condiciones precedentes previstas en la Sección 4.4 de la Parte General y (ii) la entrega de los tramos enunciados en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría considerarse que la obligación de suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción está sujeta a condición y no a plazo. Sin embargo, el hecho de que se deban cumplir determinados requisitos no significa que la Fase de Preconstrucción carezca de plazo. Las partes pueden acordar un plazo para el cumplimiento de ciertos requisitos. Ello depende de lo establecido en el contrato. Dos cláusulas contractuales llevan al Tribunal a la conclusión de que la duración de la Fase de Preconstrucción está sujeta a un plazo, es decir, que los requisitos, según la Sección 1.4 de la Parte General, a verificar antes de la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción deben cumplirse dentro de un plazo.

¹¹ En este momento, de acuerdo con lo señalado por ambas partes, de estos solo está pendiente la entrega de los tramos correspondientes al Contrato 541-2012. Ver hecho 146 de la demanda reformada y la respuesta al mismo hecho en la contestación, en el cual la ANI afirma que “No se ha cumplido el requisito contractual para proceder con la entrega, es decir, la liquidación”. Cuaderno Principal No. 2, folio 83.

En primer lugar, se encuentra la Sección 2.5(a)(i)(2) que se refiere a la *“fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción”*, lo cual indica que, para la suscripción de dicha acta, el Contrato prevé una *“época que se fija para el cumplimiento de una obligación”*—definición del *plazo* según el artículo 1551 del Código Civil—y no simplemente un *“acontecimiento futuro, que puede suceder o no”*, expresión con la que se define la *condición* de acuerdo con el artículo 1530 del mismo Código.

En segundo lugar, y de manera más importante, el Contrato mismo establece unos *plazos estimados* para las Fases de Preconstrucción y de Construcción. La Sección 2.5(b) de la Parte General indica que *“[l]a duración de las fases de la Etapa Preoperativa que se señala en la Parte Especial, tiene solamente alcance estimativo”*, y la Sección 3.8 de la Parte Especial, titulada *“Plazos Estimados”*, precisa esta cláusula señalando como *“[d]uración estimada de la Fase de Preconstrucción”* el lapso de 360 días desde la Fecha de Inicio.

ii. Significado de los plazos estimados en la Sección 3.8 de la Parte Especial – métodos de interpretación

Pasa ahora el Tribunal a examinar el significado de la Sección 3.8 de la Parte Especial que, como se vio, precisa el sentido de la Sección 2.5(b) de la Parte General. En la interpretación de estas cláusulas contractuales, el Tribunal tendrá en cuenta el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“ARTICULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas 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.”

También tendrá en cuenta el artículo 28 de la misma Ley, según el cual

“ARTICULO 28. DE LA INTERPRETACION DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. [...] en la [interpretación] de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

Para determinar el significado de las Cláusulas 2.5(b) de la Parte General y 3.8 de la Parte Especial, el Tribunal recurrirá, de acuerdo con esa norma, a las *“reglas de interpretación de la contratación”*, que se encuentran en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, y a los principios aplicables a los contratos estatales, según el artículo 209 de la Constitución y los artículos 24 a 28 de la Ley 80 de 1993. Con esa finalidad, en primer lugar se determinará el sentido de las cláusulas contractuales de acuerdo con las reglas de interpretación, y en segundo lugar se confirmará que dicha interpretación sea compatible con los principios y fines de la contratación estatal, definidos en la Constitución y en la Ley 80 de 1993.

Según COVIPACÍFICO, las expresiones *“estimados”* y *“estimada”* son tan claras que el Tribunal no debe recurrir a ningún método de interpretación para esclarecer su significado. Sin embargo, el Tribunal considera que la labor de interpretación de los contratos, de acuerdo con el artículo 1618 del Código Civil, requiere una verificación de la intención común de las partes, lo cual no siempre se logra mediante la lectura aislada de un solo término en el contrato. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, *“[l]a intención prevalece sobre las palabras cuando hay conflicto entre estas y aquella”*¹² y *“no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato...”*¹³.

Así, para establecer cuál fue la intención común de las partes al indicar una duración estimada para la Fase de Preconstrucción, el Tribunal recurrirá (i) al principio de efecto útil (artículo 1620 del Código Civil), (ii) la interpretación conforme a la naturaleza del contrato (artículo 1621) y a (iii) la interpretación sistemática del contrato (artículo 1622). El Tribunal además (iv) recurrirá a un análisis de los antecedentes del Contrato, reflejados en las aclaraciones realizadas por la ANI al pliego de condiciones durante el proceso de selección, así como otros antecedentes que han puesto de presente las partes. Estas respuestas permiten esclarecer la intención común de las partes.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de junio de 1938, M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, G.J. XLVI, p. 630.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de octubre de 2007, Exp. 11001-3103-019-1997-05038-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

En la contestación a la demanda reformada, la ANI pone de presente que las respuestas a las observaciones son vinculantes para las partes. Sin embargo, el Tribunal observa que—de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada por la ANI—estas solo adquieren fuerza vinculante para las partes cuando tienen el efecto de modificar el pliego de condiciones¹⁴, cosa que no ocurrió en este caso en relación con los plazos estimados, pues las Secciones 2.5 de la Parte General y 3.8 de la Parte Especial se mantuvieron constantes desde la presentación del proyecto de pliego de condiciones hasta la celebración del contrato. La ANI no ha alegado ni demostrado cambio alguno a dichas cláusulas¹⁵.

iii. Principio del efecto útil

El *principio de efecto útil* no arroja una interpretación unívoca. Por una parte, debe tenerse en cuenta el efecto útil de las expresiones “*estimados*” y “*estimada*”. Si la intención de las partes hubiera sido la de establecer un plazo cierto y determinado, habría bastado con usar la expresión “*plazo*”. Además, si se concluyera que el plazo es cierto y determinado, también sería superflua la primera frase de la Sección 2.5(b) de la Parte General, que indica que “[l]a duración de las fases de la Etapa Preoperativa que se señala en la Parte Especial, tiene solamente alcance estimativo”, lo cual indica que la duración indicada en la Parte Especial no podría, por sí sola, determinar la terminación de la Fase de Preconstrucción ni la fecha de inicio de la Fase de Construcción.

Sin embargo, este argumento también exige reconocer el efecto útil de la expresión “*plazo*” en la Sección 3.8 de la Parte Especial. Si las partes decidieron estimar el plazo a través de una cláusula contractual, y decidieron utilizar el término “*plazo*” en dicha cláusula, tal inclusión debe tener algún efecto jurídico.

De igual forma, debe tener algún efecto jurídico el señalamiento de 360 días como plazo estimado. De otra manera, no se explicaría la decisión de la ANI plasmada en los pliegos de señalar un número específico de días, luego reflejada en el Contrato acordado por las partes. El efecto del señalamiento de un plazo estimado, y de la

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30250, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de junio de 2014, Exp. 33319, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ En la sección sobre antecedentes a continuación se mencionan algunos ejemplos de respuestas a observaciones en que la ANI indicó que haría modificaciones a algunos plazos en la minuta del contrato. Sin embargo, en algunos casos, dichas modificaciones finalmente no se dieron. En todo caso, durante todo el proceso no hubo modificaciones a las que ahora son las Secciones 2.5 de la Parte General y 3.8 de la Parte Especial.

estimación del mismo en 360 días, se analiza a continuación, recurriendo a la interpretación conforme a la naturaleza del Contrato, la interpretación sistemática y los antecedentes del Contrato. Dicho efecto, se anticipa, es el de servir como criterio indicativo para determinar el plazo de duración de la Fase de Preconstrucción y la llegada de la fecha para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, plazo que si bien no es fijo o cierto, ya que es estimado, sigue siendo un plazo del tipo de los llamados plazos tácitos y determinables.

iv. Interpretación conforme a la naturaleza del Contrato

En segundo lugar, se debe recurrir a la *interpretación conforme a la naturaleza del contrato*. De acuerdo con la Sección 2.1 de la Parte General, el Contrato entre la ANI y COVIPACÍFICO es un contrato de concesión, definido por la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. ”

Sobre la naturaleza del contrato de concesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que

“los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión [...] son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por

parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, “puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” —artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993— y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.”¹⁶

Los anteriores elementos no son concluyentes respecto de la cuestión interpretativa que debe resolver el Tribunal. Por una parte, a favor de la tesis de la existencia de un plazo, puede argumentarse que el objeto de la concesión de obra es que el contratista efectivamente ejecute las intervenciones contratadas, y que el cumplimiento del objeto contractual debe llevarse a cabo “*con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra*”¹⁷. Bajo esta óptica, la naturaleza del contrato de concesión parecería requerir que el inicio de la ejecución de las intervenciones no esté supeditado al arbitrio del contratista, sino a la ocurrencia de hechos objetivos. Sin embargo, la naturaleza del contrato de concesión no conlleva necesariamente la existencia de un plazo o de una condición. Es perfectamente concebible que una concesión sea estructurada para que el tránsito de una etapa contractual a otra suceda con la ocurrencia de hechos futuros e inciertos, y no necesariamente con la llegada de fechas ciertas o determinables.

La naturaleza del contrato, por lo tanto, no absuelve por completo la cuestión interpretativa. Sin embargo, sí permite descartar al menos una posibilidad interpretativa. La naturaleza del contrato de concesión—al cumplir una finalidad pública, tener el objetivo de la construcción de la obra, e incluir una supervisión continua por la entidad estatal—es incompatible con la posibilidad de que el tránsito

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. 14290, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ *Ibíd.*

entre las etapas contractuales dependa exclusivamente de la voluntad del contratista. En ese sentido, la Sección 3.8 de la Parte Especial no puede interpretarse como la consagración de una condición meramente potestativa ni como la consagración de un plazo cuya duración sea librada a la voluntad del contratista.

Esta conclusión refuerza la tesis interpretativa de que la estimación de 360 días en la Sección 3.8 de la Parte Especial, sirve como criterio indicativo para determinar el plazo de duración la Fase de Preconstrucción para luego proceder a la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

v. Interpretación sistemática

La *interpretación sistemática* arroja más luces. El análisis de otras cláusulas contractuales y su comparación con la Sección 3.8 de la Parte Especial, lleva al Tribunal a concluir que el plazo estimado no es lo mismo que un plazo máximo. La Sección 3.8 de la Parte Especial, y la 2.5(b) de la Parte General, que se refieren al plazo estimado o la duración estimada de las fases de la Etapa Preoperativa, son las únicas disposiciones del Contrato que utilizan la expresión *plazo estimado*. Las demás cláusulas, al referirse a plazos, indican una obligación que debe ser cumplida indefectiblemente con el paso del tiempo, utilizan la expresión “plazo” a secas, o utilizan una expresión distinta como “plazo máximo”.

Como ejemplo de lo primero, la Sección 5.1(b) de la Parte General indica que el primer contrato de construcción debe celebrarse *“a más tardar dentro de los doscientos cuarenta (240) Días contados desde la Fecha de Inicio [...]”* y la Sección 6.1(a) establece que el Concesionario debe elaborar y entregar los estudios para todas las Unidades Funcionales *“dentro de los doscientos diez (210) Días siguientes a la Fecha de Inicio”*. Estos son ejemplos claros de plazos ciertos y determinados.

Como ejemplo de lo segundo está la Sección 2.4 de la Parte General que se refiere al *“plazo del Contrato”* e indica las fechas en que este se cumple: *“[e]l plazo del Contrato transcurrirá entre la Fecha de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión”,* que a su vez *“[c]orresponde al término de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento conforme a lo previsto en la Sección 2.4(b) de esta Parte General [...]”*.

También se encuentran las secciones 4.7, 4.8 y 4.9 que se refieren al *“plazo del Plan de Obras”* o el *“plazo previsto en el Plan de Obras para completar una Unidad*

Funcional” y a las posibilidades de ampliación del mismo. A su vez, al definir el Plan de Obras, la Sección 1.121 se refiere al “cumplimiento de las obligaciones de resultado, en los plazos previstos, contenidas en este Contrato”. De acuerdo con el Apéndice Técnico 9, el Plan de Obras debe contener, entre otros contenidos mínimos, las “Fechas por Unidad Funcional e Intervención” (Apéndice Técnico 9, Sección 2.2(c)(iii)).

Como ejemplo de lo tercero, se encuentra la Sección 6.2(a) de la Parte General, que indica que el Interventor “*contará con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) Días*” para analizar los estudios entregados por el Concesionario. Igualmente, el Contrato se refiere al “*Plazo Máximo de la Etapa de Reversión*”.

A diferencia de las anteriores expresiones, la Sección 3.8 de la Parte Especial utiliza la expresión “*Plazos Estimados*”. Esta sección debe leerse en el contexto de las Secciones 2.4 y 2.5 de la Parte General. La Sección 2.5 indica las distintas etapas de ejecución contractual, que son la Etapa Preoperativa, la Etapa de Operación y Mantenimiento y la Etapa de Reversión. De estas tres, las últimas dos están sujetas a plazos ciertos, cualquiera sea la alternativa contemplada. El plazo cambia según cada una de las tres situaciones alternativas, pero en cada una de ellas es determinado. Por una parte, la Etapa de Operación y Mantenimiento inicia con la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional—que a su vez debe suscribirse dentro de los plazos previstos en el Plan de Obras—y termina con la ocurrencia de cualquiera de los tres eventos indicados en la Sección 2.4(b) de la Parte General (a los 25 años, si se ha alcanzado o superado el VPIP, al momento en que se alcance o supere el VPIP o al año 29 incluso si no se ha obtenido el VPIP). Por otra parte, la Etapa de Reversión inicia con la conclusión de la anterior etapa, o con la declaración de la Terminación Anticipada del Contrato, y finaliza al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, que a su vez “[c]orresponde al término de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento...” (Parte General, Sección 1.124).

A diferencia de los anteriores ejemplos, en los cuales la etapa respectiva termina, para dar inicio a la siguiente, con el cumplimiento de una fecha cierta (ej. año 25 desde la Fecha de Inicio, o cumplimiento de plazo máximo de 180 días), el tránsito entre las dos fases de la Etapa Preoperativa depende del “*cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este Contrato*” (Parte General, Sección 2.5(b)) y para esos efectos se indican unos plazos estimados. La Parte General dice, respecto de esos plazos estimados, que “[l]a duración de las fases de la Etapa Preoperativa que se señala en la Parte Especial, tiene solamente alcance estimativo”.

La comparación de la Sección 3.8 de la Parte Especial con otras cláusulas contractuales, así como la lectura de la Sección 2.5(b) de la Parte General con la advertencia del “alcance estimativo” de la duración de las fases, lleva al Tribunal a concluir que, si bien la duración de la Fase de Preconstrucción y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción no dependen de una condición meramente potestativa, esta tampoco está sujeta a un plazo cierto. Si la intención común de las partes hubiera sido establecer un plazo cierto para estos efectos, seguramente el Contrato, como ocurre en otras cláusulas del mismo, se habría referido a un *plazo*, a un *plazo máximo*, o sin usar necesariamente la expresión “plazo” habría señalado un deber específico de suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción *dentro* de los 360 días siguientes al Acta de Inicio.

La Sección 4.5(e) de la Parte Especial también soporta esta conclusión. En esta, las partes acordaron que

“En caso de que la Fase de Preconstrucción tenga una duración superior a la estimada en la estructuración, el Concesionario deberá seguir fondeando la subcuenta en el monto correspondiente a la Fase de manera proporcional a la duración adicional.”

Como se puede ver, las partes previeron que la Fase de Preconstrucción podría tener una “*duración superior a la estimada*”, y establecieron cómo debían proceder las partes en ese caso.

A esto podría objetarse que la previsión de esta circunstancia en el Contrato no quiere decir que la misma se considere admisible, o lo que es lo mismo, que esta disposición lo que prevé es una consecuencia del incumplimiento del plazo. Sin embargo, debe resaltarse que las partes no establecieron expresamente alguna consecuencia adversa en caso de que se superara la “*duración [...] estimada en la estructuración*”.

En contraste con esta cláusula, en otras secciones del Contrato, las partes sí establecieron consecuencias específicas negativas, inclusive de carácter sancionatorio, para el incumplimiento de plazos y de obligaciones de resultado, así como las posibles justificaciones o eximentes de responsabilidad.

Por ejemplo, la Sección 4.7 regula directamente los “*Efectos del Retraso del Plan de Obras*”, estableciendo cómo deben ajustarse el Plan de Obras y el Plan de Adquisición de Predios, siempre que exista un Evento Eximente de Responsabilidad. Esta sección, a su vez, remite de manera explícita a las Secciones

14.1 y 14.2, que se refieren respectivamente a la imposibilidad de cumplir el “*plazo previsto en el Plan de Obras para la terminación de una Unidad Funcional*” si ocurre un Evento Eximente de Responsabilidad, que a su vez se define en detalle en la Sección 14.2.

Por otra parte, la Sección 6.1 de la Parte Especial regula específicamente los principales eventos generadores de imposición de multas, dentro de los cuales se encuentran el no recibo de las Unidades Funcionales “*en los plazos y demás términos y condiciones establecidos en el Contrato*”, el incumplimiento en la entrega de los Estudios y Diseños “*en los términos, tiempo y condiciones señalados en el Contrato*”, no terminar las Intervenciones “*en los plazos establecidos en este Contrato*”, no cumplir con la entrega del Plan de Obras “*a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación*”, incumplir “*los avances de obra*”, entre otros. Aunque la lista de la Sección 6.1 no es taxativa (ver Parte Especial, Sección 6.1(s)), las partes regularon expresamente las multas por el incumplimiento de los plazos que sí son claros y determinados—como la entrega de los Estudios y Diseños—pero no lo hicieron para el evento de superación de la duración estimada de la Fase de Preconstrucción, que a pesar de estar regulado expresamente en la Sección 4.5(e) respecto del fondeo de la Subcuenta Aportes ANI, no aparece en el esquema de multas.

Esto último refuerza la tesis de que la no finalización de la Fase de Preconstrucción en 360 días no configura, por sí sola, un incumplimiento del plazo establecido para la misma.

En contra de esta tesis, la ANI alega en su excepción cuarta, que COVIPACÍFICO asumió los riesgos predial, ambiental y social. En efecto, dichos riesgos se encuentran distribuidos al Concesionario en la Sección 13.2 de la Parte General (*Riesgos asignados al Concesionario*). Sin embargo, en opinión del Tribunal, dicha sección y la matriz de riesgos no son pertinentes para esclarecer el significado del “*Plazo Estimado*”. La distribución de riesgos puede ser relevante para determinar otros asuntos, como por ejemplo si existe responsabilidad por el incumplimiento de una obligación, pero dichas cuestiones son asuntos que se examinan luego de resolver si se ha incumplido una obligación, para efectos de lo cual es necesario en primer lugar definir el contenido de dicha obligación. En otras palabras, la distribución de riesgos puede ser relevante para determinar si asiste responsabilidad a COVIPACÍFICO por el incumplimiento del plazo, pero no para establecer, en primer lugar, cuál es el plazo que COVIPACÍFICO debe cumplir. El hecho de que se hayan asumido o dejado de asumir determinados riesgos del Contrato, no transforma en plazo determinado el plazo que—textualmente—se indicó que es un “*Plazo Estimado*”.

Por último, el Tribunal considera que la Sección 4.12(d) de la Parte General, citada en el concepto del Ministerio Público, alude a un evento que carece de conexión con normas relevantes dentro de la interpretación sistemática para establecer el sentido del plazo estimado de la Fase de Preconstrucción. Dicha sección se refiere a la *“Imposibilidad en la Obtención de Resultados”*, pero regula de manera específica el evento en que las características de un bien o servicio, o las Especificaciones Técnicas definidas en los Apéndices Técnicos, impidan cumplir alguna obligación de resultado. Esta hace parte de la Sección 4.12, que regula la *“Modificación de las Especificaciones Técnicas”*. La cláusula no regula ningún plazo, ni determina una consecuencia por el incumplimiento del mismo, por lo cual, a juicio del Tribunal, no es pertinente para establecer la intención compartida de las partes al regular la duración estimada de la Fase de Preconstrucción.

A partir de los elementos expuestos, el Tribunal concluye que, si bien la duración de la Fase de Preconstrucción y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción está sujeta a plazo, dicho plazo no fue acordado por las partes como un plazo expreso y determinado.

vi. Antecedentes del contrato – observaciones al pliego de condiciones y respuestas de la ANI

Continuando con la verificación de la intención común de las partes, el Tribunal pasa ahora a revisar los antecedentes del Contrato. Las partes han propuesto dos tipos de antecedentes en apoyo de sus tesis interpretativas. Por un lado, la ANI se ha referido a las respuestas a las observaciones al pliego de condiciones. Por otro, COVIPACÍFICO ha hecho énfasis en los antecedentes de política pública de la estructuración de los contratos de cuarta generación (4G), que a su juicio, habrían llevado al Estado a preferir no incluir plazos ciertos y determinados para la Fase de Preconstrucción en los pliegos de condiciones para los nuevos contratos de concesión.

La Sección 2.5(b) de la Parte General y la Sección 3.8 de la Parte Especial, a pesar de las distintas observaciones formuladas, no sufrieron modificación alguna desde el proyecto de pliego de condiciones hasta la suscripción del contrato.

Luego de publicar los pliegos de condiciones, la ANI cerró la puerta a modificar los plazos estimados para la Etapa Preoperativa. Frente a una observación que solicitó establecer como *“plazo máximo”* para la Fase de Construcción el que se determinara en el Plan de Obras, la ANI respondió que los plazos consignados en

la Sección 3.8 *“son el resultado del proceso de estructuración de la ANI, estudios y diseños fase II realizados por los estructuradores, quienes proyectaron cronogramas que permiten su ejecución”*¹⁸. A una solicitud de que se *“amplíen los plazos de la fase de pre-construcción”*, respondió que

*“No se acepta su solicitud. El plazo establecido para la fase de pre-construcción se encuentra acorde con los análisis e información con la que cuenta la Entidad y se considera adecuado para desarrollarla de manera adecuada. Igualmente, debe entenderse que el plazo es estimado y este podrá variar dependiendo de cada unidad funcional. Para efectos del inicio de la etapa de construcción se deberá ejecutar las actividades de licenciamiento y prediales para la primera unidad funcional que se plante [sic] ejecutar.”*¹⁹

De igual forma, la ANI se negó a *“ampliar el plazo definido para la etapa preoperativa mínimo a 24 meses”*, e indicó que los plazos para la adquisición predial permitían *“obtener las correspondientes certificaciones, antes de la expiración del plazo estimado de la fase de Preconstrucción.”*²⁰

Este grupo de antecedentes indica claramente que, para quienes formularon observaciones y para la ANI, la definición del *“plazo estimado”* tenía consecuencias jurídicas importantes. El que sea estimado no significa que no hubiera sido establecido en el contrato, e implica que el concesionario, al menos en principio, tendría que cumplir con dicho plazo estimado, para lo cual el lapso de 360 días serviría como un criterio indicativo. Sin embargo, por los motivos que ya se explicaron, su fuerza jurídica no lo torna en plazo máximo, cierto o determinado.

vii. Antecedentes del Contrato – documentos de política pública

COVIPACÍFICO argumenta que la intención al incluir la noción de plazo estimado se explica en una evaluación del Gobierno Nacional sobre los cuellos de botella en

¹⁸ Tercera matriz de respuesta a las observaciones a los pliegos de condiciones, publicada en el SECOP el 12 de febrero de 2014, respuesta a observación 12. Folio 12 Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁹ Cuarta matriz de respuesta a las observaciones a los pliegos de condiciones, publicada en el SECOP el 12 de febrero de 2014, respuesta a observación 35. Folio 16 Cuaderno de Pruebas 1. Ver, en el mismo sentido, la Quinta matriz de respuesta a las observaciones a los pliegos de condiciones, publicada en el SECOP el 24 de febrero de 2014, respuesta a observación 598, Folio 17 Cuaderno de Pruebas 1 y la Décima tercera matriz de respuesta a las observaciones a los pliegos de condiciones, publicada en el SECOP el 10 de abril de 2014, respuesta a observación 279. Folio 4 Cuaderno de Pruebas 1.

²⁰ Décima matriz de respuesta a las observaciones a los pliegos de condiciones, publicada en el SECOP el 26 de febrero de 2014, respuesta a observación 89. Folio 20 Cuaderno de Pruebas 1.

las licencias ambientales y la gestión predial. Específicamente, cita el Conpes 3762 de 2013 titulado “*Lineamientos de política para el desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos-PINES*”. De este documento, COVIPACÍFICO cita el diagnóstico de los problemas relacionados con las dificultades en los trámites. COVIPACÍFICO se refiere adicionalmente al Informe de la Comisión de Infraestructura, publicado en octubre de 2012, que también hizo un diagnóstico sobre asuntos similares.

Para el Tribunal no es claro que estos documentos puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes próximos y específicos del Contrato en los aspectos objeto de controversia en el presente proceso. Por una parte, el documento Conpes 3762 de 2013 no se refiere a la estructuración de los contratos, sino a una estrategia para identificar proyectos estratégicos y darles mayor celeridad e impulso desde la Rama Ejecutiva. En ese sentido, si bien el documento identificó las dificultades generalizadas en materia de gestión predial y licencias ambientales, este no incluye recomendaciones a la ANI relacionadas con la estructuración del contrato de concesión de cuarta generación.

Por otra parte, la Comisión de Infraestructura sí hizo recomendaciones relacionadas con la estructuración de los contratos de concesión, pero dichas recomendaciones no se reflejan en contratos como el que analiza ahora el Tribunal. Por ejemplo, dicha Comisión recomendó que los diseños de detalle en Fase 3, el trámite de licencia ambiental y consulta previa y la compra de predios las realizara el Gobierno antes de iniciar el proceso de licitación, de manera que el concesionario solo tendría que construir, operar y mantener. Esta estructura claramente no fue acogida por el Gobierno, pues habría implicado la eliminación de toda la Fase de Preconstrucción que se encuentra prevista en el Contrato.

Al margen de las anteriores observaciones, ninguno de estos dos documentos se refiere a la técnica normativa ni mucho menos a los plazos con la cual se dividirían las fases de la Etapa Preoperativa, por lo cual el Tribunal considera que estos no contribuyen a esclarecer la intención común de las partes al pactar los plazos estimados en la Sección 3.8 de la Parte Especial.

viii. Regla contra proferentem

El Tribunal no recurrirá a la regla *contra proferentem* prevista en el artículo 1624, ya que esta es de aplicación subsidiaria, para los casos en que los anteriores métodos interpretativos no arrojen un resultado claro²¹.

Como se ha mostrado, el análisis del efecto útil, la naturaleza del contrato, la interpretación sistemática y los antecedentes, permiten llegar a una conclusión definitiva. A saber, que (i) el Contrato estableció un plazo—no una condición—para la duración de la Fase de Preconstrucción y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, y (ii) que dicho plazo es tácito y determinable, para lo cual se debe recurrir principalmente a la duración estimada de 360 días como criterio indicativo.

ix. Principios y fines de la contratación estatal

Esta interpretación del Contrato es, además, consistente con los principios y fines de la contratación estatal. En especial con tres de los fines mencionados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que son el “*cumplimiento de los fines estatales*”, la “*continua y eficiente prestación de los servicios públicos*” y la “*función social*” que cumplen los particulares al contratar con el Estado. Estos tres fines permiten al Tribunal apartarse de cualquier tesis que lleve a la conclusión o tenga como efecto que la duración estimada de la Fase de Preconstrucción consagra una condición meramente potestativa, y que el tiempo requerido para el cumplimiento de los requisitos para proceder a suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, depende exclusivamente de la voluntad del concesionario.

De igual forma, el principio de transparencia, regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 también se aparta de la tesis de la condición potestativa o de un plazo librado a la voluntad del contratista, si se tiene en cuenta que este artículo prohíbe “*la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada*”, como lo sería una Fase de Preconstrucción sin plazo alguno para su compleción.

De igual forma, el principio de responsabilidad, definido en el artículo 26, que obliga a los servidores públicos a “*vigilar la correcta ejecución del objeto contratado*”, labor que se dificulta en la ausencia de parámetros objetivos para determinar cuándo debe terminar la Fase de Preconstrucción y cuándo debe, por lo tanto, suscribirse el Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

²¹ Laudo Arbitral del 8 de junio de 2016, *Gran Tierra Energy Ltd. Y Petrolífera Petroleum (Colombia) Limited contra Agencia Nacional de Hidrocarburos*.

Los principios y fines de la contratación estatal descartan, entonces, la existencia de una condición meramente potestativa o de un plazo librado a la voluntad del contratista, y confirman que la duración de la Fase de Preconstrucción y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción está sujeta a un plazo. Dicho plazo, sin embargo, teniendo en cuenta los principios de interpretación del Contrato, es un plazo tácito y determinable, y no uno expreso y determinado.

x. Conclusión sobre la interpretación de la Sección 2.5(b) de la Parte General y la Sección 3.8 de la Parte Especial

La terminación de la Fase de Preconstrucción y la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción no depende únicamente del cumplimiento de las condiciones precedentes de la Sección 4.4 de la Parte General, sino que depende, en general del “*cumplimiento de los requisitos establecidos*”, los cuales también incluyen la entrega de la infraestructura del proyecto por parte de la ANI, de acuerdo con la Sección 4.3(a) de la Parte General y la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.

El cumplimiento de dichos requisitos no está supeditado a una condición sino a un plazo. Esto lo deduce el Tribunal de los siguientes elementos:

- (i) El hecho de que la Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato haya indicado los “*plazos estimados*”, lo cual de acuerdo con el principio de efecto útil no puede ser tomado como una cláusula superflua.
- (ii) La naturaleza del contrato de concesión requiere que la sucesión de las etapas contractuales no esté sujeta al arbitrio del concesionario, sino a la ocurrencia de hechos objetivos.
- (iii) Las observaciones de los proponentes y las respuestas de la ANI durante el proceso licitatorio indica un entendimiento compartido de que los plazos estimados tendrían fuerza normativa para las partes y de que estos, al menos en principio, tendrían que ser atendidos por el concesionario.
- (iv) Los principios y fines de la contratación estatal también impiden considerar que la duración de la Fase de Preconstrucción esté sujeta completamente a la voluntad del contratista.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que el plazo sea cierto y determinado, por dos motivos:

- (i) De acuerdo con el principio de efecto útil, tampoco puede tomarse la palabra “*estimado*” como superflua, y mucho menos la primera frase de la Sección 2.5(b) de la Parte General que indica expresamente que la duración estimada “*tiene solamente alcance estimativo*”. Esta debe tener algún efecto para diferenciar el *plazo estimado* de los demás tipos de plazos incluidos en el Contrato de concesión. De otra manera, no se explica que esta precisión se haya hecho solamente respecto de los plazos para la Etapa Preoperativa y no para las etapas siguientes.
- (ii) La interpretación sistemática demuestra que, cuando las partes quisieron indicar un plazo cierto y determinado, lo hicieron de manera más clara, indicando, por ejemplo que un determinado hito debía cumplirse *dentro de los X días*, o señalando que una determinada actividad está sujeta a un “plazo” o a un “plazo máximo”.

Por último, en este análisis interpretativo del Contrato no se han tenido como elementos que inciden en la determinación del alcance de la noción plazo estimado:

- (i) Los riesgos asumidos por el Concesionario en la Sección 13.2 de la Parte General y la Matriz de Riesgos, pues la asunción de un riesgo no tiene el efecto de modificar un plazo estimado en un plazo cierto y determinado. Se trata de dos cuestiones distintas.
- (ii) Los antecedentes consistentes en documentos de política pública, como el Conpes 3762 de 2013 o el Informe de la Comisión de Infraestructura de 2012, ya que estos no se refieren a la técnica normativa con la cual se dividirían las fases de la Etapa Preoperativa en los contratos de concesión de cuarta generación.
- (iii) La regla *contra proferentem*, pues esta es de aplicación subsidiaria, y solamente aplica cuando los demás métodos interpretativos no hayan permitido llegar a un resultado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye que el plazo no es cierto y determinado, sino tácito y determinable. En ese sentido, el efecto de la estimación de la duración de la Fase de Preconstrucción en la Sección 3.8(a) de la Parte Especial, es el de formar el principal—pero no único—criterio para determinar el plazo para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

Según el Código Civil, el plazo tácito es el tiempo “*indispensable para cumplirlo*” (art. 1551 del Código Civil). Teniendo en cuenta la Sección 3.8 de la Parte Especial,

el Tribunal considera que, en principio, el plazo debe ser cercano a la duración estimada de la Fase de Preconstrucción (360 días), a menos que objetivamente se requiera un tiempo distinto para cumplir los “*requisitos establecidos*” en el Contrato.

xi. Posibles objeciones

Por último, y en aras de mayor claridad en el argumento, el Tribunal responde a cuatro posibles objeciones contra la conclusión que se acaba de exponer.

En primer lugar, puede objetarse que los únicos requisitos para suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción son las condiciones precedentes previstas en la Sección 4.4 de la Parte General. Sin embargo, como ya se ha explicado, la Sección 1.4, al definir el término Acta de Inicio de la Fase de Construcción, indica que esta se suscribirá “*previa verificación de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial en la Sección 4.4 de la Parte General*”. El uso de la expresión “*en especial*” indica que estos no son los únicos requisitos. De otra manera, las partes habrían utilizado una redacción que cerrara los requisitos, como “previa verificación de los requisitos establecidos en la Sección 4.4”, sin ningún matiz o cualificación. Es cláusula indica, entonces, que existen requisitos para la suscripción del Acta, que no se encuentran en la Sección 4.4 de la Parte General. Dichos requisitos incluyen, precisamente, la entrega de los tramos afectos a los contratos con INVIAS, establecida en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial, entrega que según la Sección 4.3(a) de la Parte General, está a cargo de la ANI, y no se había llevado a cabo integralmente puesto que a la fecha del presente Laudo falta un tramo por entregar, asunto que se aborda posteriormente.

En segundo lugar, puede objetarse que COVIPACÍFICO aceptó haber leído cuidadosamente los términos del Contrato y que los mismos indicaban un plazo de 360 días, cuya modificación además fue solicitada por participantes en el proceso de selección y negada por la ANI. Esto es cierto, y por ese motivo el Tribunal ha tenido en cuenta las respuestas de la ANI a las observaciones, para establecer que la estimación del plazo y la indicación de los 360 días tiene fuerza normativa para las partes. Sin embargo, no tiene fuerza normativa como un *plazo máximo*, pues dentro de los términos que las partes también revisaron y aceptaron se encontró la advertencia de que los 360 días tenían “*solamente alcance estimativo*” (Parte General, Sección 2.5(b)).

En tercer lugar, puede objetarse que el plazo es estimado porque puede indicar, o bien el tiempo máximo que tomará la Fase de Preconstrucción, o un tiempo menor. Dicha interpretación, sin embargo, no podría explicar la diferencia entre el *plazo*

estimado de la Fase de Preconstrucción y los demás plazos previstos en el Contrato, que tienen el mismo efecto de establecer un tiempo máximo, que en todo caso puede ser menor. A modo de ejemplo, el Contrato prevé un plazo máximo de 210 días para entregar los Estudios y Diseños (Parte General, Sección 6.1(a)), pero esto no quiere decir que el Concesionario no pueda entregarlos, por ejemplo a los 200 días. La naturaleza de un plazo máximo es normalmente la de permitir que la prestación se ejecute en un tiempo menor o igual al previsto. No es claro entonces por qué, para permitir una culminación de la Fase de Preconstrucción en un tiempo menor, habría sido necesario incluir la expresión *estimado* junto al plazo.

Por último y en cuarto lugar, puede señalarse, como lo hace la ANI en su tercera excepción, que “*El contrato es ley para las partes*”. Esto es cierto, en la medida que así está señalado en el artículo 1602 del Código Civil. Pero es precisamente por ese motivo que se ha concluido en esta parte del Laudo, que el contrato, en su significado literal, sistemático, histórico y de acuerdo con la naturaleza del contrato, estableció un plazo determinable y no determinado. Debido a que el Contrato es ley para las partes, ni las partes ni el Tribunal pueden sustraerse de las consecuencias jurídicas de haberse acordado en el contrato un “*Plazo Estimado*” en lugar de un plazo cierto y determinado.

d. Pronunciamiento sobre las pretensiones y las excepciones

De acuerdo con las consideraciones expuestas, el Tribunal concluye que:

- Para la duración de la Fase de Preconstrucción y posterior suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, el Contrato prevé un *plazo tácito y determinable*.
- Esto quiere decir que (i) el Contrato no establece un plazo determinado de 360 días, pero (ii) tampoco establece una condición, mucho menos una que sea meramente potestativa del Concesionario.
- Al tratarse de un plazo tácito, se trata del tiempo “*indispensable para cumplirlo*” (art. 1551 del Código Civil), o dicho de la misma manera, del tiempo indispensable para cumplir los “*requisitos establecidos*” para iniciar la Fase de Construcción (Sección 2.5(b)), los cuales incluyen, en virtud de la Sección 1.4, (i) el cumplimiento de las condiciones precedentes según la Sección 4.4 de la Parte General y (ii) la entrega de los tramos previstos en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.

- Los criterios para determinar el plazo indispensable para cumplir dichos “requisitos establecidos [...] en este Contrato” son:
 - En primer lugar, el plazo estimado de 360 días. En principio, el Concesionario debería cumplir sus obligaciones durante la Fase de Preconstrucción en un término cercano a este plazo estimado.
 - En segundo lugar, el tiempo que, según las circunstancias, sea objetivamente necesario para realizar aquellas actividades que no puedan ser llevadas a cabo en 360 días.
 - Dichas actividades, a su vez, incluyen:
 - El cumplimiento, por parte del Concesionario, de las condiciones precedentes contempladas en la Sección 4.4 de la Parte General.
 - La entrega de los tramos afectados por los contratos de INVIAS, por parte de la ANI, de conformidad con la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.

De acuerdo con las anteriores conclusiones, el Tribunal se pronuncia de la siguiente manera sobre el primer grupo de pretensiones de COVIPACÍFICO:

- El Tribunal **niega la pretensión 1.1**, en la medida en que el inicio de la Fase de Construcción no está sujeto a condición, sino que está sujeto a un plazo para el cumplimiento de los “requisitos establecidos” que deben ser verificados antes de suscribir el Acta de Inicio de dicha Fase.
- El Tribunal **acoge la pretensión 1.1.1**, en la medida en que es tácito y determinable el plazo establecido por el Contrato para la duración de la fase de preconstrucción. Como se precisó, al cabo de dicho plazo, previa la verificación de los requisitos a los que se refieren las Secciones 1.4 y 2.5(b) de la Parte General, procede la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción. A la firma de dicha Acta termina la Fase de Preconstrucción y se inicia la Fase de Construcción.
- El Tribunal **no se pronuncia sobre las pretensiones 1.1.1.1, 1.1.1.1.1 y 1.1.1.1.2** por ser subsidiarias a la 1.1.1, que se acoge.

- El Tribunal **niega la pretensión 1.2**, en la medida en que la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción está sujeta a que en el plazo estimado se efectúe la *previa verificación de los requisitos a los que se refieren las Secciones 1.4 y 2.5(b) de la Parte General, no solo del cumplimiento de las condiciones precedentes* de la Sección 4.4 de la Parte General sino también la entrega de tramos de infraestructura prevista en la Sección 3.5(c) de la Parte Especial.
- El Tribunal **niega la excepción denominada “Respecto de que los plazos del Contrato son determinados”**, pues como se explicó, la duración de la Fase de Preconstrucción está sujeta a plazo tácito y determinable, al igual que lo está la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción una vez verificado el cumplimiento dentro de dicho plazo de los requisitos establecidos en el Contrato.
- El Tribunal **niega la excepción denominada “El Contrato es ley para las partes”**, pues si bien la premisa de la misma es cierta, no lo es la consecuencia de convertir en determinado un plazo que el mismo contrato denomina estimado.
- El Tribunal **niega la excepción denominada “Los riesgos asumidos por COVIPACÍFICO S.A.S. con la suscripción del Contrato 007 de 2014”**, debido a que la asunción de determinados riesgos no tiene el efecto de convertir en determinado un plazo estimado.

2.2. Segundo grupo de Pretensiones de la Demanda reformada

Procede ahora el Tribunal a analizar el segundo grupo de pretensiones de la demanda reformada, titulado por la demandante **“EN RELACIÓN CON EL NO ACAECIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE LAS CONDICIONES PARA EL INICIO DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN”**

a. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público:

En relación con este grupo de pretensiones, el Concesionario argumenta, en resumen, que la Fase de Preconstrucción de la Etapa Preoperativa no ha terminado, ni en consecuencia ha iniciado la Fase de Construcción de la misma Etapa, como quiera que para que ello suceda se requiere que se cumplan la condiciones precedentes consagradas en la sección 4.4 de la Parte General del Contrato, siendo así que la relacionada bajo el literal h) de la mencionada sección, consistente en

“Haber cumplido con las obligaciones previstas en los Apéndices y Anexos del Contrato que deben ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción”, no ha sucedido, por cuanto una de las obligaciones que deben ser cumplidas por la ANI durante la Fase de Preconstrucción, consistente en la entrega al Concesionario de la infraestructura del Proyecto, no se ha cumplido, pues a la fecha la entidad concedente no ha hecho entrega del tramo de la carretera que es objeto de intervención por parte del INVIAS bajo el contrato N° 541-2012²².

Señala el Concesionario que la condición no ha ocurrido en la medida en que no se han cumplido los requisitos para la entrega de dicha infraestructura, consistentes en que *“culminen las obras que se están desarrollando bajo los citados contratos”* y *“una vez se firme el acta de liquidación”*, y agrega que dicho tramo hace parte de la Unidad Funcional 4, que es, precisamente, aquella por la cual deben comenzar las intervenciones de la Fase de Construcción por parte del Concesionario, de conformidad con el Plan de Obras que presentó a la ANI y que obtuvo la no objeción por parte de la Interventoría.

Añade COVIPACÍFICO que la ANI ha dado aviso, además, de que las obras objeto del contrato N° 541-2012 a cargo del INVIAS no serán ejecutadas en su integridad, pues no se construirán aproximadamente 3 kilómetros de vía en doble calzada que estaban previstas en dicho objeto. De ello se deriva que no se llevará a cabo la separación de una de las calzadas que se elevaría 16 metros por encima de la cota de la vía existente, lo que hace necesario elaborar un nuevo diseño que no contemple dicho desnivel, lo cual lleva de suyo la necesidad de realizar nuevos estudios de trazado y diseño geométrico y nuevos estudios de detalle -a pesar de que los que presentó el Concesionario ya obtuvieron la no objeción de la Interventoría-, que potencialmente pueden afectar las afectaciones prediales y tener implicaciones ambientales²³.

Como consecuencia de lo anterior, el Concesionario afirma que el proyecto no es materialmente ejecutable y que de esta circunstancia se derivan cuatro “situaciones”, consistentes en (i) el no acaecimiento de una de las condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción; (ii) la necesidad de ajustar los diseños no objetados por causas no imputables al Concesionario; (iii) la imposibilidad de iniciar las actividades de la Fase de Construcción por la Unidad Funcional 4 y (iv) la imposibilidad de suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

²² Demanda Reformada, hechos 139 a 152.

²³ Demanda Reformada, hechos 104 a 109.

La ANI, por su parte, señala en la Contestación de la demanda reformada, que de conformidad con la sección 4.3 (d) de la Parte General del Contrato, el Concesionario tiene la obligación de recibir la infraestructura que se le entregue en el estado en que se encuentre; y que para la entrega de la infraestructura afecta a los contratos del INVIAS el único requisito es la liquidación previa del respectivo contrato, pero no que las obras objeto del mismo deban haber culminado materialmente.

En cuanto a los hechos enunciados en la Demanda Reformada de COVIPACÍFICO, según los cuales (i) la ANI anunció que las obras objeto del contrato INVIAS 541-2012 no serían finalizadas, pues no se llevaría a cabo la construcción de aproximadamente 3 kilómetros de doble calzada y (ii) en consecuencia una de las calzadas ya no se elevaría 16 metros respecto de la vía existente; y (iii) que por ello la ANI le pidió al Concesionario elaborar un nuevo diseño, lo cual afectaría los tiempos para el acaecimiento de las condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción; agrega COVIPACÍFICO²⁴ que la Convocada se limita a contestar que dichos hechos no le constan, sin ofrecer ninguna explicación adicional al respecto, por lo cual los mismos habrían de tenerse por ciertos, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 (2) del Código General del Proceso, según el cual “[L]a contestación de la demanda contendrá: (...) 2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho”. Sin embargo, no será esta la única consideración, ni la principal, que el Tribunal habrá de tener en cuenta para resolver esta controversia.

A este respecto, la Convocada admite que para la fecha de la Contestación no se había hecho entrega del tramo objeto del contrato INVIAS N° 451-2012, por cuanto no se había cumplido respecto de éste el requisito contractual para proceder con la entrega, es decir, la liquidación del mencionado contrato.

Finalmente, argumenta la ANI que aunque es cierto que el Plan de Obras que obtuvo la no objeción de la Interventoría contempla iniciar las obras por la Unidad Funcional 4, esta situación no limita al Concesionario el inicio de las obras por otra de las unidades funcionales respecto de las cuales se encuentren cumplidos todos los requisitos, como es el caso de la Unidad Funcional 1²⁵.

²⁴ Contestación de la demanda reformada a los hechos 104 a 109.

²⁵ Contestación de la demanda reformada a los hechos 139 a 152. Cuaderno de Pruebas 4. Informe del Representante Legal de la ANI, folios 408 y ss.

En el alegato de conclusión de la ANI, señaló su apoderado respecto de este tema que en el Apéndice Técnico N° 1 del Contrato “... *no existe -para la ANI- ningún plazo para la entrega de los tramos a cargo del INVIAS y que posteriormente fueron incluidos en el alcance del Contrato de Concesión*”²⁶.

En relación con estos argumentos, el Concesionario reitera en su alegato de conclusión que no basta con la liquidación del contrato INVIAS para que se cumpla la condición precedente para la entrega de los tramos correspondientes al Concesionario, pues en la sección 3.5 de la Parte General del Contrato se señala que la entrega de tales tramos debe realizarse “*una vez se culminen las obras que se están desarrollando bajo los citados contratos*”.

Por lo demás, agrega el Concesionario, dichos tramos hacen parte de la Unidad Funcional 4, de manera que mientras no estén terminados el Proyecto no se puede considerar como funcional, pues no habría continuidad de la calzada que va en la dirección Camilo Ce – Primavera. Para lograr la funcionalidad del Proyecto es indispensable modificar los diseños no objetados para adaptarse a la circunstancia de la no terminación del alcance del contrato INVIAS 451-2012.

De otra parte, alega el Concesionario que no es factible, como lo señala la ANI, comenzar en las actuales circunstancias con la Fase de Construcción mediante la iniciación de las intervenciones en una unidad funcional diferente a la 4, por cuanto de conformidad con el Contrato de Concesión, si bien el plazo máximo para la terminación de la construcción de cada una de las unidades funcionales es distinto (1.080 días para las unidades funcionales 1 y 4, y 1.800 días para las unidades funcionales 2 y 3), dicho plazo se comienza a contar respecto de todas las unidades funcionales en el mismo momento, que es el de la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

Respecto de la controversia suscitada en torno a la entrega de la infraestructura correspondiente a los tramos objeto de intervención por parte del INVIAS, la señora agente del Ministerio Público expresó lo siguiente en el concepto rendido dentro del término del traslado para alegar:

“En cuanto a las pretensiones 1.4 y 1.5 relacionados con pretender la parte convocante que se tenga como condición precedente para dar inicio a la fase de construcción la entrega de los trayectos que estaban siendo intervenidos por el Invías, reitera esta agente del Ministerio Público que no se encuentra consagrado

²⁶ Alegato escrito de la ANI, pág. 17.

en el numeral 4.4 antes descrito dicha condición y adicionalmente conforme a las cláusulas del contrato, dichos trayectos serían entregados una vez que se culminaran las obras y el concesionario debía recibirlos en el estado en que se encontraran mediante acta de entrega suscrita con la ANI dentro de los 5 días hábiles siguientes a la firma del acta de liquidación de los mismos, motivo por el cual no se puede supeditar la suscripción del acta de inicio de la fase de construcción a la entrega de dicho tramo de la vía, toda vez que el contrato no lo prevé de esta forma”²⁷.

b. Consideraciones del Tribunal:

En relación con la controversia existente entre las partes del presente proceso respecto de la entrega al Concesionario de la infraestructura correspondiente a los tramos que son objeto de intervención por parte del INVIAS, el Tribunal encuentra probados los siguientes hechos:

i. El régimen contractual de la entrega de la infraestructura afecta a los contratos INVIAS:

La sección 3.5 de la Parte Especial del Contrato²⁸ regula lo relacionado con la entrega de la infraestructura del Proyecto por parte de la ANI al Concesionario en los siguientes términos:

“3.5 Acta de Entrega de la Infraestructura

(a) El Acta de Entrega de la infraestructura²⁹ deberá ser suscrita con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio.

(b) Dentro de la infraestructura programada para ser recibida por el Concesionario al inicio del Contrato³⁰ se encuentran las siguientes vías:

²⁷ Concepto Ministerio Público, Página 53, repetido en la página 62.

²⁸ Contrato de Concesión, Cuaderno de Pruebas 1, folio 2 (CD)

²⁹ Contrato de Concesión, Parte General, Sección Definiciones: “1.2 “Acta de Entrega de la Infraestructura” Es el documento que suscribirán la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de entregar la infraestructura al Concesionario. La obligación de la ANI se limitará a la entrega de los Predios y las obras existentes en el estado en que se encuentren y en ningún caso implica la obligación por parte de la ANI de entregar los Predios correspondientes a las Fajas ni al Corredor del Proyecto. En este (sic) acta no se podrá incluir ningún tipo de reserva, condicionamiento, objeción u observación relacionada con el estado de la infraestructura entregada, en tanto es obligación del Concesionario recibirla en el estado en que se encuentre”.

³⁰ La sección “2.3 Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato” de la Parte General, establece en su literal b lo siguiente: “(b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

Código de vía (nomenclatura)	Origen	Destino
6003	Bolombolo PR 48	Camilo Cé PR 82
6003 y 2509	Ancón Sur PR64 (Ruta 2509)	Camilo Cé PR 82 (Ruta 6003)

Los trayectos mencionados anteriormente no incluyen las partes de los mismos que están siendo intervenidos según se detalla:

No. De Contrato	Objeto
1791-2012	MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA LA MANSA – PRIMAVERA SECTOR CIUDAD BOLÍVAR – CAMILO CÉ, RUTA 60, TRAMO 6003 DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
203-2008	CONSTRUCCIÓN SEGUNDA CALZADA ANCON SUR – PRIMAVERA
541-2012	CONSTRUCCIÓN DE LA SEGUNDA CALZADA PRIMAVERA (PR95+000) – CAMILO CÉ (PR81+900) EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA (INCLUYE GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL DEL PROYECTO)

Estas partes de los trayectos se entregarán una vez culminen las obras que se están desarrollando bajo los citados contratos.

(c) Incorporación de tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 a la Concesión y recibo de obras:

Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 y que aparecen detallados y delimitados en el Anexo 1 de la Parte Especial del presente Contrato de Concesión, se incorporarán a la Concesión una vez se firme el Acta de Liquidación de los respectivos contratos. El Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos mediante los citados Contratos, en el estado en que se encuentren, mediante Acta de Entrega de la Infraestructura suscrita entre el Concesionario y la ANI dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la firma del Acta de Liquidación de los mismos. El Concesionario deberá garantizar en los tramos o puntos donde se

(...)

(vi) Suscripción del Acta de Entrega de la Infraestructura programada para ser recibida por el Concesionario al inicio del Contrato en los términos previstos para ello en la Parte Especial”.

hicieron intervenciones que se incorporen a la respectiva Unidad Funcional, el cumplimiento de los indicadores en los mismos términos descritos en el Apéndice Técnico 4 para cada una de las Unidades Funcionales.” (Subrayado añadido).

En relación con estos tramos y en general, con la infraestructura del Proyecto que debía ser entregada al Concesionario por la ANI, la Parte General del Contrato establece la obligación del Concesionario *“durante la Fase de Preconstrucción”*³¹ de *“(p) Recibir la infraestructura del Proyecto en concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo las Estaciones de Peaje y las Estaciones de Pesaje en el estado en el que lo entregue la ANI sin objeción alguna, y asumir, desde su recibo, todas las obligaciones de resultado que se prevén en el presente Contrato y sus Apéndices. Esta recepción constará en un acta debidamente suscrita por las Partes, la cual deberá incluir un inventario de activos entregados y una descripción del estado de tales activos al momento de la entrega (el “Inventario de Activos de la Concesión”³²)”.*

Correlativamente, una de las *“Principales Obligaciones de la ANI durante la Fase de Preconstrucción”*³³ consiste en *“(a) Entregar el Proyecto en concesión al Concesionario, incluyendo las Estaciones de Pesaje y las Estaciones de Peaje existentes en el plazo señalado en el Apéndice Técnico 1. Esta entrega se hará en el estado en que se encuentren tales bienes, sin que sea aceptable ningún tipo de reserva, condicionamiento, objeción u observación del Concesionario relacionada con el estado de la infraestructura entregada. La puesta a disposición será efectuada mediante acta suscrita por la ANI, el Concesionario y el Interventor”.*

ii. En relación con el Plan de Obras y la definición de la Unidad Funcional por la cual se iniciarían las obras de construcción se tiene lo siguiente:

De conformidad con la Parte General del Contrato, el Plan de Obras *“[e]s el documento que entregará el Concesionario al Interventor y que contendrá el cronograma de obras discriminado por Unidades Funcionales y la forma cómo se*

³¹ Sección 4.2 (p)

³² Contrato de Concesión, Parte General, Sección Definiciones: *“1.89 “Inventario de Activos de la Concesión” Corresponde al acta suscrita por las Partes en la cual se incluirá un inventario detallado de todos los activos entregados por la ANI y recibidos por el Concesionario, y una descripción del estado de tales activos al momento de la entrega. En ningún caso el contenido de este Inventario o las descripciones que en el mismo se hagan –ni sus actualizaciones– implicarán limitación alguna de la responsabilidad y riesgo a cargo del Concesionario de ejecutar las Intervenciones, así como mantener y operar el Proyecto, cumpliendo con todas las obligaciones de resultado que en este Contrato se establecen”.*

³³ Sección 4.3 (a)

*planearán las Intervenciones de manera que la construcción de las Unidades Funcionales finalice a más tardar a las fechas señaladas en la Parte Especial*³⁴.

A lo largo del Contrato, varias disposiciones de la Parte General hacen referencia a la Unidad Funcional cuya ejecución, de acuerdo con el Plan de Obras, debe comenzar al inicio de la Fase de Construcción, como las siguientes:

“Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción”

(...)

(b) Haberse obtenido la no objeción de los Estudios de Detalle de las Intervenciones de las Unidades Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2. de esta Parte General.

*(e) Respecto de los Predios, el Concesionario deberá (i) haber adquirido; o (ii) demostrar que tiene disponibilidad (...) de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de la primera Unidad Funcional cuyas Intervenciones deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras*³⁵.

*“(...) El Concesionario deberá presentar al Interventor, en el mismo término de doscientos diez (210) Días, los Estudios de Detalle correspondientes a las Unidades Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras*³⁶.

Lo anterior denota que es una facultad del Concesionario definir en el Plan de Obras la Unidad Funcional por la cual iniciará la ejecución de la Fase de Construcción; conclusión que queda corroborada con el dicho del representante legal de la ANI en el informe rendido para el presente proceso, en el cual manifestó:

“(...) el Concesionario, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, puede iniciar la Fase de Construcción con la o las Unidades Funcionales que teniendo como referente la duración de

³⁴ Sección 1.121.

³⁵ Sección 4.4.

³⁶ Sección 6.1 (b).

la Etapa de Construcción y el lapso establecido contractualmente para la ejecución de cada Unidad, escoja, eso sí, teniendo en cuenta que se trate de cronogramas prudentiales y realizables y, se reitera, dentro de los términos contractuales.

(...)

(...) para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción deben haberse cumplido los requisitos correspondientes a la Unidad o Unidades Funcionales seleccionadas por las sociedades concesionarias para dar inicio a la construcción, (...)" (Subrayado añadido)³⁷

iii. Respecto de la entrega de los tramos que son o fueron objeto de intervención por parte del INVIAS, ha quedado acreditado con las pruebas que obran en el expediente lo siguiente:

- a. En relación con los tramos que fueron objeto del contrato INVIAS 1791-2012, quedó establecido, respecto de lo cual no hay controversia entre las partes, que *“En relación con los tramos intervenidos, el 7 de noviembre de 2014, la ANI procedió a entregar al CONCESIONARIO los siguientes: (i) entre el PR 81+900 y el PR 79+250; (ii) entre el PR 76+450 y el PR 57+900; y (iii) entre el PR 57+600 y el PR 48+000, todos ellos comprendidos en la ruta 6003 del Sector Camilo C – Bolombolo. Estos tramos estaban comprendidos en el alcance del Contrato INVIAS No. 1791 de 2012, son objeto de reversión anticipada y no hacen parte de ninguna Unidad Funcional”³⁸.*
- b. Por su parte, los tramos afectos al *Contrato* INVIAS 203-2008 se entregaron el 22 de marzo de 2017, como consta en el Acta de Entrega de Infraestructura suscrita por el INVIAS, la ANI y el Concesionario en esa fecha³⁹.
- c. Respecto de los tramos afectos al contrato INVIAS 451-2012, en cambio, quedó acreditado en el expediente (i) que dichos tramos no han sido entregados al Concesionario; (ii) que el alcance de las obras

³⁷ Cuaderno de Pruebas 4, folios 408 y ss, Informe ANI Página 5.

³⁸ Hecho 144 de la Demanda Reformada, admitido como cierto por la ANI en la Contestación.

³⁹ Cuaderno de Pruebas 4, folios 143 a 180.

previstas en el contrato INVIAS 451-2012 no será ejecutado en su totalidad, por cuanto no se construirán (al menos bajo dicho contrato) las obras correspondientes a la doble calzada en una longitud aproximada de tres kilómetros, como consecuencia del agotamiento de los recursos disponibles para este efecto por parte del INVIAS; y (iii) que las condiciones físicas en las que se terminaron las obras del contrato INVIAS 541-2012 no son las previstas por la ANI en el momento de celebrar el Contrato de Concesión con COVIPACÍFICO.

Las pruebas que evidencian lo anterior son las siguientes:

- El Instituto Nacional de Vías - INVIAS, en la respuesta al Oficio N° 1 del Tribunal fechada el 8 de noviembre de 2017⁴⁰, informó respecto del contrato 451-2012, que su alcance fue reducido *“en el sentido de excluir la atención en el sector comprendido entre el PR81+900 (Camilo C) y el PR88+100 de la ruta 60 tramo 6003”*, como consecuencia de que el presupuesto no fue suficiente para terminar las obras inicialmente pactadas, y que *“por lo tanto los contratos no finalizaron en los lugares o puntos de referencia inicialmente contratados”*.
- En el informe bajo juramento rendido por el representante legal de la ANI el 4 de octubre de 2017⁴¹, aparecen las siguientes afirmaciones:
 - ***“En la fase de de estructuración del proyecto Pacífico 1, de conformidad con lo acordado por la Agencia Nacional de Infraestructura y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, se previó construir los primeros cinco kilómetros desde el corregimiento de Camilo C; por lo tanto, las coordenadas aproximadas del punto de culminación de las obras que se ejecutarán bajo la concesión Pacífico 1 son Norte=1.160.425 m y Este=1.156.187 m aproximadamente PR 88+100 con los diseños entregados por el INVIAS.***
(...)

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas 4, folios 426 y siguientes.

⁴¹ Cuaderno de Pruebas 4, folios 408 y ss.

Este punto de empalme fue establecido en el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión de la UF-4 y en el Contrato 541-2012 del INVIAS... Dicho punto no ha sido modificado durante el desarrollo del proyecto y su ubicación era conocida por el Concesionario desde el proceso de selección ...

No obstante, es preciso indicar que esta situación solo afecta la Unidad Funcional 4 (UF4) y no es óbice para que el Concesionario cumpliera con sus obligaciones contractuales en las demás Unidades Funcionales del Proyecto”⁴².

- Con relación a los tramos afectados por el contrato INVIAS 541-2012 señaló:

“541-2012 Construcción de la segunda calzada Primavera – Camilo Cé: Este Contrato aún no ha sido liquidado y la infraestructura continúa a cargo del Instituto Nacional de Vías”⁴³.

(...)

541-2012 Construcción de la segunda calzada Primavera – Camilo Cé: El Contrato 541-2012 no cumplió con el alcance físico previsto originalmente, que contemplaba la construcción de la segunda calzada desde el sector Primavera (PR95+000 de la RN 6003), hasta el sector conocido como Cuatro palos en el PR88+100 aproximadamente de la RN6003. Lo anterior se dio a causa de las limitaciones presupuestales de acuerdo a lo manifestado por el INVIAS”⁴⁴.

(...)

541-2012 Construcción de la segunda calzada Primavera – Camilo Cé: Las condiciones físicas en las que se culminaron las obras del contrato 541-2012 (está en proceso de liquidación y la Infraestructura no se ha recibido por parte del INVIAS), no están en la misma

⁴² Páginas 20 y 21 del Informe.

⁴³ Página 24.

⁴⁴ Página 26.

línea de las condiciones previstas por la Entidad al momento de celebrar el Contrato de Concesión⁴⁵.

(...)

541-2012 Construcción de la segunda calzada Primavera – Camilo Cé: La Agencia contempló durante la estructuración del Contrato de Concesión que las obras del Contrato 541-2012 concluirían en el sector conocido como Cuatro Palos PR81+900 de la RN6003.

*No obstante, de acuerdo con lo manifestado por el INVIAS en febrero de 2016 (ver oficio RA-COSE-018-2016), el alcance del proyecto fue recortado por razones presupuestales. Dado lo anterior **las obras materializadas por el INVIAS no empalmarán con las contempladas en el Contrato.** Es válido indicar que el Contrato de Concesión establece en el numeral 6.1 de la Parte general un plazo de 210 días para la entrega de los estudios y diseños. Plazo que se cumplió en junio de 2015⁴⁶ (Negrillas añadidas).*

iv. La funcionalidad del Proyecto a la luz de las nuevas circunstancias determinadas por la no ejecución del alcance del contrato INVIAS 541-2012

Ha quedado acreditado en este proceso que los diseños presentados por el Concesionario y que obtuvieron la no objeción de la Interventoría, fueron elaborados sobre la base de las especificaciones previstas en el Contrato, las cuales contemplaban que el tramo afecto al contrato INVIAS 451-2012 sería entregado el Concesionario en las condiciones físicas que tendría la vía, una vez ejecutadas las obras que conformaban el objeto inicial de dicho contrato, como se evidencia del dicho del representante legal de la ANI en su informe que se transcribió atrás, según el cual, “[l]as condiciones físicas en las que se culminaron las obras del contrato 541-2012 (está en proceso de liquidación y la Infraestructura no se ha recibido por parte del INVIAS), no están en la misma línea de las condiciones previstas por la Entidad al momento de celebrar el Contrato de Concesión” (subrayado añadido).

⁴⁵ Página 27.

⁴⁶ Página 28.

En esencia, las especificaciones técnicas del Contrato suponían que la obra a cargo del Concesionario empataría con la vía contemplada en el contrato del INVÍAS, que a su vez preveía la construcción de una vía en doble calzada, una de las cuales elevada 16 metros sobre la condición original de la vía que habría de ser intervenida en desarrollo de este contrato del INVÍAS.

La circunstancia de que las obras contempladas en el objeto original del contrato INVÍAS 541-2012 no se van a ejecutar en su integridad, hace que los diseños no objetados del Concesionario no sean funcionales, en la medida en que no habría continuidad entre la vía existente y la vía que habría de construir el Concesionario conforme a sus diseños, pues en el punto de empalme entre las dos habría una diferencia de altura de 16 metros.

Sobre el particular el Ingeniero Jaime Carrizosa Lora, Representante legal suplente del consorcio de la Interventoría y director de la Interventoría del Proyecto Pacífico 1 manifestó al Tribunal lo siguiente: “Sí, lo que ocurre es que el diseño hasta donde iba a llegar el concesionario era en este sitio que se llama Cuatro Palos, esta es la abscisa 88 100 de la vía que viene desde el Chocó y este sector, esta nueva vía se la íbamos a recibir al INVÍAS y entonces la problemática en ese momento es que (...) estos últimos 1.600 metros aproximadamente el INVÍAS no los ha terminado ... y los íbamos a recibir y parte de lo que establece el contrato es que se recibe este sector...”⁴⁷.

Más adelante agrega: “Pero sí hay algo importante y es que dependemos del sitio de empalme en el nivel que lleguemos, ¿por qué razón? Porque si el INVÍAS me entrega aquí yo tengo que llegar aquí, si el INVÍAS me entrega acá abajo, yo tengo que llegar acá abajo, entonces sí hay necesidad para que haya conectividad entre esos dos tramos”⁴⁸.

Y luego, cuando la señora agente del Ministerio Público para este proceso le pregunta qué pasaría si definitivamente el INVÍAS no entrega la parte de la vía contestó “No, no habría continuidad entre las vías una llegaría a esta altura y ésta a otra altura.”

El testigo Mario Vitola de la Rosa, Sub Director Técnico para la Interventoría en el Proyecto “Pacífico Uno”, ante la pregunta de si los diseños no objetados del Concesionario serían funcionales en las actuales condiciones, con alguna renuencia finalmente reconoció que los diseños de la vía objeto del Contrato (solamente)

⁴⁷ Cuaderno Pruebas No. 5 Folio 99 vuelto

⁴⁸ Cuaderno Pruebas No. 5 Folio 108

serían funcionales si el INVIAS efectivamente *“hubiese entregado o entregara los diseños que actualmente tiene contemplado, la labor que actualmente tiene contemplada o la que tenía contemplada”*⁴⁹ en la vía con la cual debe empalmar la que es objeto de la Concesión, de lo que se colige, *contrario sensu*, que si el INVIAS no lleva a cabo tal intervención -como en efecto no lo hizo-, los diseños del Concesionario no son funcionales, pues, como ya quedó evidenciado, entre la calzada actual y la vía diseñada por el Concesionario habría una diferencia del altura de 16 metros.

Lo anterior, conduce a que no sea posible acometer las Intervenciones previstas en la Unidad Funcional 4 mientras no se despejen las incertidumbres existentes en cuanto a la entrega del tramo afecto al contrato INVIAS 541-2012. A la fecha las partes no han definido la forma de superar las incertidumbres al respecto de manera que se logre la funcionalidad del diseño de la Unidad Funcional No. 4.

v. La inexigibilidad al Concesionario de modificar el Plan de Obras no objetado de manera que comience con las Intervenciones propias de la Fase de Construcción por otra de las unidades funcionales:

La controversia planteada a este respecto consiste en que, según la posición de la ANI, ante la imposibilidad del Concesionario de iniciar las obras por la Unidad Funcional 4, habría debido éste modificar su Plan de Obras para comenzar por alguna otra de las unidades funcionales en donde estuvieran dadas las condiciones para hacerlo. Por su parte, COVIPACÍFICO sostiene que la forma en que se estructuraron los plazos de ejecución de la Fase de Construcción le impide proceder de esa manera, por cuanto de conformidad con el Contrato, el conteo del término, ese sí máximo, para la ejecución de las obras de cada una de las unidades funcionales del Proyecto, se inicia en el mismo momento (en la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción).

En efecto, la sección “5.3 Programación de las Obras” de la Parte Especial del Contrato, señala lo siguiente:

“En la tabla siguiente se presentan los plazos máximos para el inicio de la operación de las Unidades Funcionales, los cuales deberán contarse a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas 5, folio 167.

Unidad Funcional	Plazo Máximo de Ejecución
<i>Unidad Funcional 1</i>	<i>Mil ochenta (1.080) días</i>
<i>Unidad Funcional 2</i>	<i>Mil ochocientos (1.800) días</i>
<i>Unidad Funcional 3</i>	<i>Mil ochocientos (1.800) días</i>
<i>Unidad Funcional 4</i>	<i>Mil ochenta (1.080) días”</i>

Sobre el particular, el testigo Fernando Villalba, director del consorcio interventor, señaló:

“El acta de inicio conlleva la firma del otrosí entre la concesionaria y la ANI, porque (...) -previo al acta de inicio se deben entregar los tramos—. Como los tramos no se pueden entregar, pues lo primero que hay que hacer es firmar el otrosí”.

Al ser preguntado sobre el efecto de la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, respondió que dicha firma conlleva que comienza a correr el plazo para la ejecución de la construcción de todas las Unidades Funcionales, sin importar por dónde empiece, y añadió “(...) Lo que pasa es que para firmar esa acta de inicio es necesario ese otrosí porque empezaría a contar plazo de la unidad funcional cuatro sin saber qué unidad funcional cuatro va a hacer. Lo que no puede ser es que se empiece a contar un plazo de algo que no sabe qué va a construir”⁵⁰.

Así las cosas, el Tribunal encuentra suficientemente acreditado que, de iniciarse la Fase de Construcción de la Etapa Preoperativa del Contrato mientras subsiste la incertidumbre acerca de la oportunidad y de las condiciones físicas de la entrega de los tramos objeto del contrato INVIAS 451-2012, el Plazo Máximo de Ejecución de la Unidad Funcional 4 se reduciría durante el tiempo que tome la definición y solución de las incertidumbres anotadas, ya sea en el sentido de que se entregará el tramo pendiente en las condiciones previstas por las partes al celebrar el Contrato, o bien de que se entregará en las condiciones actuales, en cuyo caso habría de modificarse el Contrato para ajustarlo a los cambios que dichas nuevas circunstancias contractuales demanden en términos de diseños y, eventualmente, de gestión predial y ambiental.

Así, iniciar la construcción de la obra correspondiente a la Unidad Funcional 4 en las circunstancias actuales, o aún, iniciar la Fase de Construcción del Contrato por otra de las unidades funcionales sin haber despejado la incertidumbre respecto de

⁵⁰ Cuaderno Pruebas No. 5 Folio 177 reverso

la entrega del tramo pendiente que corresponde al que era objeto de intervención bajo el contrato INVIAS 541-2012, atentaría contra los fines de la contratación estatal y los principios que la informan, plenamente aplicables a los contratos de concesión bajo el sistema de asociaciones público privadas, como es el caso presente.

En efecto, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [además de la obtención de utilidades cuya obtención garantiza el Estado] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”*⁵¹.

De conformidad con lo anterior, no obstante que ciertamente el contratista estatal es un colaborador de la entidad para el logro de los fines de esta, y que de ello surgen obligaciones a cargo de aquel, no es menos cierto que la entidad estatal, en procura de *“la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*, no puede pretender que el contratista de un “salto al vacío”, acometiendo la ejecución del tramo correspondiente a la unidad Funcional No. 4 cuyo objeto material se halla en estado de indefinición, ni que, al eventualmente actuar de esta manera, deba afrontar ulteriores controversias en cuanto al vencimiento de plazos contractuales para la ejecución de actividades que estaba en imposibilidad de llevar a cabo o en cuanto a las actividades que efectivamente acometa.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado, en reciente sentencia⁵², tanto la aplicabilidad del principio de la planeación a las asociaciones público privadas; como su alcance, que cobija toda la actividad contractual, incluyendo la etapa precontractual, la de celebración del contrato y por supuesto, también la de ejecución; y el contenido y efectos prácticos del mencionado principio, en los siguientes términos:

⁵¹ Lo encerrado entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 29 de enero de 2018, radicación: 11001-03-26-000-2016-00101-00(57421), consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“1. La finalidad de la “Asociaciones Público Privadas” y su relación con el contrato de concesión en el derecho colombiano.

3.- Para poder tratar a las “Asociaciones Público Privadas” como instrumento dentro del régimen de la contratación estatal en Colombia es necesario abordar primero la figura del contrato de concesión.

(...)

7.- Puede decirse, pues, que los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las “Asociaciones Público Privadas”, entendidas como la herramienta que permite desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y del desarrollo de obras de infraestructura y de otras actividades a partir de la estructuración que plantea un determinado sujeto privado al Estado, que deberá bajo su discrecionalidad si se corresponde con las políticas centrales, sectoriales y con la procura de la satisfacción de las necesidades que en interés general espera la comunidad. Debe tenerse en cuenta que la concesión se reconoce como una de las expresiones de las “Asociaciones Público Privadas”⁵³, y esto se ratifica en lo consagrado en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012⁵⁴.

8.- Las Asociaciones Público Privadas [en adelante APP] se definen por el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 como el “instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

⁵³ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, en p.77, cita 3.

⁵⁴ Ley 1508 de 2012, artículo 2. “**Concesiones.** Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”.

9.- *De dicha definición legal se puede extraer sus elementos: (i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema para (sic); (ii) que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.*

10.- (...)

11.- (...)

2. *El principio de planeación en las Asociaciones Público Privadas.*

15.- *Al esquema de APP le es aplicable el principio de planeación tal como ha sido afirmado en el régimen de contratación estatal en Colombia. Para poder determinar cómo opera en este esquema se precisa delimitar el alcance del principio de planeación.*

16.- *El “principio de la planeación o de la planificación aplicados a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, procurando incorporar en el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación”⁵⁵.*

17.- *La “ausencia de la planeación ataca la esencia misma del interés general, se reitera, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos*

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Tesis doctoral, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p.412.

previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad”⁵⁶.

18.- Se concluye “sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos”⁵⁷.

19.- (...)

24.- Si bien el legislador no tipifica expresamente al principio de la planeación en la Ley 80 de 1993, su presencia como principio rector del contrato estatal es inevitable y se deduce de lo consagrado en los artículos 209, 339 y 341 de la Carta Política; de los artículos 4 y 5, de los numerales 6, 7, 11, 12⁵⁸, 13 y 14, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁵⁹; de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007; de los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2..2.1.1.1.6.3, de la subsección 1 de la Sección 2 del Decreto Único 1082 de 2015; y, del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012.(...).

25.- Con base en todo lo anterior, puede comprenderse que la planeación y las exigencias desprendidas para su aplicación conforman un marco jurídico que es requisito de toda actividad contractual, sea que obedezca al esquema tradicional, o a los esquemas de APP.

(...)

28.- Delimitado el principio de planeación es claro que es esencial su aplicación en toda la actividad contractual del Estado, por lo que

⁵⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.412.

⁵⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.412.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.415.

comprende a los esquemas de APP, en los que la propia Ley 1508 de 2012 en su artículo 4 remite a los principios de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007”.

Visto lo anterior, proceder con la ejecución del Contrato en su Fase de Construcción mientras subsista la incertidumbre en cuanto a la entrega de los tramos afectos al contrato INVIAS 541-2012, ya sea mediante la iniciación de las actividades constructivas en la Unidad Funcional 4 o bien modificando el Plan de Obras para comenzar por otra de las unidades funcionales sin tener claridad acerca de cómo será despejada la incertidumbre, no sería consecuente tampoco con el principio de planeación en la ejecución del contrato estatal.

vi. El genuino entendimiento de las partes en relación con la entrega de los tramos afectos al contrato INVIAS 541-2012

En adición a las probanzas a las que se hace referencia en los anteriores acápites, el Tribunal pone de presente que las conclusiones fácticas que de ellas se derivan coinciden muy ceñidamente con el entendimiento que acerca de dichas circunstancias y sus efectos tienen las partes del presente proceso, como se evidencia con claridad en el ACTA DE ENTENDIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 007 DE 2014 “AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1”, suscrita entre la ANI y COVIPACÍFICO el 3 de octubre de 2016⁶⁰.

En efecto en dicho acto, el cual ha de entenderse que refleja le genuina voluntad de las partes expresada de manera deliberada y consciente, se incluyen las siguientes manifestaciones:

“4. De acuerdo con lo previsto en el Contrato, para proceder a la entrega y recibo de la infraestructura pendiente por entregar de la Unidad Funcional 4, se requiere la culminación del alcance de las obras y la liquidación de los contratos INVIAS 203-2008 y 541-2012.

(...)

11. Los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, así como los Estudios de Detalle de la Unidad Funcional 4 que se encuentran No Objetados, fueron elaborados a partir de los diseños de las obras a cargo de INVIAS, en donde una de las calzadas se elevaba

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas 4, folios 32 a 36.

por encima de la vía existente en punto de empalme, PR 88+100 Ruta 6003, y dificultaba una solución de acceso al municipio de Amagá en el sitio denominado Paso Nivel, teniendo encuentra (sic) la restricción del contrato respecto de la pendiente máxima establecida dentro de las características geométricas y técnicas del respectivo tramo

12. En razón de lo anterior, en aras de garantizar la funcionalidad del tramo vial que compone la Unidad Funcional 4, así como de las intervenciones que el Concesionario realizará en dicha Unidad Funcional, la ANI ha solicitado al Concesionario ajustar los estudios de Trazado y Diseño Geométrico, así como los Estudios de Detalle, para generar una alternativa a nivel, lo cual requeriría de un plazo independiente para la ejecución de la mencionada Unidad Funcional , y para firmar el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, mientras se realizan los mencionados ajustes a los diseños, sin afectar los plazos de ejecución de las obras de las demás Unidades Funcionales.

(...)

14. teniendo en cuenta las circunstancias referidas en los considerandos precedentes, las Partes evidenciaron la necesidad de realizar ciertas modificaciones al Contrato de Concesión en aras a viabilizar la entrega de la infraestructura de la Unidad Funcional 4 y el inicio de las intervenciones del Proyecto, para lo cual han adelantado mesas de trabajo conjuntas, en aras de dilucidar los asuntos y alcance de esas posibles modificaciones que serían pertinentes para tales efectos, (...)" (resaltado en negrilla añadido).

vii. La necesidad de superar las consecuencias de la incertidumbre en relación con la entrega de la infraestructura pendiente de la Unidad Funcional 4:

Las partes adjuntaron al Acta de Entendimiento a la que hace referencia el apartado anterior un "Proyecto de Otrosí N° 4", documento en el cual se plasman los términos y condiciones de las modificaciones que, de acaecer las condiciones que en el mismo se prevén, introducirían al Contrato de Concesión mediante la firma del Otrosí.

Dicho acto modificatorio del Contrato tendría por objeto, entre otras cosas, solucionar los problemas que suscita la falta de entrega de la infraestructura pendiente de entregar de la Unidad Funcional 4.

Independientemente del hecho cierto de que dicho Proyecto de Otrosí no se ha perfeccionado como negocio jurídico, lo cual es del resorte exclusivo de las partes, el Tribunal constata que éstas, en el Acta de Entendimiento del Contrato de Concesión No. 007 de 2014 “AUTOPISTA CONEXIÓN PACÍFICO 1”, suscrita entre la ANI y COVIPACÍFICO el 3 de octubre de 2016 y en el Proyecto de Otrosí, consideran que para superar el tema de la entrega de la infraestructura pendiente de la Unidad Funcional 4 sería indispensable modificar el Contrato,

A este respecto, la señora Agente del Ministerio Público para el presente proceso parecería encontrar la necesidad de introducir modificaciones al Contrato a fin de paliar los efectos de la entrega de la infraestructura pendiente de la Unidad Funcional 4, al señalar en su concepto, luego de estimar que la entrega de los tramos afectos a los contratos del INVIAS no constituía condición para el inicio de la Fase de Construcción, lo siguiente:

“Lo anterior, claro está no implica que como sucede en este caso, el concesionario deba asumir obligaciones que no se encuentren estipuladas en el contrato, por ende en caso de necesitar intervención del tramo de la vía que aún no ha sido recibida y respecto de ésta no se contemple este aspecto, sería necesario como ya se evidenció y consagró en el proyecto de otrosí No. 4, efectuar el reconocimiento de obras adicionales a favor del concesionario por parte de la ANI, para lo cual se propuso modificar los literales b y c de la sección 3.5 de la parte especial del contrato; así mismo, se debe adicionar el literal n) de la sección 4.6 de la parte general relativo a las obligaciones de la ANI en la fase de construcción, dentro de las cuales se contemplaría la de “Entregar al concesionario la infraestructura pendiente que corresponda a la Unidad funcional 4 en los tiempos y condiciones establecidos en el otrosí No. 4”, entre otras determinaciones”⁶¹.

c. Pronunciamiento sobre las pretensiones y las excepciones:

Teniendo en cuenta las probanzas que obran en el expediente a las que se ha hecho referencia en este acápite, el Tribunal adoptará las siguientes decisiones en relación con cada una de las pretensiones agrupadas en este grupo, titulado por la demandante “EN RELACIÓN CON EL NO ACAECIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE

⁶¹ Concepto Ministerio Público, Página 54, repetido en la página 62.

LAS CONDICIONES PARA EL INICIO DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN”, a cada una de las cuales pasa a referirse a continuación:

- Respecto de la **pretensión 1.3**, mediante la cual se solicita “1.3. *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA hizo entrega al CONCESIONARIO, del tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través del contrato de obra No. 203 de 2008, pasado el término estimado para la Fase de Preconstrucción*”, el Tribunal concluye lo siguiente:

El término de la duración estimada de la Fase de Preconstrucción contemplada en el Contrato, concluida la cual se da inicio a la Fase de Construcción de la Etapa Preoperativa, era de trescientos sesenta (360) días, término éste que constituye un plazo determinable y tácito, conforme quedó establecido en el acápite 2.1. (c) x. de este laudo.

De conformidad con lo estipulado en la sección 3.5 (c) de la Parte Especial del Contrato, “*Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos 203-2008, 541-2012 y 1791-2012 y que aparecen detallados y delimitados en el Anexo 1 de la Parte Especial del presente Contrato de Concesión, se incorporarán a la Concesión una vez se firme el Acta de Liquidación de los respectivos contratos. El Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos mediante los citados Contratos, en el estado en que se encuentren, mediante Acta de Entrega de la Infraestructura suscrita entre el Concesionario y la ANI dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la firma del Acta de Liquidación de los mismos. (...).*” (Subrayado añadido).

En relación con estos tramos y en general, con la infraestructura del Proyecto que debía ser entregada al Concesionario por la ANI, la Parte General del Contrato establece la obligación del Concesionario “*durante la Fase de Preconstrucción*”⁶² de “*(p) Recibir la infraestructura del Proyecto en concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo las Estaciones de Peaje y las Estaciones de Pesaje en el estado en el que lo entregue la ANI sin objeción alguna, y asumir, desde su recibo, todas las obligaciones de resultado que se prevén en el presente Contrato y sus Apéndices. Esta recepción constará en un acta debidamente suscrita por las Partes, la cual deberá incluir un inventario de activos entregados y una descripción del estado de*”

⁶² Sección 4.2 (p)

tales activos al momento de la entrega (el “Inventario de Activos de la Concesión”⁶³).

Correlativamente, una de las “Principales Obligaciones de la ANI durante la Fase de Preconstrucción”⁶⁴ consiste en “(a) Entregar el Proyecto en concesión al Concesionario, incluyendo las Estaciones de Pesaje y las Estaciones de Peaje existentes en el plazo señalado en el Apéndice Técnico 1. Esta entrega se hará en el estado en que se encuentren tales bienes, sin que sea aceptable ningún tipo de reserva, condicionamiento, objeción u observación del Concesionario relacionada con el estado de la infraestructura entregada. La puesta a disposición será efectuada mediante acta suscrita por la ANI, el Concesionario y el Interventor” (Subrayado añadido).

Respecto de la entrega de la infraestructura afecta al Contrato INVIAS 203-2008, el “Acta de Entrega del Instituto Nacional de Vías – INVIAS a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, y de esta, a su vez, a la firma CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S. – COVIPACÍFICO S.A.S., de una infraestructura vial para ser afectada por el Contrato de Concesión No. 007 de 2014 “Pacífico 1”⁶⁵, suscrita por las partes del presente proceso y por el INVIAS, da cuenta de que el tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través del contrato de obra No. 203 de 2008 fue entregado al Concesionario el 22 de marzo de 2017.

Al respecto sin embargo, en las “CONSIDERACIONES DE LA ENTREGA DEL INVIAS A LA ANI” que se consignaron en la mencionada Acta aparece: “11. Que el 11 de octubre de 2016 el INVÍAS y el CONSORCIO VIAL DE OCCIDENTE 2007, suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 203 de 2008, ejecutado en el sector mencionado anteriormente, documento remitido a la ANI mediante comunicación DT-GGP52787, con radicado ANI No 2016 -409-098539-2 del 31 de octubre de 2016”.

En la misma Acta en las “CONSIDERACIONES DE LA ENTREGA DE LA ANI AL CONCESIONARIO”, las partes dejaron constancia: “5. Que la ANI mediante el

⁶³ Contrato de Concesión, Parte General, Sección Definiciones: “1.89 “Inventario de Activos de la Concesión” Corresponde al acta suscrita por las Partes en la cual se incluirá un inventario detallado de todos los activos entregados por la ANI y recibidos por el Concesionario, y una descripción del estado de tales activos al momento de la entrega. En ningún caso el contenido de este Inventario o las descripciones que en el mismo se hagan –ni sus actualizaciones– implicarán limitación alguna de la responsabilidad y riesgo a cargo del Concesionario de ejecutar las Intervenciones, así como mantener y operar el Proyecto, cumpliendo con todas las obligaciones de resultado que en este Contrato se establecen”.

⁶⁴ Sección 4.3 (a)

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas 4, Folios 143 a 180.

radicado No. 2016-300-034246-1 de fecha 01 de noviembre del 2016, remitió al Concesionario el Acta de Liquidación del Contrato No. 203 de 2008, así mismo, informó sobre la disponibilidad para la entrega de las vías y programó la misma para los días 10 y 11 de noviembre de 2016”

A partir de entonces surgieron varios debates entre la ANI y el Concesionario, que en términos generales obedecieron a que el Concesionario se negaba a recibir el tramo aduciendo que hacía falta levantar un inventario de la infraestructura (No.7); que el Acta de Liquidación remitida no se encontraba completa por no contener los anexos (No.8); o que la documentación no estaba completa (No.12); así como también, “que procedería a recibir la infraestructura siempre y cuando se respetara lo pactado en el Acta de Entendimiento suscrita el 3 de octubre de 2016 (...) en tanto, los requisitos para la entrega de la infraestructura de acuerdo con el Contrato de Concesión, no se encontraban cumplidos” (No.19).

La ANI por su parte por lo general puso de presente que las anteriores eran manifestaciones del Concesionario “que la entidad no ha aceptado” (No. 9, 13 y 28).

Después de sostener al menos tres reuniones, según se memoria en el Acta, el 2 de febrero de 2017 el Concesionario manifestó a la ANI que procedería a recibir el tramo en mención, aclarando que consideraba que no estaban cumplidos los requisitos del Contrato de Concesión previstos para la entrega, por lo que se reservaba el derecho a reclamar posteriormente (No. 27).

Finalmente, el Acta referida da cuenta de que el 22 de marzo de 2017 “*los representantes de la ANI proceden a realizar la entrega real y material a los representantes de **EL CONCESIONARIO**, con todas las obras de infraestructura que la conforman, y en el estado en que se encuentran de conformidad con lo previsto en el No. 3.5 de la parte especial del contrato de concesión No. 007 de 2014, de la siguiente infraestructura vial, para ser afectada al Contrato de Concesión:*

Entre los PRs 54+0000 y PR 64+0000, calzada derecha, y entre los PRs 54+0000 y 64+0000, calzada izquierda, de la carretera La Pintada Medellín, Ruta 2509. (DOBLE CALZADA SECRO PRIMAVERA – ANCÓN SUR), incluida la conectante en el PR 54+0000 de la ruta 2509 con la ruta 6003”

Con base en las anteriores probanzas el Tribunal advierte que la ANI recibió del INVIAS el 31 de octubre de 2016 el Acta de Liquidación del Contrato INVIAS 203-2008, y que el 1 de noviembre del mismo año se la remitió al Concesionario y le informó sobre la disponibilidad para la entrega de las vías. El Tribunal advierte,

entonces, que este acto tuvo lugar antes de que expiraran los cinco días estipulados en la Sección 3.5 (c) de la Parte Especial del Contrato, y antes de que hubieran transcurrido los 360 días contemplados en el Contrato para la duración estimada de la Fase de Preconstrucción.

A continuación las partes se enfrascaron en las discusiones que quedaron descritas atrás que finalmente derivaron en la entrega de la infraestructura mediante la suscripción del Acta del 22 de marzo de 2017 por ambas partes, si bien con las manifestaciones y constancias a las que ya se hizo referencia.

Visto lo anterior, el Tribunal encuentra que el desfase entre los 360 días previstos como duración estimada de la Fase de Preconstrucción y la fecha de entrega de la infraestructura afecta al Contrato INVIAS 203-2008, encuentra justificación razonable en las circunstancias que dilataron la firma del acta de entrega.

Por lo demás, para el Tribunal esta dilación tuvo una duración de alrededor de tres meses, término que considera dentro de los parámetros de lo razonable habida cuenta de las causas que la justifican, por lo cual habrá de considerar que la ANI hizo entrega de la mencionada infraestructura dentro del plazo tácito y determinable que corresponde a la “duración estimada” de la Fase de Preconstrucción.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal despachará desfavorablemente la pretensión 1.3 de la demanda reformada.

- Mediante la **pretensión 1.4** se pide *“1.4. Que se declare que a la presentación de esta demanda y hasta cuando se determine en el proceso, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no cumplió su obligación de entregar al CONCESIONARIO el tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INVIAS a través del contrato de obra No. 541 de 2012, establecida en el literal (a) de la Sección 4.3 de la Parte General del Contrato de Concesión”*.

A este respecto, quedó probado que el tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INVIAS a través del contrato de obra No. 541 de 2012 no ha sido entregado aún al Concesionario.

También se acreditó que dicha entrega constituía una obligación a cargo de la ANI, en virtud de lo dispuesto en la Sección 4.3 (a) de la Parte General del Contrato de Concesión, por lo cual el Tribunal declarará procedente la pretensión 1.4 de la Demanda Reformada.

- La **pretensión 1.5**, por su parte, *tiene por objeto “1.5. Que se declare que en tanto faltare o falte la entrega de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de cualquiera de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012, no se cumple la condición precedente para el inicio de la Fase de Construcción, establecida en el literal (h) de la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, de acuerdo con el Plan de Obras No Objetado mediante comunicación de la Interventoría No. 05-01-20160126001699 del 26 de enero de 2016”.*

En relación con esta pretensión, el Tribunal ha definido que la entrega por parte de la ANI al Concesionario de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INVIAS a través de los contratos INVIAS 203- 2008 y 541-2012, no es un hecho determinante del acaecimiento o no de la condición establecida en el literal (h) de la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, como quiera que dicha condición fue pactada en los siguientes términos:

“Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción (...)

(h) Haber cumplido con las obligaciones previstas en los Apéndices y Anexos del Contrato que deben ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción”.

El Tribunal ha concluido sobre este asunto que las obligaciones a las que se refiere la condición previa contenida en la sección 4.4(h) de la Parte General del Contrato serían solamente aquellas obligaciones consagradas a cargo del Concesionario, para ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción, y no las estipuladas a cargo de la Entidad, por las siguientes razones:

El Contrato contempla dos clases de apéndices; los “Financieros” y los “Técnicos”; en cuanto a los primeros, de acuerdo con las definiciones de la Parte General del Contrato, los Apéndices Financieros *“Son los documentos financieros de carácter financiero adjuntos al Contrato⁶⁶”,* los cuales, como se puede apreciar al revisar su contenido, no contemplan en realidad obligaciones, sino formulaciones de carácter financiero⁶⁷; y los Apéndices Técnicos *“Son los documentos adjuntos al Contrato de*

⁶⁶ Parte General, Sección 1.14.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas 1, Folio 2, CD Apéndices Técnicos y Financieros.

*carácter técnico, ambiental, social y predial, que contienen obligaciones a cargo del Concesionario*⁶⁸ y no de la ANI.

Visto lo anterior, el Tribunal habrá de denegar la pretensión 1.5 de la Demanda Reformada y pasará en consecuencia al análisis de la pretensión 1.5.1, subsidiaria de ésta.

- La **pretensión 1.5.1**, subsidiaria de la 1.5, procura *“Que se declare que, para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, se requiere previamente la entrega por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012, de acuerdo con el Plan de Obras No Objetado mediante comunicación de la Interventoría No. 05-01-20160126001699 del 26 de enero de 2016”*.

Quedó establecido por el Tribunal, como se observa en el capítulo 2.1 (c) i. de este capítulo del laudo, que de conformidad con la Sección 1.4. de la Parte General, para poder pasar a la Fase de Construcción es necesario verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, que incluyen no solamente el cumplimiento de las Condiciones Precedentes contempladas en la Sección 4.4 de la Parte General, sino también el cumplimiento de la obligación de la ANI prevista en la Sección 4.3 (a) de la Parte General, consistente en la entrega de la infraestructura del proyecto y en particular de los tramos a que hace referencia la Sección 3.5 (b) de la Parte Especial del Contrato (i) que es una facultad del Concesionario definir en el Plan de Obras la Unidad Funcional por la cual habrá de comenzar la ejecución de la Fase de Construcción y que COVIPACÍFICO definió que lo sería la Unidad Funcional 4; (ii) que la falta de entrega de la infraestructura de la Unidad Funcional 4 correspondiente al tramo afecto al contrato INVIA 541-2012 impide al Concesionario comenzar con las obras de construcción de esta Unidad Funcional; y (iii) que en el presente caso, dadas las circunstancias probadas, no le es exigible al Concesionario la modificación de su Plan de Obras para iniciar la ejecución de la fase de Construcción en otra Unidad Funcional.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal habrá de acoger la pretensión 1.5.1, subsidiaria de la 1.5 de la Demanda Reformada.

- Por su parte, la pretensión **1.5.1.1**, subsidiaria a la 1.5.1, deprecia *“Que se declare que, para la ejecución de las intervenciones de la Fase de Construcción*

⁶⁸ Parte General, Sección 1.15

correspondientes a la Unidad Funcional 4, se requiere previamente la entrega por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012”.

Habida cuenta de que la pretensión 1.5.1 será acogida, el Tribunal no habrá de ocuparse de la pretensión 1.5.1.1, por ser ésta subsidiaria de la anterior; si bien su contenido ya fue objeto de análisis en apartados anteriores, a los cuales se remite el Tribunal.

- **La pretensión 1.6** tiene por objeto *“Que se declare que el desfase entre el término estimado para la Fase de Preconstrucción y el que realmente ha tomado el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el numeral 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, tiene como causa eficiente hechos ajenos y no imputables al CONCESIONARIO, ni por los cuales está llamado a responder”.*

Esta pretensión parte de la controversia suscitada entre las partes alrededor de la naturaleza de las estipulaciones contractuales relativas al término para la terminación de la Fase de Preconstrucción y el Inicio de la Fase de Construcción de la Etapa Preoperativa del Proyecto, consistente, en esencia, en que mientras para la ANI este es un término perentorio en cuanto a su duración máxima (360 días), para el Concesionario es apenas un estimado de tiempo, constitutivo de una condición o de un plazo tácito.

Esta controversia ya fue atendida y resuelta por el Tribunal en acápite anterior de este laudo, y respecto de ella concluyó que el término pactado en el Contrato para la terminación de la Fase de Preconstrucción y el Inicio de la Fase de Construcción no constituye una condición, sino un plazo; que el referido plazo no es cierto y determinado, sino tácito⁶⁹ y determinable; y que el efecto de la estimación del plazo de la Fase de Preconstrucción en la Sección 3.8(a) de la Parte Especial, es el de tener un parámetro para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, de manera que, en principio, dicho plazo debe ser cercano a la duración estimada de la Fase de Preconstrucción (360 días), a menos que objetivamente se requiera un tiempo distinto para cumplir los requisitos establecidos para ello en el Contrato.

Visto lo anterior, sea lo primero observar que, de entre las diez condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción previstas en la sección 4.4 de

⁶⁹ Según el Código Civil, el plazo tácito es el tiempo “indispensable para cumplirlo” (art. 1551 del Código Civil).

la Parte General del Contrato, solamente existe mención en este proceso de tres de ellas (serían cuatro, si se admitiera como una de estas condiciones, bajo el literal (h) de esta sección, la entrega de la Infraestructura por parte de la ANI, situación que ya ha sido objeto de análisis); a saber: (i) la obtención de la no objeción de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales (literal a); (ii) la disponibilidad del 40% de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de la primera Unidad Funcional cuyas Intervenciones deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción, de acuerdo al Plan de Obras (literal e); y (iii) la obtención de las Licencias y Permisos, en particular, los de carácter ambiental (literal f).

En todos los casos, COVIPACÍFICO afirma que el tiempo que efectivamente tomó el cumplimiento de cada una de las condiciones anotadas, obedeció a las vicisitudes que esas gestiones enfrentaron en la práctica y que corresponden a situaciones que no se encuentran bajo el control del Concesionario.

Así las cosas, el Tribunal ha realizado el análisis de la procedencia de esta pretensión en relación con estos tres aspectos, así:

(i) En cuanto a los aspectos relativos a la gestión predial (Condición Precedente 4.4. (e)):

Quedó probado en el presente proceso, que la condición precedente para el inicio de la Fase de Construcción contemplada en la sección 4.4(e) de la Parte general del Contrato ocurrió en alguna fecha anterior al 17 de junio de 2016, como se revela en la comunicación de la Interventoría del 20 de junio de 2016, que “... *certifica una Longitud Efectiva del 50,3% en la Unidad Funcional 4 a fecha de corte del 17 de junio de 2016*”⁷⁰, superando así la anterior medición, con corte al 9 de junio de 2016⁷¹, que arrojaba una Longitud Efectiva menor al 40%, de lo que resulta que, objetivamente hablando, la condición habría ocurrido con posterioridad a los 360 días contados desde la firma del Acta de Inicio.

La experticia en materia catastral aportada por COVIPACÍFICO con la Reforma de la Demanda, elaborada por el Ingeniero Iván Darío Cardona⁷², se ocupa de analizar los efectos de ciertas situaciones respecto de la gestión predial adelantada por el Concesionario, consistentes (i) “*en las condiciones y calidad de la información catastral básica cuya responsabilidad de suministro recae en la autoridad en la*

⁷⁰ Cuaderno de pruebas 4, folio 183.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas 2, folios 180 a 182.

⁷² Cuaderno de Pruebas 4, folios 190 y siguientes.

materia con jurisdicción en la zona, en este caso la Dirección de Sistemas de Información y Catastro de la Gobernación de Antioquia”; (ii) en los “efectos de la expedición en el mes de Agosto de 2015 por parte del Ministerio de Transporte de la Resolución 2684, mediante la cual se indicaron los elementos de daño emergente y lucro cesante que deben ser objeto de avalúo en los procesos de adquisición de predios para los proyectos de infraestructura de transporte contenidas en la Ley 1682 de 2013”; y (iii) en “la necesidad de introducir modificaciones en el trazado y diseño geométrico de la vía en la Unidad Funcional 4, definida como la primera a ser intervenida constructivamente, una vez superada la etapa de preconstrucción”.

Las conclusiones del dictamen del Ingeniero Cardona al respecto indican lo siguiente⁷³:

“Después de examinar en detalle la documentación contractual y buena parte de la correspondencia generada entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, la Interventoría y el Concesionario, en torno a las actividades inherentes a la Gestión Predial del Proyecto, considero que las actuaciones adelantadas por éste último están razonablemente soportadas y los atrasos suscitados como consecuencia, entre otras causas, de la carencia de información catastral para un sector fundamental de la Unidad Funcional por donde pretendía dar inicio a los trabajos, el considerable volumen de inconsistencias encontrado a través de la etapa de investigación catastral en la información proporcionada por las entidades gubernamentales competentes, la necesidad de modificar algunos procedimientos y reprocesar documentación ya elaborada y los cambios en el trazado de la vía, son circunstancias originadas en factores externos ajenos a su competencia, cuya ocurrencia no era posible prever” (subrayado añadido).

En el dictamen también se afirma, respecto de los puntos señalados en el párrafo anterior, que cada uno de ellos habría generado un impacto en los tiempos de la gestión predial del proyecto⁷⁴, arrojando como conclusión que el problema de la carencia de información catastral podría retrasar la gestión predial hasta el 25 de julio de 2018, si no se requiriera acudir a la expropiación de predios, o hasta el 7 de octubre del mismo año, si se necesita acudir a esta figura⁷⁵; que la circunstancia de la expedición de la Resolución 2584 de 2015 del Ministerio de Transporte incrementó los tiempos de ejecución de la gestión predial en tres meses⁷⁶; y que la duplicación del tiempo de elaboración de las fichas prediales como consecuencia

⁷³ Cuaderno de Pruebas 4, Cuaderno de Pruebas 4, folio 217

⁷⁴ Dictamen Pericial, Numeral 5.5.

⁷⁵ Numeral 5.5.1

⁷⁶ Numeral 5.5.3.

del cambio de trazado de la Unidad Funcional 4 requeriría de ochenta y cuatro días adicionales para la gestión predial⁷⁷.

En relación con este dictamen, la parte convocada manifestó en la Contestación de la demanda reformada que el perito omitió pronunciarse (i) sobre los riesgos prediales que le fueron asignados a su contratante y (ii) sobre la falta de diligencia e impericia con la que éste actuó al momento de ofertar, posteriormente contratar y finalmente adelantar una indebida gestión predial.

Respecto de lo primero, el Tribunal encuentra que para los efectos de este análisis, la distribución contractual de riesgos y en particular el hecho de que el Concesionario haya asumido los riesgos prediales -al menos parcialmente-, no resulta ser preponderante para determinar si el Concesionario realizó la gestión predial que constituía condición precedente para el inicio de la Fase de Construcción dentro del plazo necesario para ello, o si por el contrario, por su desidia o impericia tal gestión le tomó más tiempo del estrictamente necesario. Esta es una cuestión fáctica que habrá de dilucidarse con base en la prueba técnica habida dentro de este proceso.

En cuanto a la segunda cuestión alegada por la Convocada -la supuesta falta de diligencia o impericia del Concesionario-, la ANI no aportó prueba alguna de carácter técnico para acreditar su dicho, pues se limitó, en este aspecto, a remitirse a lo expuesto por la entidad en el curso de los procesos sancionatorios que inició en relación con este aspecto contra COVIPACÍFICO. Tampoco las respuestas a las preguntas que formuló el apoderado de la ANI al perito en el curso de la declaración rendida por el perito tuvieron la virtualidad de restarle valor al contenido técnico del dictamen.

No obstante todo lo anterior, y a pesar de que los inconvenientes descritos en el dictamen pericial, a juicio del Tribunal, seguramente causaron un retraso en la ejecución de la gestión predial del proyecto Pacífico 1, la condición contemplada en el literal (e) de la sección 4.4 de la Parte General del Contrato consistía en conseguir la disponibilidad del 40% de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de la primera Unidad Funcional cuyas Intervenciones deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo al Plan de Obras, y no en la evacuación de la gestión predial para la totalidad del proyecto. El Concesionario demostró las condiciones objetivas que, ante los problemas encontrados en materia catastral, por ejemplo, hicieron en la práctica indispensable un término superior a 360 días desde la firma del Acta de Inicio y también demostró que le dio el impulso

⁷⁷ Numeral 5.5.4.

requerido a la gestión predial para conseguir la disponibilidad del 40% en la primera unidad funcional, sin que por ello se haya desconocido el criterio orientador del “plazo estimado” pactado, que quedó precisado en las consideraciones del Tribunal en el presente laudo respecto del primer grupo de pretensiones⁷⁸.

(ii) En cuanto a los estudios y diseños (Condición Precedente 4.4(a)):

En relación con este aspecto, el debate entre las partes se suscita porque una vez que el Concesionario presentó los estudios y diseños del Proyecto, los mismos fueron objetados por el Interventor por cuanto contemplaban una pendiente superior al 8% en la Unidad Funcional 4, lo cual a juicio de la interventoría contravenía con lo previsto en el Apéndice Técnico 1 del Contrato y en el Manual de Diseño Geométrico 2008, conforme lo manifestó la Interventoría el 22 de mayo de 2015⁷⁹.

A partir de dicha objeción de la Interventoría, el Concesionario planteó una serie de explicaciones que, en su criterio, hacían impracticable la elaboración de un diseño que se ajustara estrictamente a dicha inclinación máxima del 8%, por las implicaciones que ello traería, entre otras cosas, en cuanto al trazado de la vía, la gestión predial y ambiental, y la movilidad de los pobladores de los asentamientos humanos circunvecinos⁸⁰.

Después de varias sesiones de trabajo entre las partes, el 23 de noviembre de 2015 el Concesionario presentó a la Interventoría un informe que contenía una alternativa de diseño que contemplaba una pendiente de 8.35% en la Unidad Funcional 4⁸¹, y le solicitó a la Interventoría impartir su no objeción, *“teniendo en cuenta que el informe permite concluir que el trazado para la UF4 con una pendiente de 8,35% genera mayores beneficios que uno con pendiente máxima del 8,0% al minimizar ampliamente los impactos del proyecto Autopista Conexión Pacífico 1 en el ámbito predial, ambiental, minero y social”*.

El 9 de diciembre de 2015 la Interventoría dio respuesta al Concesionario en los siguientes términos: *“una vez revisada la nueva versión del diseño en Plan-Perfil de la UF4 recibido el pasado 23 de noviembre del año en curso, en el cual se modificó la pendiente longitudinal en un máximo del 8,35%, nos permitimos informarles que el diseño geométrico se ajusta a las especificaciones y parámetros geométricos. Por*

⁷⁸ Numeral 2.1 del Laudo

⁷⁹ Comunicación de la Interventoría del 22 de mayo de 2015, anexa al dictamen pericial de Francisco Nanclares.

⁸⁰ Comunicación del Concesionario del 26 de junio de 2015, anexa al dictamen pericial de Francisco Nanclares.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas 4, Folio 524 Exhibiciones, Memoria Externa aportada por el Consorcio Servinc – ETA (Interventoría). Comunicación del Concesionario RA-COSE-0757-2015.

lo tanto el Diseño planta-perfil para la doble calzada es aceptable y para los cuales se podrá emitir su no objeción una vez se entregue completo el Vol II, Trazado y Diseño Geométrico, ajustándolo tanto con esta nueva propuesta como con las observaciones que ha realizado la Interventoría en referencia con otros temas diferentes a las pendientes⁸²

La Interventoría mediante comunicación del 13 de mayo de 2016⁸³, se pronunció en relación con el volumen correspondiente al Trazado y Diseño Geométrico del Proyecto señalando que *“luego de realizar la revisión del caso, esta interventoría puede dar su No Objeción específicamente al volumen del asunto”*.

Visto lo anterior, el Tribunal encuentra que efectivamente la limitación del 8% para la pendiente de la Unidad Funcional 4 hacía, si no imposible pues técnicamente es factible hacerlo, si materialmente impracticable realizar un diseño apropiado para la Unidad Funcional 4, como se evidencia por el hecho de que las mismas partes, con el apoyo técnico de la Interventoría, arribaron de común acuerdo a una fórmula para superar los escollos que imponía dicha especificación de la pendiente máxima.

Nótese que dicha solución conjunta se logró en los meses de noviembre y diciembre de 2016, lo cual para el Tribunal cabe perfectamente dentro del plazo tácito y determinado convenido en el Contrato para la duración estimada de la Fase de Preconstrucción, aunque la no objeción final, luego de la incorporación formal de los nuevos estudios y diseños, se produjo en el mes de mayo de 2016, por razones que el Tribunal encuentra razonables y justificadas.

A partir de ello, ha de concluir el Tribunal que para ambas partes la solución adoptada fue satisfactoria, tanto en cuanto a los aspectos técnicos como en relación con los términos y la oportunidad en la que finalmente se consiguió dicho acuerdo, por lo cual, a este respecto, el desfase entre los 360 días contemplados como plazo de duración estimada para la Fase de Preconstrucción y el término que en la práctica transcurrió hasta la obtención de la no objeción de los estudios y diseños del proyecto obedeció, a circunstancias que objetivamente se requerían para lograr dicho pronunciamiento, de manera que para el Tribunal la condición precedente contemplada en la Sección 4.4 (a) de la Parte General del Contrato puede considerarse, habida cuenta de las circunstancias descritas, acaecida dentro del plazo estimado de la Fase de Preconstrucción.

⁸² Cuaderno de Pruebas 4, Folio 524 Exhibiciones, Memoria Externa aportada por Servinc -ETA (Interventoría). Comunicación de la Interventoría CO-COSE-0392-2015.

⁸³ Cuaderno de Pruebas 4, Folio 524 Exhibiciones, Memoria Externa aportada por Servinc –ETA (Interventoría). Comunicación de la Interventoría CO-COSE-0378-2016.

(iii)Respecto de los temas de licenciamiento ambiental.

Se ha debatido en este proceso, partiendo de la base de que las cuatro unidades funcionales en las que está dividido el proyecto requerían de licencia ambiental, si la estrategia apropiada para satisfacer la obligación a cargo del Concesionario era tramitar una sola licencia ambiental para todo el proyecto (como lo sostiene la Convocante) o si habría sido más eficiente tramitar separadamente las licencias para cada unidad funcional (como lo argumenta la ANI).

Al respecto, en el dictamen pericial aportado por la Convocante con la Reforma de la Demanda, el Ingeniero Ezequiel Sánchez afirma lo siguiente:

“En cuanto a la evaluación de los estudios por parte de la Autoridad Ambiental, el dividir los procesos de licenciamiento ambiental por unidades funcionales para el proyecto Pacifico 1 (proyecto de 32,11 km) no garantiza que la misma se tome menos tiempo en evaluarlos, esto debido a que los tiempos de evaluación corresponden a los establecidos en el Decreto 1076 de 2015 y no dependen de la complejidad del estudio (120 días hábiles). Adicionalmente, y de acuerdo con la experiencia del perito en diferentes estudios ambientales, la autoridad ambiental posiblemente conforma equipos de evaluación independientes (considerando que se presentan los estudios de forma simultánea y la autoridad ambiental debe garantizar que en cada proceso se cumplan los plazos definidos por la norma), lo que se traduce en diferentes criterios de evaluación para un mismo componente, en el establecimiento de medidas de manejo no articuladas y la determinación de diferentes tipos de medidas de compensación tanto sociales como bióticas.

Así mismo el contar con una licencia ambiental por cada unidad funcional, representa mayor esfuerzo durante la ejecución de las obras en cuanto al seguimiento ambiental, debido a que para cada licencia debe presentarse el respectivo informe de cumplimiento ambiental, así como atender los diferentes requerimientos que se deriven de las visitas de seguimiento de las Autoridades ambientales a cada unidad funcional”⁸⁴.

En su declaración ante el Tribunal, el mismo perito señaló lo siguiente:

“Considerando las características del proyecto Pacifico 1, en términos de la oferta ambiental y social del área, en particular su paso por el macizo de Amaga, no es razonable realizar un trámite

⁸⁴ Dictamen Pericial Ambiental de Parte emitido por Ezequiel Arturo Sánchez Herrera. Noviembre 2 de 2016. Pág. 24

de licenciamiento ambiental por unidades funcionales. Adicionalmente, al fraccionarse, se definirían áreas de influencia para cada sector que al final estarían superpuestas, lo que puede generar la imposición de medidas de manejo independientes e inarticuladas entre sí”

(...)

“(...) el proyecto se encuentra ubicado en la zona montañosa de la cordillera occidental con características de topografía típicas de montaña, con rasgos sociales similares en el área de estudio, desde el punto de vista de la oferta ambiental y social, no se justifica un proceso de licenciamiento ambiental fraccionado por unidades funcionales, más considerando que se trata de un proyecto de tan solo 32 km”⁸⁵

Posteriormente, el perito respondió así:

“SR. SÁNCHEZ: (...) Pero en este caso en particular cuando uno mira la estrategia de licenciamiento realmente no es aconsejable dividir en varios tramos por muchas razones, una de ellas, el hecho de que cuando uno mira por unidades funcionales todas ellas tienen de la unidad uno a la unidad tres, una homogeneidad que hace que los tiempos que se puedan estimar para licenciamiento al momento de la estrategia son los mismos y cuando uno mira la tercera, el otro sector que sería la unidad cuatro, entonces entiende que primero no la va a poder utilizar de manera directa porque ese es un licenciamiento que tiene un diseño y unas características distintas, de tal suerte que si uno intentara ... es muy probable que primero que se demorara lo mismo o más, y segundo que al fraccionar la licencia, pues tuviera otro tipo de problemas más adelante que toca considerar ¿Cuáles? Entregas la licencia partida en cuatro porque aparentemente pudiera ser más rápido, pero al momento de ingresar la autoridad ambiental recoge cuatro expedientes con cuatro grupo tres, depende como lo haga, digamos que son cuatro, entonces se lo adjudica a cuatro grupos diferentes por lo cual te va a generar problemas en términos del criterio que tenga cada uno y puedes llegar a tener medidas de manera de manejo para uno en un sector diferentes, le va a generar posteriormente un tema de

⁸⁵ Cuaderno de pruebas No. 5. Folio 153.

segmento diferente y le va a generar la inseguridad de que cualquiera de los tramos que no se pueda licenciar le va a pagar la totalidad del proyecto, entonces resulta que en este caso en particular, lo más aconsejable era tratar de no... esa licencia.”⁸⁶

Ahora bien, en cuanto al tiempo que en la práctica transcurrió para la obtención de la Licencia Ambiental -que finalmente se obtuvo con la ejecutoria de la Resolución N° 785 del 29 de julio de 2016, que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 510 del 13 de mayo de 2016 del Ministerio del Medio Ambiente, mediante la cual se otorgó Licencia Ambiental para el “Proyecto Conexión Pacífico 1”⁸⁷- y la determinación de si el mismo fue el necesario para obtenerla obrando de manera diligente y profesional (o lo que es lo mismo, para justificar el desfase entre el plazo estimado previsto en el Contrato y el plazo real para su obtención), el perito Sánchez, conceptuó en su dictamen lo siguiente⁸⁸:

“En este tipo de proyectos existen factores imprevisibles que pueden hacer que los tiempos típicos estimados para la elaboración del EIA se incrementen, los cuales se relacionan con requerimientos particulares en las especificaciones de diseño, solicitudes generadas por las autoridades, comunidades u organizaciones, modificaciones en los diseños del proyecto, tiempos de pronunciamiento de las autoridades que otorgan los respectivos permisos y tiempos de validación y aprobación de los diferentes capítulos del EIA por parte de la interventoría o quien haga la validación del documento antes de su radicación en la ANLA. Cabe resaltar que el impacto en el tiempo, en caso de presentarse cualquier de estas situaciones, no puede ser estimado de forma preliminar, ya que depende de cada caso específico y del momento en el que se presente dentro del desarrollo de los estudios ambientales del proyecto.

Para el caso particular del proyecto Pacífico 1, los factores que se presentaron fueron, entre otros, demoras en el pronunciamiento de la ANLA ante la solicitud del “Permiso de estudio para la recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de elaboración de estudios ambientales”, demoras en el pronunciamiento de la Corporación Autónoma Regional de

⁸⁶ Cuaderno de pruebas No. 5. Folio 191 y anverso.

⁸⁷ CD Anexo al Dictamen Pericial Arturo Sánchez Herrera, Cuaderno de Pruebas, folios 313 y siguientes.

⁸⁸ Páginas 21 y 22 del dictamen pericial.

Antioquia (CORANTIOQUIA, en adelante) y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) ante las solicitudes de levantamiento de vedas forestales y de sustracción de reserva, esto se resume en la siguiente tabla:

Tabla 2 Trámites de gestión de permisos para el proyecto Pacífico 1

Trámite	Tiempo establecido en la normativa	Duración real del trámite	Observaciones
<i>Permiso de estudio para la recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de elaboración de estudios ambientales</i>	<i>23 días hábiles</i>	<i>91 días hábiles</i>	<i>Solicitud radicada el 4 de noviembre de 2014; permiso otorgado el 16 de marzo de 2015.</i>
<i>Levantamiento de veda forestal (CORANTIOQUIA)</i>	<i>62 días hábiles</i>	<i>138 días hábiles</i>	<i>Solicitud radicada el 13 de agosto de 2015; otorgado el 1 de abril de 2016.</i>
<i>Sustracción de reserva (CORANTIOQUIA)</i>	<i>120 días hábiles</i>	<i>132 días hábiles</i>	<i>Solicitud radicada el 6 de agosto de 2015; otorgada el 18 de marzo de 2016.</i>
<i>Levantamiento de veda forestal (MADS)</i>	<i>62 días hábiles</i>	<i>65 días hábiles</i>	<i>Solicitud radicada el 14 de agosto de 2015; otorgado el 16 de diciembre de 2015.</i>

En otro apartado, el dictamen pericial señala:

“Se puede concluir con los documentos revisados, que la Concesionaria Vial del Pacífico dio cumplimiento del hito radicación del EIA en la fecha programada de acuerdo con el cronograma, así mismo realizó una buena planeación en los tiempos de respuesta por parte de la autoridad ambiental. Evidencia de lo anterior es el

Auto 3836 del 15 de septiembre de 2015, por el cual la Autoridad Ambiental confirmó reunida la totalidad de información, y se dio inicio al trámite administrativo de la licencia ambiental del proyecto; de igual manera, la Resolución 510 de mayo de 2016, acto administrativo con el que se otorgó la Licencia Ambiental del proyecto, lo cual se ajustó a los tiempos estimados en el cronograma del proyecto, pese a las dificultades con terceros como CORANTIOQUIA (sustracción de reserva y levantamiento de veda forestal); y la audiencia pública durante la cual se suspendieron los términos de evaluación de la ANLA”⁸⁹.

Con base en las probanzas expuestas, el Tribunal concluye que no está acreditado que la estrategia del Concesionario de tramitar una sola licencia para todo el proyecto fuera una decisión equivocada, por el contrario, según la opinión del perito, no controvertida por la Convocada en la oportunidad para la controversia del dictamen, dicha decisión fue acertada desde el punto de vista práctico y técnico. También aparece probado que COVIPACÍFICO adelantó diligentemente los trámites necesarios para la obtención de la Licencia Ambiental.

Como quedó señalado, la condición contemplada en el literal f. de la Sección 4.4. de la Parte General del Contrato, consistente en obtener las Licencias y Permisos –incluida la Licencia Ambiental- requeridos por la Autoridad Ambiental, acaeció el 24 de agosto de 2016⁹⁰, cuando quedó ejecutoriada la Resolución N° 785 del 29 de julio de 2016, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la Resolución 510 del 13 de mayo de 2016 de la misma entidad, con la cual se otorgó Licencia Ambiental para el “Proyecto Conexión Pacífico 1”⁹¹.

Lo anterior es suficiente evidencia de que no existieron tiempos ociosos o negligencia o impericia del Concesionario en la gestión de la Licencia Ambiental, y que el término en el que se obtuvo dicha licencia, obedeció a las vicisitudes y particulares circunstancias que se hubieron de superar durante su trámite, no imputables al Concesionario ni por las cuales este deba responder.

Así las cosas, la licencia necesaria para el cumplimiento de la condición contemplada en la sección 4.4(f) de la Parte general, se obtuvo dentro del plazo

⁸⁹ Página 60 del dictamen.

⁹⁰ Comunicación Agencia Nacional de Licencias Ambientales Radicación 2016048022-2-001 del 8 de septiembre de 2016, Cuaderno de Pruebas 4, folio 141.

⁹¹ CD Anexo al Dictamen Pericial Arturo Sánchez Herrera, Cuaderno de Pruebas, folios 313 y siguientes.

objetivamente necesario, de manera que no se excedió el termino estimado de duración de la Fase de Preconstrucción.

Es así como, de conformidad con lo probado en este proceso, la última de las Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción contempladas en la sección 4.4 de la Parte General del Contrato fue la de la obtención de la Licencia Ambiental, como lo expuso la propia ANI en su comunicación del 23 de mayo de 2017, según la cual, “... desde el 24 de agosto de 2016 el Concesionario dio cumplimiento a la totalidad de las condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción, fecha a partir de la cual podía suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción y dar inicio a las obras...”⁹².

Ahora bien, la pretensión que se analiza tiene por objeto que se declare que “... el desfase entre el término estimado para la Fase de Preconstrucción y el que realmente ha tomado el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el numeral 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión, tiene como causa eficiente hechos ajenos y no imputables al CONCESIONARIO, ni por los cuales está llamado a responder.

Este pedimento, así planteado, requiere que el Tribunal interprete la demanda de manera que le permita decidir de fondo el asunto, de acuerdo con el artículo 42, numeral 5, del Código General del Proceso.

En primer lugar, se debe determinar en qué consiste la expresión "desfase" utilizada en la pretensión 1.6. Por una parte, podría referirse a un retraso imputable del plazo estimado de la Fase de Preconstrucción, y en ese sentido, la pretensión estaría dirigida a que se exima de responsabilidad al Concesionario por dicho incumplimiento. Por otra parte, puede simplemente indicar una diferencia entre la duración estimada de 360 días y el tiempo que efectivamente tomó el cumplimiento de las condiciones precedentes. El Tribunal considera acertada la segunda interpretación, ya que la primera sería contradictoria con las pretensiones 1.1 (y subsidiarias) y 1.2 de la reforma de la demanda, que indican que la Fase de Preconstrucción no tiene un plazo determinado.

En segundo lugar, debe establecerse qué tipo de análisis solicita el Concesionario por parte del Tribunal. Por una parte, se podría entender que lo solicitado al Tribunal es determinar si cada una de las condiciones precedentes fue cumplida en tiempo, lo cual debe analizarse teniendo en cuenta la fecha efectiva de la ocurrencia de cada una de las referidas condiciones precedentes del Contrato. Por otra parte, se

⁹² Cuaderno de Pruebas 4, folios 184 y siguientes.

podría interpretar que la pretensión tiene por objeto que el Tribunal declare si dicho desfase ha de analizarse teniendo en cuenta la fecha en que se terminaron de cumplir todas las condiciones de la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato.

A este efecto el Tribunal considera, de conformidad con el deber que tiene de interpretar la demanda de manera que permita decidir de fondo el asunto⁹³, que ha de decantarse por la segunda de las interpretaciones posibles, como quiera que lo que acá se discute es si la Fase de Preconstrucción debió haber terminado ya, o si por el contrario aún hace falta que se cumpla alguno de los requisitos para suscribir el Acta de Inicio de la Fase de Construcción⁹⁴. Esto significa, en relación con el requisito consistente en el cumplimiento de las Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción⁹⁵, que lo que se requiere para pasar de la Fase de Preconstrucción a la de Construcción es el acaecimiento de todas las condiciones contempladas en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato, y no el de alguna de ellas en particular. Esta conclusión se ve reforzada por cuanto en la práctica, la mayoría de las condiciones anotadas o bien ocurrieron con anterioridad al plazo estimado en el Contrato para la duración de la Fase de Preconstrucción, o bien no han sido objeto de controversia entre las partes, por lo cual no tendría utilidad alguna pronunciarse por separado en relación con cada una de ellas.

Cabe precisar que en adición al cumplimiento de las Condiciones Precedentes a las que se refiere la Sección 4.4. de la parte General del Contrato, para pasar a la Fase de Construcción era necesario cumplir con los demás “*requisitos establecidos para ello en el Contrato*”⁹⁶, incluyendo como quedó establecido atrás el relativo a la entrega de la infraestructura por parte de la ANI.

Así las cosas, habiendo ocurrido, con la obtención de la Licencia Ambiental, la última de las condiciones precedentes para el inicio de la Fase de Construcción, la pretensión que se analiza está llamada a prosperar, como quiera que el desfase entre la fecha efectiva de acaecimiento de esta condición se encuentra dentro del criterio orientador o indicativo para el cumplimiento de todas las condiciones del plazo estimado en el Contrato, habida cuenta de que el término empleado fue el objetivamente indispensable para el cumplimiento de las condiciones precedentes.

- Finalmente, el Tribunal habrá de ocuparse de resolver la **pretensión 1.7**, última de las pretensiones del grupo que analiza el Tribunal en este aparte, que trata de que se declare “*1.7. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que*

⁹³ Código General del Proceso, artículo 42(5).

⁹⁴ Contrato de Concesión, Parte General, sección 2.5 (b).

⁹⁵ Contrato de Concesión, Parte General, sección 4.4.

⁹⁶ Contrato de Concesión, Parte General, sección 1.4.

el CONCESIONARIO tiene derecho y la ANI la correspondiente obligación de concederle, el término necesario para que se cumplan las “Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción” establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso”.

Para decidir sobre esta pretensión, el Tribunal pone de presente que el Contrato no contempla obligación alguna a cargo de la ANI de “conceder” al Concesionario los términos o mejor, los plazos dentro de los cuales han de cumplirse determinadas condiciones, como quiera que dichos plazos han de ser pactados entre las partes o determinados de conformidad con la ley, siendo así que en el caso presente, las partes pactaron un plazo estimado, entendiendo por tal un plazo tácito y determinable, como quedó establecido en el capítulo 2.1 (c) x. del presente laudo.

Por lo anterior, la pretensión 1.7 habrá de ser rechazada por el Tribunal.

Las excepciones planteadas por la Convocada frente a este grupo de pretensiones:

Frente a todas estas pretensiones, la ANI opone una excepción, que plantea en la Contestación a la demanda reformada de la siguiente manera:

“2. EL NO ACAECIMIENTO DE LAS “CONDICIONES PRECEDENTES” PARA EL INICIO DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN ES IMPUTABLE AL CONCESIONARIO”

Frente a las pretensiones 1.3., 1.4., 1.5. y subsidiaria (1.5.1.) y la subsidiaria de esta (1.5.1.1.), 1.6. y 1.7. se presenta esta excepción considerando que las “condiciones precedentes” del numeral 4.4. de la Parte General del Contrato consagran obligaciones a cargo del concesionario que deben ser adelantadas con pericia y diligencia y de los hechos narrados en la demanda se deduce que los estudios de trazado y diseño de las Unidades Funcionales (condición precedente (a) del numeral 4.4. de la PGC) no fueron cumplidas por el Concesionario; como tampoco obtuvo la no objeción de los estudios de detalles (condición (b) de la PGC), ni cumplió con la condición precedente (e) respecto de la adquisición predial y tramitó incorrectamente las licencias y permisos ambientales de que trata la condición precedente (f).

Con todo ello, el Concesionario por su impericia y falta de diligencia desconoció los literales (e), (g), (h), (i), (j), (k), (l), (o), (p), (y) del numeral 4.3. de la PGC que regula las “Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción”. Todas estas obligaciones estaban a cargo del Concesionario, conforme la PGC y la matriz de riesgos en el incorporada, como se verá a continuación.

Por más que en la redacción de la parte general y especial del contrato de concesión se hubiesen empleado los adjetivos de “estimado” respecto de la duración de la fase de pre construcción, ello jamás puede significar como lo entiende y pretende COVIPACÍFICO S.A.S. que no hay plazo cierto de duración y que por lo tanto queda al arbitrio del concesionario cumplirlo o no”.

Salta a la vista respecto de la excepción planteada que en realidad solo algunas de las imputaciones de desconocimiento de las obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción contempladas en los literales (e), (g), (h), (i), (j), (k), (l), (o), (p), (y) del numeral 4.3. de la Parte General del Contrato tienen relación con los hechos en los que se fundan las pretensiones frente a las cuales se aduce la excepción que son las relativas a los estudios de trazado y diseño de las Unidades Funcionales y los estudios de detalle; la adquisición predial y la obtención de la licencia ambiental, asuntos éstos que ya fueron tratados por el Tribunal en capítulos anteriores del presente laudo, a cuyas conclusiones se remite en este punto, por lo cual se habrá de declarar improcedente esta excepción.

La Convocada plantea la excepción titulada “4. LOS RIESGOS ASUMIDOS POR COVIPACÍFICO S.A.S. CON LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO 007 DE 2014”, sosteniendo que el Concesionario, al ofertar y posteriormente contratar, asumió unos riesgos respecto de las actividades propias de la fase de preconstrucción, a sabiendas de que las gestiones relativas a los permisos y licencias ambientales y a la gestión predial son complejas y presentan dificultades. Agrega que “cuando un riesgo es asignado a una de las Partes y este se materializa, ésta tendrá la obligación de asumir la totalidad de las consecuencias económicas –positivas o negativas– derivadas de la ocurrencia del riesgo” y sostiene que el Concesionario declaró y garantizó haber conocido y revisado el contrato y las circunstancias en la cuales habría de ser ejecutado, así como los riesgos asociados con el Proyecto.

Añade la Convocada que con la demanda, el Concesionario pretende sustraerse de esos riesgos y desfigurar el esquema obligacional de los riesgos prediales y

ambientales; al argumentar que los plazos son indeterminados y sujetos a condiciones, desconociendo los Pliegos de Condiciones y el Contrato, por lo cual pide rechazar las pretensiones 1.3., 1.4., 1.5. y subsidiaria (1.5.1.) y la subsidiaria de esta (1.5.1.1.), 1.6. y 1.7. de la demanda arbitral reformada.

A este respecto, el Tribunal se ocupó del análisis de cada uno de los supuestos incumplimientos que la ANI le achaca a la impericia o a la falta de diligencia de COVIPACÍFICO, y encontró probado, al analizar la pretensión 1.6 de la Demanda Reformada, que el desfase entre la fecha en que se cumplieron todas las condiciones previstas en la sección 4.4. de la parte general del Contrato y el plazo estimado del mismo previsto en la sección 3.8 de la Parte Especial se encuentra justificado, lo que equivale a decir que el Concesionario cumplió con el plazo contractual (determinable y tácito) de la Fase de Preconstrucción, independientemente de los riesgos que efectivamente asumió al contratar, por lo cual esta excepción no está llamada a prosperar.

2.3. Pretensión 1.8. de la Demanda Reformada

Pasa el Tribunal a analizar la pretensión 1.8. de la demanda reformada en la que la Convocante solicita “***Que se declare que el inicio del Plan de Obras corresponde a la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.***”

a. Las posiciones de las partes en relación con esta pretensión:

Solicita la Convocante que el Tribunal declare que el inicio del Plan de Obras corresponde a la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

A su turno la ANI, en la contestación de la demanda, manifestó que los condicionamientos aludidos solo aplican respecto de la Unidad Funcional 4, no así respecto de las demás unidades funcionales.

Aunado a lo anterior, la convocada manifestó que, en efecto, en el Plan de Obras aprobado el concesionario contemplaba iniciar por la Unidad Funcional 4, sin embargo, tal situación no limitaba al concesionario para el inicio de las obras en otras unidades funcionales donde se tuviera el pleno de los requisitos cumplidos, como lo es la Unidad Funcional 1.

b. Consideraciones del Tribunal:

Para efectos de solucionar la pretensión planteada por la Convocante, se hace necesario remitirse a las estipulaciones contractuales.

Según la definición contenida en la Sección 1.4 de la Parte General, el Acta de Inicio de la Fase de Construcción *“Es el documento que suscribirán el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la Fase de Construcción, previa verificación de los requisitos establecidos para ello en este Contrato, en especial en la Sección 4.4 de esta Parte General.”*.

Por su parte, en la Sección 1.121 de la Parte General del Contrato se define el Plan de Obras de la siguiente manera: *“Es el documento que entregará el Concesionario al Interventor que contendrá el cronograma de obras discriminado por Unidades Funcionales y la forma como se planearán las Intervenciones de manera que la construcción de las Unidades Funcionales finalice a más tardar a las fechas señaladas en la Parte Especial. El Plan de Obras deberá contener, además, la información al nivel de detalle exigido por el Apéndice Técnico No. 9. Una vez no objetado por la Interventoría y el Supervisor, el Plan de Obras será de obligatorio cumplimiento para el Concesionario, aunque deberá ajustarse, por cuenta y riesgo del Concesionario, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones de resultado, en los plazos previstos, contenidas en este Contrato”*.

Así las cosas, el Acta de Inicio de la Fase de Construcción es un documento formal, que suscriben las partes una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Contrato para tal efecto, cuya fecha de suscripción determina el momento a partir del cual se cuentan los plazos máximos para el inicio de la operación de todas y cada una de las Unidades Funcionales, de conformidad con lo estipulado en la sección 5.3 de la Parte Especial del Contrato. Por su parte, el Plan de Obras es un documento técnico, de carácter programático, en el cual se precisan la secuencia y los tiempos de ejecución de las actividades constructivas de todas las unidades funcionales en las que se divide el Proyecto.

Visto lo anterior, no es posible determinar que la fecha de la firma del Acta -con la cual, se reitera, comienza el conteo del plazo de la Fase de Construcción y cuya fecha de suscripción depende de que se hayan cumplido ciertos requisitos- coincida necesariamente con la fecha en que el Concesionario programó la ejecución del Plan de Obras, como quiera para la elaboración de este cronograma lo que le exige el Contrato *“la forma como se planearán las Intervenciones de manera que la construcción de las Unidades Funcionales finalice a más tardar a las fechas señaladas en la Parte Especial”*, de manera que, por lo menos teóricamente, el Plan podría iniciar en fecha distinta a la de la firma del Acta, siempre que la ejecución de las obras programadas finalice antes el vencimiento de los plazos contractuales para cada Unidad Funcional.

De tal forma que, en abstracto, según lo establecido en las cláusulas citadas del Contrato, el inicio del Plan de Obras no tiene necesariamente que corresponder a la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción. Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal rechazará la pretensión 1.8 de la demanda reformada

2.4. Pretensión 1.9. de la Demanda Reformada

A continuación, pasa el Tribunal a analizar la pretensión 1.9. de la demanda reformada en la que la Convocante solicita ***“Que se declare que en la remuneración prevista para los amigables componedores en el literal (i) de la Sección 15.1 de la Parte General del Contrato de Concesión, no está incluido el Impuesto al Valor Agregado (IVA).”***

a. Las posiciones de las partes en relación con este grupo de pretensiones:

Frente a la remuneración de los amigables componedores, argumenta la Convocante que, en lo que se refiere al IVA, éste impuesto debe calcularse sobre (es decir, no incluidos en) el valor de los honorarios definidos en el Contrato para cada miembro del Amigable Componedor, de conformidad con el artículo 447 del Estatuto Tributario, como quiera el referido monto de honorarios, contractualmente establecido, es el valor que las partes han convenido para remunerar los servicios de los amigables componedores.

La Convocada plantea en la excepción frente a esta pretensión que de conformidad con las normas tributarias y los conceptos vigentes emitidos por la autoridad tributaria, *“la suma fijadas en los contratos de concesión suscritos bajo la modalidad APP, como honorarios de los amigables componedores incluye el impuesto de valor agregado (IVA)”*, solicitando que así se declare a la hora de fallar.

b. Consideraciones del Tribunal:

La cláusula 15.1. (i) de la Parte General del Contrato dispone:

“(iii) Remuneración de los miembros del Amigable Componedor transitorio (caso a caso): Los honorarios de los miembros del Amigable Componedor transitorio (caso a caso) se limitarán, según el valor de las pretensiones o estimación razonada de la cuantía de la controversia, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no superarán un máximo de

TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (300 SMMLV) por cada miembro.

(...)

(iv) La remuneración de los miembros del Amigable Componedor permanente tendrá los siguientes componentes:

(1) Una suma fija mensual de siete millones de pesos (7'000.000.00) del Mes de Referencia, por cada miembro del Amigable Componedor, la cual será pagada Mes Vencido, con cargo a la Subcuenta Amigable Composición dentro de los primeros cinco (5) Días Hábiles de cada Mes, desde la designación de todos los miembros del Amigable Componedor y hasta la fecha de suscripción del Acta de Reversión, y

(2) Una suma variable, en función del número de controversias que sean sometidas por las Partes a su definición. El valor de la remuneración variable del Amigable Componedor serpa de cuatro millones de Pesos (4'000.000.00) del Mes de Referencia, por miembro del Amigable Componedor, por cada una de las composiciones realizadas.

(3) El valor de la remuneración fija y variable de los miembros del Amigable Componedor será reajustado a partir del Mes de enero de cada año, de conformidad con la fórmula contenida en la Sección 3.9(b) de esta Parte General”.

Para la definición de esta controversia es importante precisar que la estipulación transcrita hace referencia a “la remuneración” de los miembros del amigable componedor, y no menciona de manera alguna que dentro del monto fijado de conformidad con la tabla y el límite señalados en dicha cláusula se encuentre incluido el IVA.

Al respecto, el artículo 447 de Estatuto Tributario establece:

“En la venta y prestación de servicios, la base gravable será el valor total de la operación, sea que ésta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones,

seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición.”

Es claro, para el Tribunal, que el Impuesto al Valor Agregado aplicable a los honorarios de los miembros del Amigable Componedor no puede considerarse parte de su “remuneración” o contraprestación que ha de recibir a cambio *del servicio* prestado, de manera que es *este* valor (el de la remuneración) el que ha de servir de base gravable a la que debe aplicarse el IVA en cumplimiento a la ley tributaria.

En consecuencia, se advierte que le asiste la razón a la convocante, en el sentido de que el hecho de no haberse estipulado expresamente que en el valor de la remuneración estaba incluido el IVA, no significa que la carga tributaria deba ser asumida por los amigables componedores.

Por lo anterior, el Tribunal declarará próspera la pretensión 1.9. de la reforma de la Demanda y rechazará la excepción denominada “*La suma fijada en los contratos de concesión suscritos bajo la modalidad de APP, como honorarios para los amigables componedores incluye el impuesto al Valor Agregado (IVA)*”.

2.5. Pretensión 2.1. de la Demanda reformada

Solicita la Convocante en esta Pretensión: “***Que como consecuencia de la pretensión 1.7, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a conceder al CONCESIONARIO el término que se pruebe como necesario para que se cumplan las condiciones establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión***”.

En virtud a las razones esbozadas al analizar la pretensión 1.7., la Agencia Nacional de Infraestructura no se encuentra en la obligación de conceder un término para el cumplimiento de las condiciones establecidas en el numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión. En consecuencia, se rechazará la pretensión de que trata el numeral 2.1.

2.6. Pretensión 2.2 de la Demanda reformada

En esta pretensión solicita la Convocante: “***Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a dar cumplimiento al laudo arbitral que***

ponga fin a este proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

En cuanto a esta solicitud, es claro que este Tribunal se encuentra imposibilitado para materializar lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; esto porque el mencionado precepto normativo consagra una condición expresa para su aplicación, a saber: "*Cuando la sentencia imponga una condena (...)*". Así, en el caso concreto, ante la inexistencia de la imposición de una condena a la Agencia Nacional de Infraestructura en este laudo arbitral, se rechazará la referida pretensión.

2.7. Costas

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*". Adicionalmente, el numeral 5° de este artículo dispone que "*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*".

Según jurisprudencia del Consejo de Estado, la pertinencia de la condena en costas en controversias contractuales está condicionada a una actuación temeraria o abusiva de las partes⁹⁷.

El Tribunal observa que la demanda prospera parcialmente y no encuentra evidencia de conductas temerarias de las partes en el trámite arbitral. Es más, quedó probado en el proceso que las partes han adelantado varias veces conversaciones con el fin de llegar a un acuerdo conciliatorio, lo cual evidencia la buena fe de ambas para tratar de resolver sus controversias de manera directa.

Con base en lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas, lo que quiere decir que cada una de las partes debe asumir en un 50% los gastos y honorarios del proceso.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Ponente, Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.775, anotando "*En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...)* Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"

[2] Folio 260, Cuaderno Principal No. 1.

De acuerdo con lo informado oportunamente por el Tribunal, COVIPACÍFICO pagó los honorarios y gastos del proceso a su cargo, así como los que le correspondían a la ANI. Lo anterior, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

El 18 de octubre de 2017 el apoderado de la Convocante solicitó al Tribunal la expedición de la certificación del pago de los gastos y honorarios del Tribunal que realizó COVIPACÍFICO por la ANI, con base en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal expidió la respectiva certificación el 24 de octubre de 2017 según consta a folio 287 del Cuaderno Principal No. 2.

De conformidad con el inciso 3° del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 *“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”*.

No obra prueba en el expediente de que exista en curso ejecución por parte de COVIPACÍFICO contra la ANI por concepto de los gastos y honorarios del proceso, por lo que la ANI debe reembolsar a COVIPACÍFICO las expensas a su cargo, más los 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.

3. Medidas cautelares

Mediante escrito presentado el 15 de junio de 2016 COVIPACÍFICO solicitó al Tribunal como medidas cautelares:

*“(i) [O]rdenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA suspender los dos procesos sancionatorios referidos en este memorial,
(ii) ordenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA que se abstenga de iniciar cualquier proceso sancionatorio contra el CONCESIONARIO, cuyo fundamento sea tener por finalizada en noviembre de 2015, la Fase de Preconstrucción de la Etapa Operativa,*

(iii) que se abstenga de exigir al CONCESIONARIO el cumplimiento de obligaciones que están sujetas a la finalización de la Fase de Preconstrucción u al inicio de la Fase de Construcción, y

(iv) en el evento en que al momento de adoptarse la medida cautelar ya se encuentre en firme alguna decisión sancionatoria producto de los referidos procesos, ordenar la suspensión de la ejecución del respecto (sic) acto administrativo”.

El Tribunal mediante auto de fecha 1 de julio de 2016 resolvió: *“Ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– que, independientemente de que siga adelante con el procedimiento de los procesos sancionatorios en curso, o de que haya de iniciar nuevos procesos sancionatorios, o de que exija al Concesionario el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con fundamento exclusivamente en tener por finalizada la Fase de Preconstrucción de la Etapa Preoperativa en noviembre de 2015, suspenda dichas actuaciones antes de proferir una decisión definitiva al respecto.”*

Teniendo en cuenta que con este Laudo la medida cautelar pierde su objeto, el Tribunal la levanta y así lo ordenará en su parte resolutive.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias entre **CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO S.A.S. - COVIPACÍFICO S.A.S.** de una parte, y **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar impróspera la pretensión 1.1 de la reforma de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEGUNDO: Declarar que el término de la Fase de Preconstrucción de la Etapa Preoperativa del Contrato de Concesión es tácito y determinable, y no expreso o determinado. En tal sentido se acoge la pretensión 1.1.1 de la reforma de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO: El Tribunal no se pronuncia sobre las pretensiones 1.1.1.1, 1.1.1.1.1 y 1.1.1.1.2, por ser subsidiarias a la pretensión 1.1.1, que fue acogida.

CUARTO: Declarar impróspera la pretensión 1.2 de la reforma de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

QUINTO: Declarar imprósperas las excepciones de fondo formuladas por la Convocada, denominadas “1. Respecto de que los plazos del Contrato son determinados”, “3. El Contrato es Ley para las partes” y “4. Los riesgos asumidos por COVIPACÍFICO S.A.S. con la suscripción del contrato 007 de 2014” (en lo pertinente), por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEXTO: Declarar impróspera la pretensión 1.3 de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SÉPTIMO: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no ha cumplido su obligación de entregar al CONCESIONARIO el tramo afecto a las intervenciones adelantadas por el INVIAS a través del contrato de obra No. 541 de 2012, establecida en el literal (a) de la Sección 4.3 de la Parte General del Contrato de Concesión. En tal sentido prospera la pretensión 1.4 de la demanda reformada por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

OCTAVO: Declarar impróspera la pretensión 1.5 de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

NOVENO: Declarar que, para la suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, se requiere previamente la entrega por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al CONCESIONARIO, de los tramos afectos a las intervenciones adelantadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS a través de los contratos de obra No. 203 de 2008 y 541 de 2012, de acuerdo con el Plan de Obras No Objetado mediante comunicación de la Interventoría No. 05-01-20160126001699 del 26 de enero de 2016. En tal sentido se acoge la pretensión 1.5.1 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO: El Tribunal no se pronuncia sobre la pretensión 1.5.1.1, por ser subsidiaria de la 1.5.1, que fue acogida.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que el desfase entre el término estimado para la Fase de Preconstrucción y el que realmente ha tomado el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el numeral 4.4 de la Parte General del Contrato de

Concesión, tiene como causa eficiente hechos ajenos y no imputables al CONCESIONARIO, ni por los cuales está llamado a responder. En tal sentido se acoge la pretensión 1.6 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar impróspera la pretensión 1.7 de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO TERCERO: Declarar imprósperas las excepciones de fondo formuladas por la Convocada, denominadas “2. *El no acaecimiento de las “condiciones precedentes” para el inicio de la fase de construcción es imputable al concesionario*” y “4. *Los riesgos asumidos por COVIPACÍFICO S.A.S. con la suscripción del contrato 007 de 2014*” (en lo pertinente), por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO CUARTO: Declarar impróspera la pretensión 1.8 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO QUINTO: Declarar que en la remuneración prevista para los amigables componedores en el literal (i) de la Sección 15.1 de la Parte General del Contrato de Concesión, no está incluido el Impuesto al Valor Agregado (IVA). En tal sentido se acoge la pretensión 1.9 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO SEXTO: Declarar impróspera la excepción de fondo formulada por la Convocada, denominadas “5. *Respecto de la inclusión del Iva en los honorarios de los amigables componedores*” por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar impróspera la pretensión 2.1 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar impróspera la pretensión 2.2 de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO NOVENO: No condenar en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

VIGÉSIMO: Dar aplicación al inciso 3° del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, según las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Levantar la medida cautelar impuesta el 1 de julio de de 2016 por el Tribunal Arbitral.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Disponer la entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes.

VIGÉSIMO TERCERO: Disponer la entrega de copia simple de esta providencia al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

VIGÉSIMO CUARTO: Entregar para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, en la oportunidad procesal correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS DE BRIGARD CARO

Presidente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Árbitro

WILSON RUIZ OREJUELA

Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES

Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	1
1. El Contrato origen de las controversias	1
2. El Pacto Arbitral	1
3. Partes Procesales.....	4
4. Ministerio Público.....	4
5. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.	5
6. Etapa Inicial	5
7. Las pretensiones de la demanda reformada, su contestación y excepciones	6
7.1. Las pretensiones formuladas por la Convocante en la demanda reformada:	6
7.2. Las excepciones presentadas por la Convocada al contestar la reforma de la demanda:	9
8. Hechos.....	10
9. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegatos de conclusión	10
10. Término de duración del proceso	14
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	14
1. Presupuestos procesales.....	14
2. Sobre las pretensiones de la Demanda reformada.....	15
2.1. Primer grupo de Pretensiones.....	15
a. Posiciones de las partes y del Ministerio Público	15
b. Cláusulas pertinentes de la Parte General y la Parte Especial del Contrato de Concesión.....	18
c. Consideraciones del Tribunal	26
d. Pronunciamiento sobre las pretensiones y las excepciones.....	46
2.2. Segundo grupo de Pretensiones de la Demanda reformada	48
a. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público:	48
b. Consideraciones del Tribunal:	52
c. Pronunciamiento sobre las pretensiones y las excepciones:.....	69
2.3. Pretensión 1.8. de la Demanda Reformada	91
a. Las posiciones de las partes en relación con esta pretensión:.....	91
b. Consideraciones del Tribunal:	91
2.4. Pretensión 1.9. de la Demanda Reformada	93
a. Las posiciones de las partes en relación con este grupo de pretensiones:	93

b. Consideraciones del Tribunal:	93
2.5. Pretensión 2.1. de la Demanda reformada.....	95
2.6. Pretensión 2.2 de la Demanda reformada.....	95
2.7. Costas.....	96
3. Medidas cautelares.....	97
III. PARTE RESOLUTIVA.....	98