

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE.-

ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE.

1. LAS PARTES.....	4
2. EL PACTO ARBITRAL.....	5
3. TRÁMITE PRELIMINAR	6
4. EL PROCESO ARBITRAL.....	9
4.1 La Primera Audiencia de Trámite	9
4.2 Las pruebas decretadas y practicadas.....	9
4.3 La Audiencia de Alegaciones.....	14
4.4 Audiencias del Tribunal	14
4.5 Término de duración del proceso.....	15
5. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	15
5.1 PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA	15
5.2 LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA	22
5.3 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO	22
5.4 LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	23

SEGUNDA PARTE

CONSIDERACIONES

1. ASUNTOS PREVIOS.....	23
1.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	23
1.2 LA EXCEPCIÓN DE “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER ALGUNAS DE LAS CONTROVERSIDAS PLANTEADAS POR LA CONVOCANTE” (3.1.1.)	25
1.2.1. La oposición de la Convocante.....	29
1.2.2 El concepto del señor Agente del Ministerio Público.....	30
1.2.3 Consideraciones y decisión del Tribunal	30
1.2.3.1 Los temas a que se refieren las pretensiones	31
1.2.3.2 La competencia del Tribunal al amparo de la cláusula arbitral.....	31
1.2.3.3 El fundamento contractual de la excepción	35
1.3 SOBRE EL DICTAMEN APORTADO POR LA ANI.....	40
2. SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS AL ALCANCE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, PARA LOS SUBSECTORES 1.2 y 1.3 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 1	41
2.1 La posición de la Convocante	44
2.2 La posición de la Convocada	45
2.3 El concepto del Ministerio Público	48
2.4 Análisis de las Pretensiones 1.2 y 1.3	50
2.4.1 Las obligaciones asumidas por las partes respecto de los subsectores 1. 2 y 1.3	59
2.4.2 La obligación vinculada a las actividades de Mantenimiento y Operación	73
2.5 Análisis sobre las Pretensiones 1.4, 1.5, 1.6, 1.7 y 1.8	76
2.5.1 La posición de la Convocante	76

2.5.2 La posición de la Convocada	77
2.5.3 El concepto del Ministerio Público.....	79
2.5.4 Consideraciones del Tribunal	80
2.6 Análisis de las Pretensiones 1.9, 1.10 y 1.11	85
2.6.1 La posición de la Convocante	85
2.6.2 La posición de la Convocada	86
2.6.3 El concepto del Ministerio Público	86
2.6.4 Consideraciones del Tribunal.....	87
2.7 Pronunciamiento sobre las Excepciones 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.1.5 y 3.1.6	102
3. SOBRE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS CAMBIOS Y/O AJUSTES DE DISEÑO DE LA UNIDAD FUNCIONAL 9.....	104
3.1 La posición de la Convocante	104
3.2 La posición de la Convocada	110
3.3 La oposición de la Convocante a las excepciones	114
3.4 El concepto del Ministerio Público	114
3.5 Consideraciones del Tribunal	117
3.5.1 El alcance de la Unidad Funcional 9 a la luz del Contrato APP 013 de 2015.....	117
3.5.2 Lo sucedido con ocasión de la recopilación de información para el inventario de redes en la Unidad Funcional 9 y sus efectos frente a la construcción de la segunda calzada ...	125
3.5.3 La presentación del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico para la Unidad Funcional 9.....	134
3.5.4 A quién corresponde asumir los costos del cambio en el trazado en la Unidad Funcional 9.....	141
3.5.5 Las excepciones 3.1.2 y 3.1.3	144
3.5.6 La presentación de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico con base en el trazado estructurado, no constituyó error del Concesionario	151
3.5.7 Las pretensiones 1.28, 1.29, 1.30 y 1.31 y el trámite de la licencia ambiental y su modificación.....	151
3.5.7.1 Modificación de la licencia ambiental	156
3.5.7.2 Nueva solicitud de modificación de Licencia Ambiental	161
3.5.7.3 Los efectos del procedimiento adelantado para la modificación de la licencia ambiental	162
3.5.8 La pretensión 1.23	170
4. SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LAS COMPENSACIONES REALIZADAS A COMERCIANTES PARTICULARES EN LA UNIDAD FUNCIONAL 3.3 Y LAS COMPENSACIONES REALIZADAS A COMERCIANTES PARTICULARES EN LA UNIDAD FUNCIONAL 8	171
4.1 Posición de la Convocante.....	171
4.2 Posición de la Convocada.....	173
4.3 El concepto del Ministerio Público	174
4.4 Consideraciones del Tribunal.....	174
4.4.1 Los hechos por los que reclama CRC	175
4.4.2 Marco conceptual de la controversia.....	176
4.4.3 La Resolución n.º 2594 de 31 de diciembre de 2019.....	179
4.4.4 Pruebas documentales	181

4.4.5 Decisión del Tribunal	183
5. SOBRE LAS PRETENSIONES DE CONDENA	184
5.1. La alegada “Falta de aptitud de los dictámenes periciales de la convocante”	184
5.1.1 La posición de la Convocada y del Ministerio Público	184
5.1.2 La posición de la Convocante	185
5.1.3 Consideraciones del Tribunal.....	186
5.2 Las pretensiones de Condena: 2.1, 2.2 y 2.3	193
5.2.1 La posición de la Convocante	193
5.2.2 La posición de la Convocada	194
5.2.3 El concepto del Ministerio Público.....	194
5.2.4 Consideraciones del Tribunal	195
5.3 La pretensión de condena 2.4	202
6. JURAMENTO ESTIMATORIO.....	217
7. CONDUCTA DE LAS PARTES.....	218
8. COSTAS.....	218

TERCERA PARTE.
RESOLUTIVA

I. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS SUBSECTORES 1.2 Y 1.3 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 1	219
II. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA UNIDAD FUNCIONAL 9	222
III. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON COMPENSACIONES A COMERCIANTES PARTICULARES EN LAS UNIDADES FUNCIONALES 3.3. y 8.	226
IV. DISPOSICIONES COMUNES.....	226

TRIBUNAL ARBITRAL
CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S.A.S
contra
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

LAUDO

Bogotá, Distrito Capital, a los cinco (5) días del mes de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Cumplido el trámite del proceso de la referencia en debida forma, sin que se advierta causal alguna de nulidad, y dentro del término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por **RUTH STELLA CORREA PALACIO**, quien preside, **AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA** y **FERNANDO PABÓN SANTANDER** con la Secretaría de **EDITH C. CEDIEL CHARRIS**, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S.A.S**, parte Convocante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-** parte Convocada.

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

PRIMERA PARTE.-

ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE.

1. LAS PARTES

1.1 Parte Convocante

Es el **CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S.A.S**, en su condición de contratista en el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No 013 de 2015 de 1994, sociedad constituida por documento privado el 21 de julio de 2015, inscrita en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 25 de octubre de 2016 bajo el número 14213 del Libro IX, con Nit 900871368-6, conforme consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga que obra en el plenario¹.

En lo sucesivo, el laudo se referirá a esta parte como la Convocante, CRC o el Concesionario.

1.2 Parte Convocada

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, (antes Instituto Nacional de Concesiones INCO), entidad pública del orden nacional, cuyo cambio de naturaleza jurídica y denominación fue dispuesta mediante el Decreto Ley No. 4165 del 3 de noviembre de 2011, bajo la modalidad de Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

¹ Documento No. 005 del Cuaderno Principal 1 del expediente virtual.

En lo sucesivo, el laudo se referirá a esta parte como la Convocada, la ANI o la Entidad.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral acordado entre las partes se contiene en la cláusula 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No 013 de 2015 (en lo sucesivo, el Contrato), en los siguientes términos:

“15.2 ARBITRAJE NACIONAL.

(a) Las controversias que surjan entre las Partes con ocasión del presente Contrato, que no sean del conocimiento del panel de Amigables Compondores, serán resueltas 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 podrán ser del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el panel de Amigables Compondores, de conformidad con lo establecido en la Sección 15.1 de la Parte General.

(c) Dentro de los 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 con 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, según lo dispuesto en el decreto 1829 del 2013 y en todo caso no superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES (500 SMLMV) por cada árbitro

Cuantía del proceso (SMLMV)	Honorarios máximos por árbitro
Menos de 10	10 Salarios Mínimos Legales Diarios Vigentes (smldv)
Entre 10 e igual a 176	3.25% de la cuantía
Más de 176 e igual a 529	2.25% de la cuantía
Más de 529 e igual 882	2 % de la cuantía
Más de 882 e igual a 1764	1,75% de la cuantía
Mayor a 1764	1.5% de la Cuantía

(g) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser de 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 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 éstas, ni podrán tener parentesco hasta del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados del nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, de los accionistas del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quien al momento de la designación sea coárbitro en algún proceso en que algunos de los apoderados de las Partes sea a su vez coárbitro.

(i) El término del proceso arbitral, así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de 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 del Tribunal de Arbitramento, podrán concederle un término mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto de las Partes o sus apoderados que así lo informe a los árbitros designados, el cual hará parte integrante del presente pacto arbitral solo para efectos del proceso arbitral en que se realice dicha manifestación.

(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 en que dichos sujetos expresaron su consentimiento 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. TRÁMITE PRELIMINAR

3.1 El Concesionario formuló, el 24 de marzo de 2023, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá², demanda arbitral que dio inicio a este proceso.

3.2 Con ocasión de lo anterior, las partes con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita designaron de común acuerdo a los árbitros³, quienes aceptaron esta designación y dieron cumplimiento al deber de información en forma oportuna y en los términos previstos en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012⁴. En firme las designaciones, el Tribunal se instaló en legal forma, fijó como sede y la de su secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, designó al árbitro presidente y nombró

² Documentos Nos. 001 y 015 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

³ Documentos Nos. 031 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁴ Documentos Nos. 035 a 039 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

a la secretaria, tal y como consta en el Auto No. 1 del 10 de julio de 2023 (Acta núm. 1)⁵, quien aceptó oportunamente el cargo y cumplió con el deber de información⁶. Transcurrido el plazo sin manifestación alguna de las partes, la Secretaria tomó posesión del cargo el 21 de julio de 2023 (acta núm. 2)⁷.

3.3 El mismo 10 de julio de 2023, el Tribunal mediante auto núm. 2, admitió la demanda y ordenó notificarla y correr traslado de la misma a la ANI. Asimismo, dispuso notificar la providencia y remitir copia de la demanda y sus anexos al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, actuaciones que se surtieron, todas ellas, el 1º de agosto de 2023⁸. La parte Convocada, recurrió el referido Auto admisorio⁹, recurso al que se opusieron la parte convocante y el Ministerio Público¹⁰ y que fue negado por el Tribunal en Auto núm. 3 del 22 de agosto de 2023 (acta 3)¹¹.

3.4 La ANI dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda, escrito en el que se opuso a las pretensiones, contestó los hechos, aportó y solicitó pruebas, propuso excepciones y objetó el juramento estimatorio¹². Dentro del término de traslado de las excepciones la parte convocante guardó silencio. Mediante Auto No. 4 de fecha 4 de octubre de 2023 (acta 4)¹³, el Tribunal resolvió tener por contestada la demanda y, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 206 del C.G.P., ordenó dar traslado a la convocante de la objeción al juramento estimatorio, quien guardó silencio. En el mismo Auto requirió a la ANI para que aportara unos documentos que por razones técnicas no pudieron ser descargados al expediente, orden que fue atendida por la ANI el 12 de octubre siguiente¹⁴.

3.5 El 19 de octubre de 2023, la árbitro Presidente remitió comunicación en la que amplió su deber de información, y que fue puesta a disposición de las partes, sin pronunciamiento alguno de las partes¹⁵.

3.6 El 31 de octubre de 2023, el Tribunal en Auto núm. 5 (acta 5) fijó para el 14 de noviembre de 2023, la audiencia de conciliación¹⁶, la que fue aplazada en Auto No. 6 (acta 6)¹⁷, a raíz de la presentación por parte de la convocante de reforma integrada de la demanda¹⁸.

3.7 Mediante Auto núm. 7 del 23 de noviembre de 2023 (acta 7)¹⁹, el Tribunal admitió la reforma de la demanda, ordenó correr su traslado y concedió plazo para aportar los dictámenes periciales de parte. Asimismo, requirió a la convocante para que allegara unas pruebas documentales aportadas con este escrito que por errores técnicos no pudieron

⁵ Documento No. 042 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁶ Documentos Nos. 051 a 053 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁷ Documento No. 046 y 047 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁸ Documentos Nos. 050 a 056 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁹ Documentos Nos. 057, 058, 058.1 y 058.2 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁰ Documentos Nos. 059 a 060.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹¹ Documento No. 061 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹² Documento Nos. 063 y 064 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹³ Documentos Nos. 065 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁴ Documentos Nos. 067 y 068 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁵ Documentos Nos. 069 y 070 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁶ Documentos Nos. 071 a 073 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁷ Documentos Nos 074 y 075 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁸ Documentos Nos. 076 y 077 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

¹⁹ Documentos Nos. 078 y 079 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

ser visualizadas, las que fueron allegadas el 29 de noviembre de 2023²⁰. Dicho auto fue recurrido por la ANI²¹, y el recurso fue negado por el Tribunal en Auto núm. 8 del 15 de enero de 2023, providencia en la que, además, se determinó como fecha de entrega de los dictámenes periciales anunciados por la Convocante, el 21 de febrero de 2024²².

3.8 El 29 de enero de 2024, la ANI contestó la demanda reformada, escrito en el que se opuso a las pretensiones, propuso excepciones, objetó el juramento estimatorio, formuló petición de pruebas y solicitó plazo adicional para la presentación de un dictamen pericial técnico²³. El Concesionario describió oportunamente el traslado de las excepciones, adicionando su solicitud probatoria²⁴. Posteriormente, el 9 de febrero de 2023, solicitó la ampliación del plazo para la entrega de los dictámenes periciales anunciados²⁵.

3.9 Mediante Auto núm. 9 del 13 de febrero de 2024 (acta 9)²⁶, el Tribunal resolvió tener por contestada la demanda reformada, dar traslado de la objeción al juramento estimatorio formulado por la ANI, ampliar el plazo hasta el 20 de marzo de 2024 para la entrega de los dictámenes periciales anunciados por la Convocante, conceder a la ANI plazo hasta el 12 de junio de 2024 para aportar el dictamen pericial anunciado en la contestación de la demanda reformada, así como, señalar como fecha para llevar a cabo la audiencia conciliación, el 27 de febrero de 2024.

3.10 El 16 de febrero de 2024, el Concesionario describió el traslado de la objeción del juramento estimatorio formulado por ANI, escrito en el que efectuó unas consideraciones, pero no solicitó ni aportó pruebas²⁷.

3.11 El 23 de febrero de 2024, la ANI solicitó aplazar la audiencia de conciliación, solicitud que fue coadyuvada por la convocante²⁸. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal fijó en auto núm. 10 del 26 de febrero de 2024 (acta 10)²⁹, el 6 de marzo de 2024 como fecha para llevar a cabo la referida conciliación, y requirió a la Convocada la entrega de los documentos que fueron aportados en formatos especiales, orden que fue atendida el 6 de marzo siguiente³⁰.

3.12 El 6 de marzo de 2024, se surtió la audiencia de conciliación, la que se declaró fracasada mediante el Auto núm. 11 (Acta 11)³¹. Como consecuencia de lo anterior, se profirió el Auto núm. 12 en el que fijó los honorarios y la partida para gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y gastos del proceso³². El pago fue realizado por ambas partes en forma total y oportuna.

²⁰ Documentos Nos. 085 y 086 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²¹ Documentos Nos. 088 y 089 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²² Documentos Nos. 092 y 093 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²³ Documentos Nos 094 y 094.1 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁴ Documentos Nos 095 y 095.1 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁵ Documentos Nos. 096 y 096.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁶ Documentos Nos. 097 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁷ Documento Nos 099 y 099.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁸ Documentos Nos. 101 a 102 del cuaderno principal 1 del expediente virtual.

²⁹ Documentos Nos. 103, 103.1, 103.2, 103.3 y 103.4 del cuaderno principal 1, del expediente virtual

³⁰ Documentos Nos. 104, 104.1, 107 y 107.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

³¹ Documentos Nos. 105, 105.1, 106 y 106.1 del Cuaderno Principal 1, del expediente virtual

³² Documentos Nos. 103, 103.1, 103.2, 103.3 y 103.4 del cuaderno principal 1, del expediente virtual

3.13 El 3 de abril de 2024, el Tribunal mediante auto núm. 13, puso en conocimiento de la Convocada, los dos dictámenes periciales presentados por la convocante. La Convocada, por su parte, con fundamento en el artículo 228 del CGP, solicitó el interrogatorio a los peritos y un plazo adicional para la entrega de una experticia técnica, financiera contable de contradicción, cuyo plazo de entrega fue fijado en Auto núm. 14 del 15 de abril de 2024, para el 24 de junio siguiente, providencia en la que, de igual manera, se fijó para el 23 de abril de 2024, la Primera Audiencia de trámite. (acta 13)³³

4. EL PROCESO ARBITRAL

4.1 La Primera Audiencia de Trámite

El 23 de abril de 2024, se adelantó la primera audiencia de trámite, previo control de legalidad. En dicha oportunidad el Tribunal después de analizar el pacto arbitral y el alcance de las materias sometidas a su conocimiento, en auto núm. 15 (acta 14), se declaró competente para conocer las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada, así como de las excepciones de mérito formuladas y sometidas a su conocimiento.

La ANI interpuso recurso de reposición contra la decisión de asunción de competencia respecto de las pretensiones 1.1. a 1.11 de la demanda reformada, relativas a la medición de indicadores del Apéndice 4 en los subsectores 1,2 y 1.3 de la Unidad funcional No 1. Dicho recurso fue negado por el Tribunal mediante auto núm. 17 de esa fecha, providencia en la que confirmó su decisión de declararse competente para dirimir todas las controversias sometidas a su conocimiento³⁴.

4.2 Las pruebas decretadas y practicadas

En la Primera Audiencia de Trámite, una vez ejecutoriado el auto que decidió el recurso interpuesto contra la competencia, el Tribunal, decretó las pruebas solicitadas por las partes, las que se practicaron en su totalidad y fueron incorporadas al expediente, como se relaciona a continuación.

i) Prueba documental

Se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes Convocante y Convocada en las diferentes oportunidades procesales que otorga la ley, como dan cuenta los numerales 1.1.y 2.1. del Auto núm. 18 del 23 de abril de 2024³⁵. Dichas pruebas obran en el Cuaderno de Pruebas del expediente virtual, en las carpetas rotuladas “01. Demanda inicial + Reforma”; “02. Contestación ANI”; “03. Contestación ANI reforma”; “04. Pruebas Rad 7.03024” y “05. Pruebas CRC Traslado excepciones”.

Asimismo, el Tribunal incorporó como pruebas, las documentales aportadas por el testigo Andrés Cuevas en la declaración rendida el 17 de junio de 2024 (Acta 21)³⁶, documentos que

³³ Documento No. 115 del cuaderno principal 1, del expediente virtual

³⁴ Documento No. 117 del cuaderno principal 1, del expediente virtual

³⁵ Documento No. 117 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

³⁶ Documento 133 del Cuaderno principal del expediente virtual.

obran en el cuaderno de pruebas en la carpeta rotulada “9 Testimonios”, subcarpeta “Doc. aportados por A Cuevas”.

ii) Exhibición de documentos a cargo de la ANI

El Tribunal ordenó a la ANI exhibir los documentos listados en el numeral tercero del auto núm. 21, que fueron precisados por la convocante en memorial del 8 de mayo de 2024³⁷. La práctica de la anterior diligencia se llevó a cabo el 17 de junio de 2024 (acta 21)³⁸. oportunidad en la que el Tribunal, en auto núm. 26, los puso a disposición del Ministerio Público y de la parte convocante; esta última solicitó su complementación³⁹.

De los documentos exhibidos, el Tribunal ordenó, en auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, la incorporación de aquellos solicitados por la convocante en memorial de fecha 23 de julio de 2024 y requirió a la ANI exhibir los documentos faltantes (acta 23)⁴⁰. La Convocada dio respuesta el 30 de septiembre de 2024, manifestando que no existen documentos adicionales (acta 25)⁴¹, por lo que el Tribunal dispuso en auto núm. 33 del 21 de octubre de 2024, dar por concluida la diligencia de exhibición y ordenó su cierre (acta 28)⁴².

Los referidos documentos fueron incorporados en el Cuaderno de Pruebas en la carpeta rotulada “11 Exhibición Doc ANI”.

iii) Exhibición de documentos por parte del Consorcio BBY

El Tribunal ordenó al Consorcio BBY la exhibición de los documentos listados en el numeral segundo del auto núm. 21 del 20 de mayo de 2024 (acta 17). La práctica de la anterior diligencia se llevó a cabo el 17 de junio de 2024 oportunidad en la que el Tribunal, en auto núm. 26, los puso a disposición del Ministerio Público y de las partes (acta 21)⁴³. La convocante solicitó su complementación.⁴⁴

De los documentos exhibidos, el Tribunal ordenó, en auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, la incorporación de aquellos solicitados por la convocante en memorial de fecha 23 de julio de 2024 y requirió al Consorcio Interventor completar la exhibición aportando los documentos faltantes⁴⁵, lo que dio lugar a que fueran entregados otros documentos el 5 de septiembre de 2024⁴⁶. El Tribunal ordenó la incorporación al expediente de aquellos que fueron solicitados por la convocante, mediante autos núm. 31 del 25 de septiembre de 2024 y 33 del 21 de octubre de 2024, fecha esta última en la que dio por concluida la diligencia de exhibición y ordenó su cierre (Actas 24 y 28)⁴⁷.

³⁷ Documentos Nos. 123,124 y 124.1 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

³⁸ Documento No. 133 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

³⁹ Documentos Nos. 141 y 141.1 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁴⁰ Documento No. 139 del Cuaderno principal 1 de expediente virtual.

⁴¹ Documentos Nos. 157 y 158 del cuaderno principal del expediente virtual

⁴² Documento No.164 del cuaderno principal del expediente virtual

⁴³ Documento No. 133 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁴⁴ Documentos No. 141 del cuaderno principal11 del expediente virtual

⁴⁵ Documento Nos. 139 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁴⁶ Documentos Nos. 153 y 153.1del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁴⁷ Documento No. 155 y 164 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

Los referidos documentos fueron incorporados en el cuaderno de pruebas en la carpeta rotulada “12 Exhibición documentos BBY”.

iv) Prueba por informe a cargo del Consorcio BBY

Con fundamento en el artículo 275 del C.G.P, el Tribunal ordenó en el numeral 1.4 del auto núm. 18 del 23 de abril de 2024, la rendición bajo juramento de un informe por el representante de la Interventoría, Consorcio BBY (Acta 14)⁴⁸, que fue entregado, junto con anexos, el 21 de mayo de 2024.

El Tribunal ordenó la incorporación del informe al plenario y corrió traslado a las partes mediante auto núm. 22 del 24 de mayo de 2024 (acta 18)⁴⁹, oportunidad en la que la convocante solicitó, de una parte, la aclaración y complementación del informe y de otra, se opuso a la incorporación de algunos de sus anexos⁵⁰.

En auto núm. 27 del 17 de junio de 2024, se accedió a la solicitud de aclaración y complementación de informe, la que fue entregada por el Consorcio junto con anexos el 19 de julio de 2024⁵¹ y puesta en conocimiento de las partes en auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, providencia que igualmente denegó la solicitud de no incorporar los anexos al expediente (acta 23)⁵²

En auto núm. 31 del 25 de septiembre de 2024, el Tribunal ordenó la incorporación de la aclaración y complementación al informe rendido por Consorcio BBY y accedió a una nueva solicitud de complementación al informe presentada por la Convocante en memorial del 16 de agosto del mismo año (acta 24)⁵³, la que fue entregada el 4 de octubre siguiente y cuya incorporación al expediente se ordenó en auto núm. 32 del 16 de octubre, fecha en la que se puso en conocimiento de las partes (acta 26)⁵⁴, quienes no efectuaron ninguna manifestación, razón por la que el Tribunal en auto núm. 34 del 21 de octubre de 2024, resolvió tener por entregado y rendido el informe solicitado a la interventoría (acta 28)⁵⁵

El informe y sus anexos obran en el cuaderno de Pruebas bajo la carpeta rotulada: “07 Prueba por Informe BBY”.

v) Prueba por informe del representante legal de la ANI

El Tribunal, con fundamento en el artículo 195 del C.G.P., ordenó en el numeral 1.5 del auto núm. 18 del 23 de abril de 2024, la rendición de un informe escrito bajo juramento por el representante de la ANI (Acta 14)⁵⁶. El informe fue suscrito por la Vicepresidenta Ejecutiva de la ANI, y entregado con anexos, el 24 de mayo de 2024⁵⁷.

⁴⁸ Documento No. 117 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁴⁹ Documento No. 126 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁵⁰ Documentos Nos. 135 y 135.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁵¹ Documentos Nos. 140 y 140.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁵² Documento No. 139 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁵³ Documentos Nos. 150, 152 y 152.1 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁵⁴ Documento No. 160 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁵⁵ Documento No. 164 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁵⁶ Documento No. 117 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁵⁷ Documentos Nos. 130 y 130.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

El Tribunal ordenó la incorporación del informe al expediente y dio traslado, mediante auto núm. 23 del 27 de mayo de 2024(actas 19)⁵⁸. La convocante solicitó de una parte, aclaración y complementación del informe y de otra, se opuso a la incorporación de algunos de sus anexos.⁵⁹

En auto núm. 27 del 17 de junio de 2024 (acta 21)⁶⁰, se accedió a la solicitud de aclaración y complementación del informe, que fue entregada por la ANI el 24 de julio de 2024⁶¹ y puesta en conocimiento de las partes en auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, providencia en la que, además, se accedió a la nueva solicitud de aclaración y complementación formulada por la convocante y se dispuso la no incorporación al expediente los anexos aportados por la ANI con el informe (acta 23)⁶², decisión que no fue objeto de recurso.

El informe obra en el cuaderno de pruebas “08. Prueba Informe Escrito Representante ANI”.

vi) Declaraciones de terceros

En este proceso rindieron testimonio, por solicitud de las partes, las siguientes personas, a saber:

- En audiencia del 20 de mayo de 2024, el señor Alberto Toledano Sánchez, (acta 17)⁶³.
- En audiencia de 24 de mayo de 2024, los señores Gustavo Alberto Montes y John E Mendoza (acta 18)⁶⁴.
- En audiencia de 27 de mayo de 2024, los señores Dolly Leidy Varón, Julián Chacón y Donaldo Castilla (acta 19)⁶⁵.
- En audiencia de 28 de mayo de 2024, los señores Fernando Encinales y Gabriel González Anton (acta 20)⁶⁶
- En audiencia del 17 de junio de 2024, el señor Andrés Cuevas. (acta 21)⁶⁷

Las transcripciones de las declaraciones obran en la carpeta rotulada “03. Audios y Videos”, en la subcarpeta “transcripciones”.

La Convocante desistió de los testimonios de los señores: Gerardo Ruiz, Luis Fernando Encinales, Diana Gutiérrez Rey, Arlison Mando, Juan David Navarro, José Luis Hurtado y José Bezunarte, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal en Autos núm. 24 del 27 de mayo y 26 del 17 de junio, ambos de 2024 (actas 19 y 21).

⁵⁸ Documento No. 129 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁵⁹ Documentos Nos. 136 y 136.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁶⁰ Documento Nos. 133 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁶¹ Documentos Nos. 143, 143.1 y 143.2 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁶² Documentos Nos. 139 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁶³ Documento No. 123 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁶⁴ Documento No. 126 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁶⁵ Documento No. 129 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁶⁶ Documento No. 131 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

⁶⁷ Documento No. 133 del Cuaderno principal 1 del expediente virtual.

vii) Interrogatorio y declaración de parte del representante legal del Concesionario

El Tribunal ordenó en el numeral 1.7 y 2.3 del auto núm. 18, la práctica de la declaración de parte y de un interrogatorio de parte al representante legal de CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO.

Ambas partes desistieron de la práctica de estas pruebas. La convocante en audiencia del 17 de junio de 2024 y la ANI en escrito del 1º de octubre de 2024⁶⁸; desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal en autos núm. 26 y núm. 32, respectivamente (actas 21 y 25)⁶⁹.

viii) Dictámenes periciales de parte y de contradicción

El Tribunal decretó como pruebas los dictámenes periciales anunciados por las partes en la demanda reformada y su contestación, así:

Dispuso tener como prueba de la parte convocante: los dos dictámenes periciales aportados el 20 de marzo de 2024⁷⁰. El primero de carácter técnico- financiero relacionado con las controversias relativas al estado de entrega de la Unidad Funcional 1 (subsectores 2 y 3) y de la Unidad Funcional 9, elaborado por la Ingeniera Luz Mélida Gamboa, en conjunto con la economista Marcela Gómez Clark y los ingenieros César Augusto Guerrero y José Luis Rancruel.

El segundo peritaje, técnico financiero contable, relacionado con las compensaciones realizadas a los comerciantes en la Unidad Funcional 3.3 y 8, elaborado por Trígono SAS Banca de Inversión, suscrito por su representante Daniel Díaz Giraldo.

En auto núm. 13 del 14 de abril de 2024, se ordenó la incorporación de ambos dictámenes, los cuales obran en el cuaderno de pruebas en la carpeta rotulada “06. Dictámenes CRC”.

La ANI, por su parte, ejerció la contradicción de esos dictámenes, con la aportación el 23 de julio de 2024⁷¹, de un dictamen pericial técnico elaborado por Oscar Rosas Páez - OPZION COMPANY. La convocante solicitó no admitir tal prueba, petición que fue negada mediante auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, en la que el Tribunal la decretó y ordenó su incorporación al expediente (acta 23)⁷².

El dictamen obra en el cuaderno de pruebas en la carpeta rotulada “10. Dictamen Contradicción ANI”.

En lo que se refiere a la prueba pericial de parte anunciada por la ANI en su contestación de la demanda reformada, esta fue desistida por la ANI el 11 de junio de 2024⁷³, desistimiento que fue aceptado en auto núm. 26 del 17 de junio de 2024 (acta 21)⁷⁴.

⁶⁸ Documentos Nos. 159 y 159.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁶⁹ Documentos Nos. 133 y 157 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁰ Documentos Nos. 109 y 109.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷¹ Documentos Nos. 116 y 116.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷² Documento No. 139 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷³ Documentos Nos. 137 y 137.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁴ Documento No. 133 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

ix) Interrogatorios de peritos

Ambas partes, con arreglo y para los fines previstos en el artículo 228 del C.G.P solicitaron interrogar a los peritos que elaboraron las experticias, interrogatorios que fueron decretados en autos núms. 18 del 23 de abril de 2024 y 30 del 13 de agosto de 2024 y practicados, así:

En audiencia realizada el 25 de septiembre de 2024, el interrogatorio del representante legal de Trígono SAS Banca de Inversión, Daniel Diaz Giraldo (acta 24)⁷⁵.

En audiencias realizadas los días 16 y 17 de octubre de 2024, el interrogatorio de los peritos Ingeniera Luz Mélida Gamboa, en conjunto con la economista Marcela Gómez Clark y los ingenieros César Augusto Guerrero y José Luis Rancruel (actas 26 y 27)⁷⁶.

En audiencia del 21 de octubre de 2024, el interrogatorio al representante de OPZION COMPANY, Oscar Andrés Rosas Páez, perito que elaboró para la ANI el dictamen de contradicción (acta núm. 28)⁷⁷.

Las grabaciones y transcripciones de los interrogatorios obran en el Cuaderno “03. de audios y videos” en la carpeta rotulada “Transcripciones”.

4.3 Cierre de Instrucción y audiencia de alegaciones

El 8 de noviembre de 2024, el Tribunal en auto núm. 37 (acta 30)⁷⁸, declaró cerrada la etapa de instrucción y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 10 de diciembre de 2024 (acta 31)⁷⁹. Acto seguido se efectuó el respectivo control de legalidad.

4.3 La Audiencia de Alegaciones

La referida audiencia se celebró el 10 de diciembre de 2024, oportunidad en la que ambas partes presentaron en forma oral sus alegaciones finales de las cuales presentaron escritos, que fueron incorporados en el Cuaderno Principal. Asimismo, en la fecha rindió concepto el señor Agente del Ministerio Público⁸⁰.

4.4 Audiencias del Tribunal

El proceso se desarrolló en 32 audiencias incluidas la de instalación y la de fallo.

⁷⁵ Documento No. 155 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁶ Documentos Nos. 160 y 163 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁷ Documento No 164 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁸ Documento No. 166 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁷⁹ Documento No. 167 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

⁸⁰ Documentos Nos 168 a 171.1 del cuaderno principal 1 del expediente virtual

4.5 Término de duración del proceso

La primera audiencia de trámite finalizó el pasado 23 de abril de 2024, por lo que el término del proceso que no fue expresamente establecido por las partes y que, por tanto, de conformidad con la ley es de seis (6) meses, inició el 24 de abril y vencía inicialmente el 24 de octubre de 2024.

Las partes de común acuerdo suspendieron el trámite, en los siguientes periodos

Acta / auto	Periodo de suspensión	Días hábiles suspendidos
Acta 16- Auto 20 del 8/05/24	Entre el 9 /05/2024 y el 19/05/2024, ambas fechas inclusive	6 días hábiles
Acta 20 Auto 25 del 28/05/24	Entre el 31/05/2024 y el 16/06/2024 ambas fechas inclusive	9 días hábiles
Acta 21 Auto 27 del 17/06/24	Entre el 18/06/2024 y el 22/07/2024 ambas fechas inclusive	24 días hábiles
Acta 23 Auto 31 del 13/08/24	Entre el 17/08/24 y el 22/09/2024 ambas fechas inclusive	24 días hábiles
Acta 25 Auto 33 del 1/10/24	Entre el 5/10/24 y el 15/10/2024 ambas fechas inclusive	6 días hábiles
Acta 28 Auto 35 del 21/10/24	Entre el 22/10/24 y el 30/10/24 ambas fechas inclusive	7 días hábiles
Acta 29 Auto 36 del 31/10/24	Entre el 1/11/24 y el 7/11/24, ambas fechas inclusive	4 días hábiles
Acta 30 Auto 39 del 8/11/24	Entre el 9/11/24 al 9/12/24 ambas fechas inclusive	20 días hábiles
Acta 31 Auto 41 del 10/12/24 Aclarado en auto 42 del 5/03/25	Entre el 11/12/24 al 13/01/25 ambas fechas inclusive	21 días hábiles
Total días hábiles de suspensión		121 días hábiles

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, que ordena adicionar al término de duración, los días de suspensión solicitados por las partes de común acuerdo, hasta un máximo de 120, se verifica que sumados los 120 días hábiles en los que estuvo suspendido, el término del proceso vence el **22 de abril de 2025**, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

5. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

5.1 PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

En el escrito de Demanda reformada, la convocante formuló cuarenta (40) pretensiones declarativas agrupadas y clasificadas en cinco (5) grupos y temas, y nueve (9) pretensiones de condena, que se transcriben a continuación:

1. “DECLARATIVAS

En relación con el alcance del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1:

1.1. Que se declare que para el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. está obligada a desarrollar únicamente las actividades y obras previsibles de Operación y Mantenimiento aplicables para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, y no otras que le superen en intensidad, frecuencia o magnitud, y en general, de mayor envergadura tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción, u otras que resulten imprevisibles, según como quede probado en el proceso.

1.2. Que se declare que de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables, el alcance de las obligaciones de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, debe entenderse con extensión limitada, y en tal sentido, el hecho de que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. haya asumido como obligación de resultado el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 para dichos subsectores, no implica que materialmente esté compelida a adelantar cualesquier actividad u obra para el cumplimiento de dicho objetivo, sin importar el tipo de actividad u obra contratada, su costo y/o envergadura, o su imprevisibilidad.

1.3. Que se declare que en desarrollo del “principio de seguridad vial” contemplado en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir por su cuenta, actividades o Intervenciones imprevisibles para corregir el estado de la vía en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, ni de mayor envergadura a las de Operación y Mantenimiento, tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción, u otras que resulten imprevisibles, según como quede probado en el proceso.

1.4. Que se declare que los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 que se prueben en el proceso, se encuentran en condiciones técnicas deficientes por razones ajenas y no imputables a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., y por las cuales no debe responder, según como quede probado en el proceso.

1.5. Que se declare que las deficientes condiciones técnicas de la vía correspondientes a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, impiden el cumplimiento de determinados Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, con el desarrollo de las actividades y obras previsibles que efectivamente se le encargaron a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para dichos subsectores, todo, según como quede probado en el proceso.

1.6. Que se declare que por razón de las condiciones técnicas deficientes de los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 que se prueben en el proceso, para cumplir los Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 que se prueben en el proceso, se requiere adelantar actividades y obras que superan en intensidad, frecuencia o magnitud a las que eran previsibles, o que superan el alcance contractual de Operación y Mantenimiento, también, según como quede probado en el proceso.

1.7. Que se declare que no le son exigibles a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015 que se prueben en el proceso, en los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, que también se prueben en el proceso.

1.8. Que se declare que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a que le sean reconocidos por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, los costos relacionados con las Intervenciones que haya efectuado en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 para el cumplimiento de determinados Indicadores del Apéndice Técnico No 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, que hayan resultado imprevisibles, o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura a actividades de Operación y Mantenimiento, según como quede probado en el proceso.

En relación con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3

1.9. Que se declare que ante la falta de suscripción de un Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1 no se configura el supuesto contractual que da paso a la exigibilidad a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., del cumplimiento de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

1.10. Que se declare que, como consecuencia de la pretensión anterior, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no se encuentra facultada para realizar Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.

1.11. Que se declare que, mientras no se reciba la totalidad de la infraestructura correspondiente a la Unidad Funcional 1, y no se suscriba la correspondiente Acta de Terminación de esa Unidad Funcional, en lo que respecta a Indicadores, la ANI no debe realizar la medición de Indicadores bajo el Apéndice técnico 4 para los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

En relación con los cambios y/o ajustes de diseño de la Unidad Funcional 9

1.12. Que se declare que en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015 que dio lugar a la celebración del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, se contempló, para la Unidad Funcional 9, la construcción de una segunda calzada de manera adosada a la calzada existente.

1.13. Que se declare que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, se encontraba habilitada para conservar en los estudios de trazado y diseño geométrico que elaborara, el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9, de manera adosada a la calzada existente, tal como se previó en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015.

1.14. Que se declare que en el primer estudio de trazado y diseño geométrico presentado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. a la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9, se previó de manera adosada a la calzada

existente, tal como estaba previsto en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015.

1.15. Que se declare que el primer estudio de trazado y diseño geométrico presentado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., recibió la NO OBJECCIÓN de la interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, sin observaciones respecto del trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9.

1.16. Que se declare que no es un error de diseño haber considerado el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la calzada existente, en el primer estudio de trazado y diseño geométrico elaborado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S.

1.17. Que se declare que ni la Interventoría ni la ANI, durante la ejecución contractual y antes del presente proceso arbitral, argumentaron que considerar el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la calzada existente, en el primer estudio de trazado y diseño geométrico elaborado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., constituía un error de diseño.

1.18. Que se declare que conforme a la identificación e inventario de redes realizado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el Valor Estimado de Redes resultó insuficiente, y, en consecuencia, el mayor costo de traslado de redes materializaba el riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. y de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en las proporciones previstas en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013.

1.19. Que se declare que conforme a la identificación e inventario de redes realizado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el costo aproximado del traslado, reposición y/o protección de las redes, superaba en más de doscientos por ciento (200%) el Valor Estimado de Redes, lo que implicaba que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumiera en su totalidad el mayor valor, que superara dicho porcentaje.

1.20. Que se declare que los ajustes o modificaciones a los diseños presentados inicialmente por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, tuvieron lugar por solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o de la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, según como quede demostrado en el proceso.

1.21. Que se declare que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, fue evitar el impacto en costos que le representaba a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la materialización del riesgo de redes a su cargo.

1.22. Que se declare que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, NO FUE un error en los primeros estudios de trazado y diseño geométrico presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., que además habían recibido la NO OBJECCIÓN de la Interventoría.

1.23. Que se declare que no todo impacto económico producto de los ajustes en los diseños que realice la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., configura un riesgo a su cargo, en tanto se deben revisar, para cada caso, las causas de los ajustes y la magnitud de sus efectos, de conformidad con el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 y la ley.

1.24. Que se declare que el Apéndice Técnico del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, contiene una identificación e inventario de redes con base en el cual se estableció el Valor Estimado de Redes, y constituye un documento contractual con verdadera fuerza vinculante, y no corresponde a un documento meramente informativo o de referencia.

1.25. Que se declare que, con base en los diseños de factibilidad y el Apéndice Técnico 5 que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015, así como con base en los demás documentos contractuales, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., en su momento proponente, estaba legitimada para prever que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumiría los mayores costos de traslado de redes, en la porción que le correspondiera en los términos del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013.

1.26. Que se declare que, con base en los diseños de factibilidad y el Apéndice Técnico 5 que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015, así como con base en los demás documentos contractuales, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., en su momento proponente, estaba legitimada para prever que no tendría que elaborar los estudios y diseños de la Unidad Funcional 9, en función de evitar o mitigar la materialización del riesgo de redes a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, con la consecuente obligación de asumir los mayores costos que de tales diseños se derivaran.

1.27. Que se declare que de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, se derivaron mayores costos directos e indirectos, en CAPEX y en permanencia de obra, que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir, según como quede probado en el proceso.

1.28. Que se declare que por razón de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, fue necesaria la modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto, lo que derivó en mayores costos que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir, según como quede probado en el proceso.

1.29. Que se declare que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños de Unidad Funcional 9, incluido El impacto económico que se deriva de la modificación de la Licencia Ambiental, según como quede demostrado en el proceso.

1.30. Que se declare que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños, y el impacto económico de la modificación de la Licencia Ambiental otorgada el proyecto, en tanto tales ajustes o modificaciones a los diseños, tuvieron lugar para evitar un mayor costo para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y en cualquier caso, por hechos que le son ajenos y no imputables o por los que no debe responder.

1.31. Que se declare que le corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumir los mayores costos que implicó el ajuste o modificación de los diseños de la

Unidad Funcional 9, así como la consecuencial modificación de la licencia ambiental otorgada al proyecto, según como quede demostrado en el proceso.

En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 3.3.

1.32. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las reclamaciones económicas realizadas por los comerciantes que estaban ubicados en la Unidad Funcional 3.3, tuvieron como causa hechos ajenos y no imputables a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. y por los que no debe responder.

1.33. Que se declare que no hace parte de las obligaciones a cargo de CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.34. Que se declare que no hace parte de los riesgos asumidos por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.35. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las compensaciones y/o indemnizaciones económicas realizaras (sic) por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3., configura un perjuicio que el CONCESIONARIO no está obligada a soportar.

1.36. Que se declare que CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a ser compensada y/o indemnizada por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.36.1. Pretensión subsidiaria a la 1.36. Que DECLARE que, conforme a la matriz de riesgos, en la distribución de riesgos ambientales, por tratarse de la materialización del riesgo-gastos en los que incurrió la Concesionaria para caracterizar e indemnizar los perjuicios reclamados por los comerciantes de la UF 3.3. deben ser asumidos en partes equivalentes por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. y la ANI.

En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 8.

1.37. Que se declare que no hace parte de las obligaciones a cargo de CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones realizadas a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

1.38. Que se declare que no hace parte de los riesgos asumidos por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

1.39. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las compensaciones y/o indemnizaciones económicas realizaras (sic) por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8, configuran un perjuicio que la concesionaria no está obligada a soportar.

1.40. Que se declare que CONCESIONARA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a ser compensada y/o indemnizada por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en las Unidad Funcional 8.

2. DE CONDENA

2.1. Que, según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., los costos en los que esta haya incurrido hasta el momento de presentación de esta demanda, relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores.

2.2. Que se ordene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los costos en los que esta haya incurrido e incurra después de la presentación de esta demanda, que estén relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores, una vez tales costos se presenten ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o a la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015.

2.3. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los valores que hayan sido objeto de Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

2.4. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. las sumas en las que esta haya incurrido por concepto de mayores costos derivados de los ajustes o modificaciones a los diseños de la Unidad Funcional 9 y de la consecuencial modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto.

2.5. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. las sumas en las que esta haya incurrido por concepto de compensaciones o indemnizaciones realizadas a comerciantes de la Unidad Funcional 3.3.

2.6. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. las sumas en las que esta haya incurrido por concepto de compensaciones o indemnizaciones realizadas a comerciantes de la Unidad Funcional 8.

2.7. Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los valores correspondientes a la actualización y/o indexación de todas las sumas a las que se encuentre obligada por virtud del laudo, de acuerdo con el Índice de Precios aplicable.

2.8. Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. intereses moratorios sobre todas las sumas a las que se encuentre obligada por virtud del laudo, desde el momento en que esté

obligada a pagar y hasta la fecha de su pago efectivo, a la tasa máxima legal permitida o aquella que determine el Tribunal de Arbitramento.

2.9. Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al pago de las costas procesales y las agencias en derecho”

5.2 LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA

Los hechos contenidos en la demanda reformada son los que obran a folios 8 a 63 de dicho escrito, y se encuentran agrupados y clasificados en cinco temáticas, así:

- a) Los relacionados con la *“generalidad del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 013”* (hechos 1 a 4).
- b) Los relativos a *“La controversia relacionada con los subsectores 1.2. y 1.3. de la Unidad Funcional 1”* (Hechos 5 a 105).
- c) Los relativos a *“La controversia relacionada con la Unidad Funcional 9”* (Hechos 106 a 196).
- d) Los relativos a *“La controversia relacionada con los reconocimientos económicos a comerciantes en la Unidad Funcional 3.3”* (Hechos 197 a 206).
- e) Los relativos a *“La controversia relacionada con los reconocimientos económicos a comerciantes en la Unidad Funcional 8”* (Hechos 207 a 242).

El Tribunal se referirá de forma puntual a los hechos en el análisis y decisión de cada una de las pretensiones.

5.3 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

La Convocada, en la contestación de la demanda reformada manifestó su oposición a las pretensiones y solicitó negar las mismas por carecer de fundamento fáctico y jurídico (folios 2 a 42), con base en los argumentos que el Tribunal sintetizará al analizar, estudiar y decidir sobre las pretensiones y las excepciones propuestas.

Adicionalmente formuló (Folios 90 a 124), las siguientes excepciones de mérito que rotuló así:

- *“3.1.1 Falta de competencia del Tribunal para conocer algunas de las controversias planteadas por la convocante”.*
- *“3.1.2 Falta de Prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de Concesión y la asunción de riesgos del contratista”*
- *“3.1.3 De la naturaleza del contrato estatal de Concesión bajo el esquema de Asociación Público privada: El traslado de riesgos al Contratista y el cumplimiento de los indicadores de disponibilidad, seguridad, calidad y nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos”*
- *“3.1.4 Ruta del cacao pretende desconocer los riesgos que fueron válidamente pactados y asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 013 de 2015: la Sección 13.2 de la parte general del Contrato les trasladó al Concesionario los riesgos que son discutidos en sede arbitral”.*
- *“3.1.5 La Concesionaria Ruta del Cacao SAS está obligada a asumir por su cuenta y riesgo, todas las actividades o intervenciones necesarias como las de rehabilitación,*

mejoramiento y construcción de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, para el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión, los cuales le son exigibles”

- *“3.1.6 La ANI se encuentra facultada para exigir a la convocante el cumplimiento de indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y para realizar deducciones por Incumplimiento de los indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4”.*
- *“3.1.7. La Inexistencia de cambio de trazado, lo alegado por Ruta del Cacao corresponde a un ajuste realizado al diseño geométrico de manera tardía, cuyo riesgo está en cabeza del Concesionario, por lo que no hay lugar a reconocimiento económico alguno”.*
- *“3.1.8. Excepción genérica”.*

5.4 LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Los aspectos principales expuesto por las partes en sus escritos de alegación y en el Concepto rendido por el Ministerio Público, serán analizados en el estudio y decisión de las pretensiones y las excepciones para adoptar la decisión que en derecho corresponde.

SEGUNDA PARTE CONSIDERACIONES

1. ASUNTOS PREVIOS

1.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de decidir sobre el fondo, el Tribunal se refiere a la actuación surtida y a los presupuestos procesales, los que, de acuerdo con lo precisado por el Consejo de Estado⁸¹, corresponden a “las condiciones necesarias” que deben reunirse en “*la relación jurídico procesal*”, para que esta “*nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa*”, y que se concretan, básicamente, en la capacidad para ser parte y transigir, la demanda en forma y la competencia del juez”.

En relación con el primer punto, el Tribunal observa que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales y no se advierte causal alguna de nulidad. Asimismo, advierte que de conformidad con lo que dispone el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, realizó el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa procesal y, en esas etapas, no encontró vicio constitutivo de nulidad ni otra irregularidad que debiera ser saneada. Adicionalmente, las partes no formularon reparos al respecto, todo lo contrario, manifestaron expresamente su conformidad con el desarrollo del trámite, tal y como consta en autos, y no consideraron la necesidad de sanear en ningún momento la actuación surtida.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2021, exp. 68001-23-15-000-1996-02316-01(22168).

En segundo lugar, el Tribunal encuentra que los presupuestos procesales se reúnen a cabalidad y están satisfechos los requisitos indispensables para poder proferir un laudo.

En efecto, de los documentos aportados al proceso se estableció, lo siguiente:

1.1.1 Capacidad de las partes

Como ya se mencionó en el acápite anterior, las partes acreditaron su existencia y representación legal. De igual manera demostraron que ostentan capacidad procesal y son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y, lo han hecho por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales, debidamente constituidos.

Asimismo acreditaron que tienen facultad dispositiva y capacidad para transigir, por cuanto en la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto, además de que están autorizadas por la ley para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales (Artículo 116 de la Carta Política; 8 y 13 de la LEAJ; y 1 de la Ley 1563), y que, en ejercicio de los derechos de libertad contractual y autonomía privada dispositiva, así lo hicieron al amparo del pacto arbitral suscrito entre ellas, que se contiene en la cláusula 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No 013 de 2015.

1.1.2 Demanda en forma

Se verificó igualmente que la demanda reformada, cumple con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y demás normas concordantes. En igual sentido, revisadas las pretensiones, el Tribunal encuentra que estas son claras y se soportan en los hechos y fundamentos de derechos expuestos en la demanda, todos los cuales versan sobre asuntos litigiosos derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 013 de 2015

1.1.3 Competencia

El Tribunal, en el auto núm. 16 del 23 de abril de 2024, se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda reformada y en su contestación, con fundamento en la mencionada cláusula compromisoria.

En dicha providencia el Tribunal, -después de efectuar un estudio separado de todas las pretensiones, por un lado, de aquellas frente a las cuales la Convocada no hizo ningún reparo y por el otro, de aquellas frente a las que excepcionó falta de competencia al sostener que se trata de materias que las partes le asignaron en el contrato a la decisión de un panel de Amigable Componedor, concluyó que tiene competencia para pronunciarse y decidir de todas las pretensiones, habida cuenta de que todas tienen raigambre contractual, en tanto se dirigen, en términos generales, a que se defina el alcance de unas determinadas

obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 013 de 2015, versan sobre asuntos patrimoniales de naturaleza transigible y, son susceptibles de decisión arbitral, en tanto se derivan de la ejecución del contrato y se encuentran comprendidas en la cláusula compromisoria transcrita y en lo previsto en la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, se recuerda que, en la referida providencia, el Tribunal al analizar su competencia frente a las pretensiones respecto de las cuales la Convocada excepcionó “*falta de competencia del Tribunal*”, si bien se declaró competente, a partir de los elementos con los que contaba hasta esa etapa procesal, en tanto:

- i) *“lo pretendido en la reforma de la demanda y las diferencias que se someten a la decisión de este Tribunal, no corresponden a las materias o asuntos que contractualmente las partes defirieron al conocimiento del amigables componedores, que se refieren , como ya se precisó, a la falta de acuerdo entre el concesionario y el interventor frente al cálculo de retribución por discrepancias en las mediciones, entre aquella registrada por el Interventor y las efectuadas por el concesionario; situación en la que conforme al contenido de la sección 4.3 del Apéndice Técnico 4, las partes dispusieron acudir al amigable componedor”.*
- ii) *Las pretensiones de la demanda no se refieren a una discrepancia en las mediciones con miras al cálculo de la retribución sino que se dirigen a obtener declaraciones acerca del alcance de las obligaciones de la convocante respecto del cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico en la operación y mantenimiento aplicables para los subsectores 1,2 y 1,3 incluido el momento de su exigibilidad, así como a las alegadas modificaciones o ajustes de diseño en la unidad funcional 9” y*
- iii) *Se trata de “controversias distintas, que se derivan de la ejecución del contrato de concesión bajo el esquema de APP No 013 de 2015, que tienen raigambre contractual, son de contenido patrimonial y de naturaleza transigible. se encuentran cobijadas por la cláusula compromisoria”.*

Advirtió que en el laudo procedería a revisar nuevamente sobre su competencia para decidir sobre tales materias, conforme a lo que arrojaran las pruebas del proceso, asunto que procede a realizar a continuación

1.2 LA EXCEPCIÓN DE “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER ALGUNAS DE LAS CONTROVERSIDAS PLANTEADAS POR LA CONVOCANTE” (3.1.1.)

En la respuesta a la reforma de la demanda, la Convocada propuso la excepción que denominó “*FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER ALGUNAS DE LAS CONTROVERSIDAS PLANTEADAS POR LA CONVOCANTE... puntualmente las relacionadas con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3, y las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3, de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 (pretensiones de la 1.1. a la 1.11)...*”, la cual fundamentó, así:

“Manifiesta la Convocante en el capítulo “10. COMPETENCIA” del escrito de la demanda inicial, se transcribe la Sección 15.2 del Contrato, y a su vez se indica lo siguiente:

«... El Tribunal de Arbitramento es competente para conocer el presente asunto, de conformidad con la cláusula compromisoria del CONTRATO DE OBRA (sic) pactada en los siguientes términos: ...

“De la Sección trascrita y de acuerdo con lo pactado, existen 2 tipos de controversias que pueden ser de conocimiento del Tribunal Arbitral:

“1. Cuando estamos frente a controversias que expresamente **NO** se hayan señalado como de conocimiento del Amigable Componedor.

“2. Las decisiones definitivas que sobre el contrato de concesión hayan sido adoptadas por el panel de Amigables Componedores.

“Ahora basta leer el contenido de los literales (a) y (b) de la Sección 15.2 del **Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 013 de 2015** para advertir que hay asuntos excluidos de la competencia del Tribunal, para ser abordados por otro mecanismo alternativo de solución de controversias como lo es la **Amigable Composición**, regulada principalmente en la Sección 15.1 del Contrato.

“De manera previa a revisar el caso en concreto, es importante ilustrar el contexto contractual en el que Las Partes -Concesionario y Agencia-, regularon lo referente a la competencia de los árbitros y los amigables componedores. En este orden de ideas resulta pertinente traer a colación el aparte contractual de la cláusula compromisoria, mediante el cual Las Partes otorgaron competencia al panel de árbitros. Esto es (a) (15.2) del Capítulo XV del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 013 de 2015, parte General:

«(15.2) Arbitraje Nacional

«**Las controversias que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Componedores**, serán resueltas 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...» (negrilla y subraya fuera del texto original)

“Es así como las partes acordaron de manera clara y precisa, la competencia del tribunal de arbitramento nacional y conforme a la disposición contractual trascrita, excluyeron de la competencia de los árbitros todo aquello que fuese de conocimiento del panel de Amigables Componedores. En lo que refiere a este último mecanismo de solución de conflictos el contrato expresamente dispone:

«(...) 15.1 Amigable Componedor:

«(a) Las partes **acuerdan acudir a un panel de Amigables Componedores permanente para definir todas aquellas controversias que expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Componedor.** » (Se destaca)

“Expuesto lo anterior, se deja sentado cómo desde el contrato primigenio la Convocante y La Agencia, otorgaron al amigable componedor la competencia para resolver controversias específicas.

“El amigable componedor es competente para conocer de las diferencias relacionadas con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3, y las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas

de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.

“Lo anterior teniendo en cuenta el procedimiento descrito en la Sección 3.1.(f) de la Parte General del Contrato, a cuyo tenor:

«3.1. Retribución

«(...)

«(f) **De no existir acuerdo entre el Concesionario y el Interventor**, y salvo que la ANI esté de acuerdo con el Concesionario en cuanto al cálculo de la Retribución, **se procederá así:**

«(i) La Retribución se reconocerá conforme al cálculo efectuado por el Interventor, siempre que dicho cálculo no haya sido objetado por la ANI.

«(ii) **El concesionario podrá acudir al Amigable Componedor para que defina la controversia...**

“A su turno, la Sección 4.10 de la Parte General de CONTRATO, establece: ...

“En armonía con lo anterior, la Sección 4.3 del Apéndice Técnico 4 del Contrato, en relación con la discrepancia en las mediciones, establece:

«4.3. Discrepancia en las mediciones

«En caso de discrepancia entre los resultados registrados por el Interventor en el SICC y las mediciones efectuadas por el Concesionario, este último comunicará de tal circunstancia al Interventor.

«Siempre que una medición efectuada por el Interventor arroje un valor inferior al Valor Mínimo de Aceptación de algún Indicador, se dará inicio al Término Máximo de Corrección, aún en el caso en que mediante una medición posterior, el Concesionario obtenga un valor superior al Valor Mínimo de Aceptación. En este caso, Concesionario y el Interventor, en un plazo no mayor a cinco (5) Días Hábiles establecerán las razones de la discrepancia e identificarán la medición que deberá ser adoptada para el índice de Cumplimiento. De no existir acuerdo en cuanto al resultado aplicable, **se acudirá al Amigable Componedor para que resuelva la controversia, salvo que la ANI esté de acuerdo con el Concesionario...**”

“Como se observa, las situaciones en las que se enmarca la presente demanda deben ser sometidas contractualmente **a la decisión del Amigable Componedor** por lo que debe concluirse que la cláusula compromisoria no comprende las discusiones que se originan en las solicitudes que motivan la presente demanda, de tal manera que el Tribunal de Arbitramento convocado carece de competencia para dirimir las diferencias, por no encontrarse dicha discusión comprendida dentro del pacto arbitral...”

A renglón seguido citó con transcripción en lo que consideró pertinente, las sentencias T-511 de 2011, T-186 de 2015 y C-431 de 1995 de la Corte Constitucional en relación con los alcances de la habilitación de las partes a los árbitros.

Además, trajo apartes de la que afirmó corresponde a decisión de un tribunal arbitral, en trámite de Consorcio 4G contra la ANI, de rechazo de la demanda por ausencia o falta de prueba del pacto arbitral, frente al hecho de que en la cláusula compromisoria se pactó que el Tribunal Arbitral solo puede conocer de las divergencias que no corresponda resolver al Amigable Componedor.

También citó apartes de decisión que afirmó corresponde a otro panel arbitral en proceso de Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. Vs. ANI en cuanto consideró que «(...) *La voluntad de las partes manifestada en el pacto arbitral, contenido en la sección 15.2 del Contrato, no ofrece motivo de duda alguna, en el sentido que la competencia del Tribunal se encuentra limitada al conocimiento de “Las controversias que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato que no sean de conocimiento del panel de Amigables Compondores”.*

Cabe recordar que, con idénticos argumentos, la Convocada formuló recurso de reposición en contra el auto que admitió la demanda reformada, para que no fueran admitidas las pretensiones “*puntualmente las relacionadas con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3, y las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.*”.

Mediante auto 8 de 15 de enero de 2024⁸², el Tribunal desestimó el recurso de reposición propuesto contra el auto No. 7 de 23 de noviembre de 2023 —admisorio de la demanda reformada—.

En la primera audiencia de trámite, realizado el control de legalidad en los términos de los artículos 42-12 y 132 del CGP, y habiéndose constatado la inexistencia de vicio de nulidad que debiera ser declarado oficiosamente -conclusión con la cual las partes manifestaron expresamente su acuerdo-, el Tribunal, mediante el auto No. 15 de 23 de abril de 2024⁸³ decidió sobre su propia competencia, la cual dedujo frente a todos los aspectos planteados por las partes en la demanda, su reforma y sus respuestas, previo análisis de la alegada falta de competencia para conocer de las controversias relacionadas con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3, y las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.

Con fundamento en los mismos argumentos en que fue sustentada la excepción que se analiza, la Convocada recurrió en reposición el auto a través del cual el Tribunal se declaró competente para conocer de todas las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda.

A través del auto No.17 de 23 de abril de 2024, el Tribunal confirmó en su integridad las decisiones adoptadas en el auto No. 16, entre ellas, su competencia para conocer de las pretensiones formuladas bajo los numerales 1.1 a 1.11.

Al alegar de conclusión la Convocada insistió en que la competencia para conocer de las pretensiones 1.1 a 1.11 corresponde al panel de amigables compondores y no al Tribunal Arbitral, de acuerdo a lo pactado por las partes. Por lo cual, afirmó que “*la conducta desplegada por el convocante es contraria a la buena fe contractual y desconoce abiertamente lo pactado en el Contrato de Concesión y sus propios actos, puesto que se pretende que el*

⁸² Acta No. 8 de 15 de enero de 2024

⁸³ Acta No. 14

Tribunal conozca de diferencias que claramente se encuentran por fuera del alcance de la cláusula compromisoria y cuyo objeto de controversia hace parte de los que el contrato determinó de manera clara, expresa y excluyente que son de conocimiento del AMIGABLE COMPONEDOR...”

Insistió fundamentalmente en la falta de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones 19, 1.10 y 1.11 y agregó las de condena 2.1, 2.2 y 2023 (sic):

“Ahora, en gracia de discusión, si el Tribunal considera que, en efecto, ostenta competencia para conocer sobre las pretensiones relacionadas con el alcance del Contrato de Concesión, para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 (Pretensiones 1.1, a la 1.8), en respetuoso criterio de la ANI, no le es dable conocer al Tribunal las pretensiones asociadas a la medición de Indicadores de Apéndice Técnico 4 en los Subsectores 1.2 y 1.3 ni a las deducciones (Pretensiones 1.9, 1.10 y 1.11 ni las pretensiones 2.1., 2.2. y 2023 (sic) de condena), pues se insiste, todo asunto relativo a estos temas está deferido al AMIGABLE COMPONEDOR, con fundamento en lo ampliamente expuesto a lo largo del presente trámite arbitral.”

1.2.1. La oposición de la Convocante

A lo largo del trámite la Convocante se opuso a la alegada falta de Competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones referidas a las Unidades Funcionales 1.2 y 1.3. En tal sentido intervino para oponerse a los recursos de reposición contra los autos en los cuales fue admitida la demanda reformada y definida la Competencia del Tribunal y puntualmente al descorrer el traslado de las excepciones, expuso:

“Al respecto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que las pretensiones incluidas en la reforma de la demanda, referidas a los temas indicados, están relacionadas esencialmente, con:

“. Los límites del alcance de las obligaciones a cargo de la convocante en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, del Proyecto.

“. La previsibilidad de las actividades a llevar a cabo en tales subsectores.

“. La inviabilidad fáctica de alcanzar Indicadores en los referidos subsectores a través de las actividades encomendadas al Concesionario y de las que fueran previsibles, dadas las condiciones técnicas en las que fue entregada la infraestructura objeto de intervención.

“. La improcedencia de Deducciones por incumplimiento de indicadores, por razón de lo expuesto en los puntos anteriores.

“Este listado muy resumido basta para transmitir que la controversia está relacionada con la interpretación del contrato, la previsibilidad de actividades, el alcance contractual e indemnizaciones o compensaciones.

“Teniendo eso en mente, fácilmente puede llegarse a la conclusión de que la ANI no tiene razón en su planteamiento.

“Tal como se mencionó en su momento en la oposición al recurso de reposición presentado por la ANI, los fundamentos contractuales que presenta la entidad para alegar la falta de competencia del Tribunal son los siguientes:

“...”

“La mera lectura permite concluir que la controversia a la que se refiere esa sección del contrato está relacionada con el cálculo de la retribución, cosa que no está en discusión en este proceso.

“Adicionalmente, la ANI se refirió a este aparte del CONTRATO:

«4.3 Discrepancia en las mediciones

«...

“Tal como ocurre con la otra disposición contractual, de la simple lectura de esta sección del CONTRATO se entiende que la controversia a la que allí se hace alusión, es aquella relacionada con diferencias en el registro de las mediciones efectuadas de Indicadores, cosa que tampoco está en discusión en el este proceso.

“Como se mencionó más arriba, en este proceso, la controversia planteada se refiere a la delimitación del alcance de las Intervenciones que debe ejecutar el CONCESIONARIO en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, a la imposibilidad de alcanzar Indicadores en tales subsectores a través de las actividades previsibles de mantenimiento, y por lo mismo, a la inviabilidad jurídica de que tales Indicadores sean medidos, y que sean aplicadas deducciones de la retribución por tales circunstancias.

“En este proceso no se ventila una diferencia en el cálculo de la retribución, esto es, en su operación aritmética o en la debida aplicación de la respectiva fórmula, ni se ventila una discrepancia en el resultado de mediciones e Indicadores.

“Por lo tanto, las pretensiones que se han planteado en la demanda reformada no corresponden a aquellas diferencias contempladas en los apartes contractuales invocados por la ANI, consecuencia de lo cual, bien pueden ser conocidas por el Tribunal de Arbitramento.”

En sus alegatos de conclusión, no se refirió al tema.

1.2.2 El concepto del señor Agente del Ministerio Público

Previo análisis de varias cláusulas del contrato relacionadas con la competencia de los amigables componedores —3.1 (f) y 4.10 de la PGC y 4.3 del AT4—, referidas en su orden a regular la “Retribución 2.2.4.2.6.2.1.”, la “Puesta en servicio de las Unidades Funcionales” y la “Discrepancia en las mediciones”, el señor Agente del Ministerio Público concluyó que no le asiste razón a la Convocada, en tanto el Tribunal es competente para conocer de las pretensiones 1.1 a 1.11:

“Analizadas las disposiciones contractuales citadas, se advierte que le asiste la razón al concesionario cuando indica que las pretensiones a las que hace referencia la ANI no se enmarcan en las mismas, toda vez que las pretensiones tienen que ver con una divergencia acerca del alcance, interpretación del contrato y obligaciones a cargo de las partes como consecuencia de las condiciones en las cuales fueron recibidos los sectores 2 y 3 de la UF 1; entre tanto que estas disposiciones contractuales se refieren a temas diferentes.

“Analizadas las disposiciones contractuales se observa que las competencias asignadas a los amigables componedores son para conocer las diferencias entre el Concesionario y el Interventor por el cálculo de la retribución a la cual tiene derecho el Concesionario y diferencias en cuanto a la retribución a la cual tiene derecho del Concesionario, con ocasión de las mediciones de indicadores.”

1.2.3 Consideraciones y decisión del Tribunal

Para la decisión de esta excepción, comienza el Tribunal por precisar que será analizada frente a las pretensiones declarativas 1.1 a 1.11 y de condena 2.1., 2.2. y 2.3, con el propósito de abarcar todas aquellas frente a las cuales la Convocada, en algún momento procesal, advirtió la falta de competencia del Tribunal. Ello por cuanto la Convocada no unificó, en sus diferentes intervenciones en relación con el tema, las pretensiones frente a las cuales propone la falta de competencia del Tribunal; sin embargo, refirió que corresponde a

aquellas “relacionados con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3” y con “las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2. y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.”

Además, específicamente al formular la excepción que se resuelve, concretó la alegada falta de competencia del Tribunal en frente de las pretensiones 1.1 a 1.11 de la demanda reformada y al alegar de conclusión, además incluyó las pretensiones de condena 2.1, 2.2. y 2.3. En consecuencia, el Tribunal en conformidad con lo dispuesto en los artículos 282 del C.G.P analizará la excepción en relación con estas pretensiones.

1.2.3.1 Los temas a que se refieren las pretensiones

En la reforma de la demanda, la Convocante formuló 40 pretensiones declarativas, agrupadas por la Convocante bajo 5 títulos, a saber: En relación con el alcance del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 —1.1 a 1.8—; En relación con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 —1.9 a 1.11—; En relación con los cambios y/o ajustes de diseño de la Unidad Funcional 9 —1.12 a 1.31—; En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 3.3.—1.32 a 1.36.1—; En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 8 —1.37 a 1.40—.

Aquellas que integran los dos primeros temas, conciernen a la controversia sobre los alcances del Contrato para los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en relación con la exigibilidad de los Indicadores del Apéndice Técnico 4.

También incluyó 9 pretensiones de condena —2.1. a 2.9—. Las tres primeras se dirigen a obtener el reconocimiento de costos relacionados con intervenciones “imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores...” y al pago de los valores objeto de “Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.”

1.2.3.2 La competencia del Tribunal al amparo de la cláusula arbitral

En el capítulo XV de la parte General del Contrato 013 de 2015, las partes regularon los mecanismos a los cuales acudirían para la solución de controversias. Además de salvaguardar el derecho a resolver directamente y en cualquier tiempo toda controversia patrimonial y conciliable, convinieron acudir a la figura del Amigable Componedor (15.1), así como al Arbitraje Nacional (15.2) y al Arbitraje Internacional (15.3).

En ejercicio de la libre autonomía de la voluntad y con efectos vinculantes, acordaron la existencia de un panel de Amigables Componedores permanente “para definir todas

aquellas controversias que expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Componedor” y expresamente excluyeron de su conocimiento aquellas que se deriven del ejercicio de las facultades ajenas al derecho común y de las exorbitantes de que goza la ANI.

Así mismo, pactaron acudir a un tribunal de “Arbitraje Nacional” para “Las controversias que surja (sic) entre las partes con ocasión del presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Componedores...”, así como para el control judicial de las decisiones definitivas adoptadas por ese panel.

También incluyeron el Arbitraje Internacional en relación con “Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, cuando se configure alguno de los presupuestos señalados en el artículo 62 de la ley 1563 de 2012...” Panel al cual, “podrán ser sometidas a su conocimiento las decisiones definitivas del panel de Amigables Componedores, de conformidad con lo establecido en la Sección 15.1 de esta Parte General.”

En los términos acordados por las partes, la definición de la competencia del Tribunal depende de que el tema no haya sido atribuido expresamente a los Amigables Componedores.

Al respecto dice la cláusula 15.1, en lo pertinente:

“15.1 Amigable Componedor

“(a) Las Partes acuerdan acudir a un panel de Amigables Componedores permanente para definir todas aquellas controversias que expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Componedor.

“(b) El panel de Amigables Componedores estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con lo señalado en la Sección 15.1(c) siguiente, las cuales definirán en derecho, de manera vinculante e imparcial, las controversias que surjan entre las partes respecto de las cuales este Contrato establezca expresamente la posibilidad de acudir al Panel. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier otra controversia pueda ser sometida a este mecanismo de solución, previo acuerdo entre las Partes.

(f) (v) Las decisiones del panel de Amigables Componedores deberán adoptarse por unanimidad. A falta de unanimidad las Partes convienen que la decisión no será vinculante, ni de obligatorio cumplimiento y cualquiera de ellas podrá plantear la disputa ante un tribunal de arbitramento como se dispone en los numerales 15.2 y 15.3 siguientes...”

Por tanto, conforme a las cláusulas 15.1 y 15.2 de la Parte General del Contrato, asiste razón a la ANI en cuanto afirma que la competencia del Tribunal de arbitraje Nacional no comprende cualquier controversia que se presente con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, por cuanto, conforme a la voluntad de las partes plasmada en esa cláusula, la determinación de las controversias a ser decididas por este Tribunal depende, de que:

- (i) Su definición no haya sido atribuida expresamente por las partes al panel de Amigables Componedores, como lo exigen las cláusulas 15.1 y 15.2 del Contrato o,

- (ii) De que a pesar de haberse sido sometidas al Panel de Amigables Componedores (a) venza el plazo de 30 días hábiles con que cuenta ese Panel para definir la controversia sin que hayan adoptado la decisión, evento en el cual *“el mecanismo pierde competencia para resolver la controversia específica, la cual podrá ser sometida por cualquiera de las partes ante tribunal de arbitramento como se dispone en los numerales 15.2 y 15.3 siguientes”* —15.1 (e)(ii)—; (b) la falta de unanimidad de los Amigables Componedores en la decisión, situación frente a la cual *“las Partes convienen que la decisión no será vinculante, ni de obligatorio cumplimiento y cualquiera de ellas podrá plantear la disputa ante un tribunal de arbitramento como se dispone en los numerales 15.2 y 15.3 siguientes.”* —15.1 (f)(v); y
- (iii) Exista decisión de los amigables componedores, la cual es susceptible de control judicial por el Tribunal Arbitral.

Sin que el Tribunal pretenda decidir cuáles son todas las controversias cuya decisión corresponde a los Amigables Componedores por haberse dispuesto expresamente en el contrato, cita las siguientes contenidas en la Parte General del Contrato: **la discrepancia entre el Concesionario y el Interventor en relación con la retribución del Concesionario y de la Compensación especial (3.1)**; las diferencias entre las partes al determinar el recaudo de peaje que se hubiese podido producir de haber instalado la Estación de peaje en los términos del Apéndice Técnico 1 con anterioridad al cumplimiento del término indicado en la Sección 3.3.(h)(iii) (3.3 (h)(v); la discrepancia sobre los descuentos autorizados en la Sección 3.5(a) (3.5(b); la falta de acuerdo entre las partes sobre el efecto favorable o desfavorable para el Concesionario de la variación de los tributos originada en el Cambio Tributario (3.16(c)); la falta de acuerdo sobre la no aceptación por parte de la ANI, del monto de la Variación NIIF que se desprende de los estados financieros presentados por el Concesionario (3.16(2)); cualquier controversia que surgiere entre las Partes con ocasión del cambio de Especificaciones Técnicas proveniente del cambio de Ley aplicable que sobreviniere en la etapa de ejecución (4.11)(f) y en general cualquier controversia relacionada con lo previsto en la Sección 4.11 “Especificaciones Técnicas y calidad de las Intervenciones” (4.11)(h); **la falta de acuerdo del Concesionario con las correcciones y/o ajustes solicitados por la ANI “con el fin de que éste corrija los incumplimientos” advertidos por la ANI y el Interventor en el cumplimiento cabal de las especificaciones técnicas o de cualquier estipulación del Contrato o sus Apéndices (4.17)(1)** y en general las controversias que surjan de la aplicación de lo previsto en la Sección 4.17 ((4.17)(2)); el desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cualquier etapa de la revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle (6.2)(f); las discrepancias relacionadas con la aprobación de la cuenta de cobro bimestral del valor de lo aportado por el Concesionario para la adquisición de predios y las compensaciones socioeconómicas (7.2)(e)(vi); **el desacuerdo entre las Partes en relación con el valor de la Retribución correspondiente a la Unidad Funcional por un EER consistente en “Fuerza Mayor Predial” (7.4)(c)**; **el desacuerdo frente al valor de la Retribución correspondiente a la Unidad Funcional afectada con la redefinición del Plan de Obras originado en el evento de Fuerza Mayor Redes (8.2)(i)(2)**; el conflicto derivado de la necesidad de incurrir en costos adicionales para el traslado o protección de redes cuando ocurra fuerza mayor por redes (8.2)(v); cualquier conflicto que surja con ocasión de la aplicación de la Sección 8.2 “Redes”; cualquier controversia relacionada con el monto de los mayores costos, ahorros o la forma de su reconocimiento como consecuencia de la implementación del cambio del protocolo tecnológico (8.3)(b); a falta de acuerdo entre las partes, la definición de las

condiciones de seguridad adecuadas que permitan la disponibilidad de la Unidad Funcional mediante la circulación de vehículos, a pesar de que vencido el plazo previsto en el Plan de obras para su terminación esta no se hubiera completado (14.1)(i); a falta de acuerdo entre las partes, la verificación del cumplimiento de la condición de que el valor de las Intervenciones faltantes no supere el sesenta por ciento (60%) —u otro porcentaje que se establezca en la parte especial— del valor total de las intervenciones estimadas para la Unidad Funcional (14.1)(iii); a falta de acuerdo de las partes, la definición del porcentaje de inversión efectivamente realizada para el cálculo de la compensación especial, cuando por EER o por razones imputables a la ANI, no se ha completado la Unidad Funcional en el plazo establecido (14.1)(iii); ante la falta de acuerdo entre las partes, el recálculo de la Retribución que refleje las modificaciones realizadas para permitir la disponibilidad de la Unidad Funcional mediante circulación de vehículos en condiciones de seguridad, a pesar de que vencido el plazo previsto en el nuevo plan de obras no se hubieren logrado culminar las intervenciones correspondientes por la existencia de EER o por razones imputables a la ANI (14.1)(e); la controversia generada en eventos eximentes de responsabilidad y que se concreten en desacuerdos sobre si los hechos constitutivos de EER suponen o no la suspensión del plazo contractual (14.2)(f)(ii); el reconocimiento al Concesionario de los costos ociosos de la mayor permanencia en obra que se llegare a causar con ocasión del surgimiento de un EER durante la etapa de ejecución del contrato que obligue al concesionario a paralizar la ejecución del Contrato (14.2)(g)(v); el reembolso al concesionario de los costos en que haya incurrido por las reparaciones, reconstrucciones o reposiciones, cuando ocurran EER relacionados expresamente (14.2)(h)(ii); la definición de que el EER no tuvo origen en algunas de las circunstancias previstas en esa Sección ((14.2)(h)(iv); la falta de acuerdo entre la ANI y el Concesionario en relación con los montos de la liquidación del Contrato (18.5); las controversias relacionadas con la falta de acuerdo entre el Interventor y el Concesionario sobre las correcciones o ajustes a documentos realizadas por el concesionario a solicitud del Interventor (19.3).

Igualmente en la Parte Especial del Contrato fueron incluidos algunos temas expresamente identificados como de competencia del Amigable Componedor, a saber: la objeción al Informe de Interventoría, derivado de diferencias entre el Interventor, la ANI y/o el Concesionario con vocación de afectar la aplicación del Soporte de Estabilidad y Transitabilidad de los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 3 (3.9.1)(e); el desacuerdo plasmado en el Informe del Interventor del Concesionario con el Interventor respecto de las cantidades de obra realmente ejecutadas, o las cantidades de obra ejecutadas cuyo origen se deba a errores de diseño o construcción atribuibles al Concesionario, o a su negligencia o a su culpa (3.9.1)(i); cualquier desacuerdo entre el Concesionario y el Interventor y/o ANI que no pueda ser resuelto entre ellos, en relación con el resultado de la licitación privada y la minuta del contrato de obra para la selección del constructor que realice la intervención para Soporte de Estabilidad y Transitabilidad de los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 3 (3.9.1)(n).

En el apéndice técnico 4 (4.3) de forma expresa se atribuyó al Amigable Componedor, la resolución de la discrepancia “entre los resultados registrados por el Interventor en el SICC y las mediciones efectuadas por el Concesionario...”

En otro tema, en el apéndice técnico 5 las partes convinieron que correspondería al amigable componedor resolver la controversia proveniente de la no aprobación del Plan

para el traslado y/o manejo de Redes (3.2)(e)(vi), así como aquella derivada de la no aprobación del informe de inventario en el cual se describan de forma detallada las actividades de protección y/o traslado desarrolladas sobre las Redes en la Fase de Construcción, así como las actividades desarrolladas para el cumplimiento del plan para el traslado y/o manejo de las Redes.

En algunos Otrosíes también se convino dejar a los amigables componedores la decisión de las siguientes controversias: aquellas surgidas del desacuerdo del Concesionario con las correcciones y/o ajustes que se le soliciten con ocasión de la verificación de la terminación de la Unidad Funcional, si el Interventor y la ANI encuentran que la Unidad Funcional no cumple a cabalidad con: (A) los valores mínimos de aceptación para los indicadores que se identifican en la Parte Especial, de los establecidos en el Apéndice Técnico 4, y (B) todas y cada una de las Especificaciones Técnicas que se identifican para este evento en el Apéndice Técnico 1. En el mismo evento, la discrepancia del Concesionario con la segunda revisión (Otrosí No. 12 de 22 de febrero de 2021, (1.82) (a)(iv)(v)); para controvertir la desaprobación de la verificación de intervenciones con ocasión de la suscripción del Acta de Terminación de Unidad Funcional o Acta de Terminación parcial de unidad funcional (Otrosí 12 de 22 de febrero de 2021, cláusula segunda (v)(c)(i)).

1.2.3.3 El fundamento contractual de la excepción

Lo halla la Convocada en las Secciones 3.1.(f) y 4.10 de la Parte General del Contrato y en la Sección 4.3 del Apéndice Técnico 4 *“frente al grupo de pretensiones relacionadas con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4, el cual corresponde a la Amigable Composición.”*

Argumento cuya réplica por parte de la Convocante parte de explicar (i) que la controversia planteada no está relacionada con diferencias en el registro de las mediciones de indicadores y (ii) que la controversia se refiere a la delimitación del alcance de las intervenciones que debe hacer el Concesionario en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, así como a la inviabilidad jurídica de que tales indicadores sean medidos y aplicadas las deducciones de la retribución por tales circunstancias.

Bajo el supuesto alegado por la Convocada, no discutido por la Convocante y admitido por el Tribunal en el sentido de que en los términos en que fue redactada la cláusula compromisoria, su competencia depende de que la controversia sometida a su consideración no haya sido expresamente atribuida al panel de Amigable Composición, o habiéndolo sido se den las circunstancias previstas en la Sección 15.1 de la Parte General del Contrato, el Tribunal reitera la conclusión expuesta en los autos Nos. 8 de 15 de enero de 2024⁸⁴, y 16⁸⁵ y 17⁸⁶ de 23 de abril de 2024, en el sentido de que es competente para conocer de todas las pretensiones formuladas en la demanda reformada, incluidas aquellas relacionados en los numerales 1.1. a 1.11 de las declarativas y 2.1, 2.2 y 2.3 de las de condena,

⁸⁴ Admisorio de la reforma de la demanda.

⁸⁵ Decidió sobre la competencia del Tribunal en la primera audiencia de trámite.

⁸⁶ Decidió el recurso de reposición propuesto por la Convocada contra el auto que decidió sobre la competencia del Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite.

por cuanto la solución de las controversias a que se refieren tales pretensiones no fue atribuida a los Amigables Compondores.

Atiende el Tribunal las reglas establecidas por la Ley 1563 artículo 3, así como por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sobre el carácter limitado de su competencia en los términos de la cláusula compromisoria, la que a su vez debe ceñir su contenido a los parámetros legales y que constituye punto de partida para determinar “el alcance de los asuntos que son susceptibles de someterse al conocimiento de los árbitros, fijando así los límites de sus atribuciones judiciales”⁸⁷

Por ello, en la definición del tema el Tribunal alude a las reglas contractuales invocadas por la Convocada como sustento de la excepción, las cuales encuentra que conciernen a la competencia de los Amigables Compondores para definir la controversia derivada de la falta de acuerdo entre el Concesionario y el Interventor en cuanto al cálculo de la Retribución lo cual involucra la ponderación del indicador del índice de cumplimiento.

Así lo muestra la cláusula 3.1 de la Parte General en la cual las partes acordaron:

“Capítulo III, CAPITULO ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO

3.1. Retribución

(a) El derecho a la Retribución del Concesionario con respecto a cada Unidad Funcional se iniciará a partir de la suscripción de la respectiva Acta de Terminación de Unidad Funcional. La suscripción del Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional cuando sea aplicable de conformidad con este Contrato, dará lugar a la causación y pago de la Compensación Especial.

“(b) Fuentes de la Retribución

“... ”

“(c) La Retribución correspondiente a cada Unidad Especial se calculará conforme a la metodología definida en la Parte Especial.

“(d) La retribución del Concesionario -y de la Compensación Especial, cuando sea aplicable- será calculada entre el Interventor y el Concesionario, dentro de los primeros diez (10) Días del Mes siguiente respecto del cual se calcula la Retribución. El Interventor y el Concesionario consignarán las bases de cálculo en el Acta de Cálculo de la Retribución.

“... ”

f. De no existir acuerdo entre el Concesionario y el Interventor, y salvo que la ANI esté de acuerdo con el Concesionario en cuanto al cálculo de la Retribución, se procederá así:

(i) La Retribución se reconocerá conforme al cálculo efectuado por el Interventor, siempre que dicho cálculo no haya sido objetado por la ANI.

(ii) El Concesionario podrá acudir al Amigable Compondor para que defina la controversia.

“... (i) El concesionario declara que conoce y acepta que la Retribución dependerá del Índice de Cumplimiento, el cual se deriva de la ponderación de indicador...”

Son varios los aspectos regulados por esa cláusula en relación con el derecho a la Retribución del Concesionario con respecto a cada unidad funcional, a saber: el momento a partir del cual se inicia su exigibilidad, la causación y pago de la Compensación especial, las fuentes de la retribución, su cálculo conforme a la metodología definida en la parte especial del contrato, la inclusión en el acta del cálculo realizado tanto por el Interventor

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de noviembre de 2024, Expediente 71.195.

como por el Concesionario; su reconocimiento conforme al cálculo efectuado por el Interventor a menos que la ANI esté de acuerdo con el cálculo efectuado por el Concesionario; la expresa atribución al Amigable Componedor, de la competencia para definir la controversia ante la falta de acuerdo entre Concesionario e interventor en relación con el cálculo de la Retribución de acuerdo a la fórmula establecida en el punto 4.3 de la parte especial:

$$R_h^u = \text{Aportes}_h^u + \text{Peajes}_h^u + \text{EC}_h^u - D_h$$

Siendo el Promedio aritmético de los Índices de Cumplimiento de la Unidad Funcional, uno de los elementos a tener en cuenta.

Por expresa disposición del párrafo de Introducción del Capítulo I del Apéndice Técnico 4, la determinación del valor de la Retribución del Concesionario está inescindiblemente vinculada a la medición de los indicadores de Disponibilidad, Seguridad, Calidad y Nivel de Servicio, realizada tanto por la Interventoría como por el Concesionario conforme al procedimiento y metodología contenidos en ese Apéndice.

El mismo Apéndice Técnico 4 señala que corresponde a la Interventoría hacer la evaluación de los Indicadores y relaciona los elementos que debe contener la evaluación, así como el trámite a seguir en cumplimiento de ese encargo (4.1). Así mismo, consagra el derecho del Concesionario de hacer sus propias mediciones conforme al plan de evaluación de Indicadores que debe entregar a la ANI y a la Interventoría como parte de la elaboración del Manual de operación. Las evaluaciones tanto de interventoría como del Concesionario deben ser registradas en el SICC y “*serán las mediciones efectuadas por el Interventor las que serán utilizadas para efectos del cálculo del Índice de Cumplimiento...*”, sin perjuicio del derecho del Concesionario de discrepar de tales mediciones y someter la controversia a la decisión de amigables componedores.

Dado que también el Concesionario está autorizado para hacer la autoevaluación (4.2 del Apéndice Técnico 4), las partes convinieron que, en caso de discrepancia con los resultados registrados por el interventor en el SICC, la controversia sería definida por el Amigable Componedor.

“4.3 Discrepancia en las mediciones

En caso de discrepancia entre los resultados registrados por el Interventor en el SICC y las mediciones efectuadas por el Concesionario, este último comunicará de tal circunstancia al Interventor.

Siempre que una medición efectuada por el Interventor arroje un valor inferior al Valor Mínimo de Aceptación de algún Indicador, se dará inicio al Término Máximo de Corrección, aún en el caso en que, mediante una medición posterior, el Concesionario obtenga un valor superior al Valor Mínimo de Aceptación. En este caso, Concesionario y el Interventor, en un plazo no mayor a cinco (5) Días Hábiles establecerán las razones de la discrepancia e identificarán la medición que deberá ser adoptada para el índice de Cumplimiento. De no existir acuerdo en cuanto al resultado aplicable, se acudirá al

Amigable Componedor para que resuelva la controversia, salvo que la ANI esté de acuerdo con el Concesionario.”

Esto es, que compete al panel de Amigables Componedores conocer de la controversia en relación con el Acta del cálculo de la Retribución, en tanto derivada de la discrepancia entre Interventor y Concesionario, en la medición de indicadores.

En otros apartes de la Parte General del Contrato, también se dejó al Amigable Componedor el conocimiento de otros temas relacionados con la Retribución: la falta de acuerdo del Concesionario con las correcciones y/o ajustes solicitados por la ANI “con el fin de que éste corrija los incumplimientos” advertidos por la ANI y el Interventor en el cumplimiento cabal de las especificaciones técnicas o de cualquier estipulación del Contrato o sus Apéndices (4.17)(1); el desacuerdo entre las Partes en relación con el valor de la Retribución correspondiente a la Unidad Funcional por un EER consistente en “Fuerza Mayor Predial”(7.4)(c); y el desacuerdo frente al valor de la Retribución correspondiente a la Unidad Funcional afectada con la redefinición del Plan de Obras originado en el evento de Fuerza Mayor Redes (8.2)(i)(2).

En conclusión, en los términos de las cláusulas analizadas 3.1 de la Parte General y 4.3. del Anexo Técnico 4, la controversia cuya definición fue atribuida en el contrato al Amigable Componedor, corresponden a aquellas relacionadas con la discrepancia entre resultados de la evaluación de Indicadores registrados por el Interventor y el Concesionario, con miras a determinar la remuneración.

Esos temas no son objeto de reclamo a través de las pretensiones 1.1 a 1.11. Tampoco lo son aquellos atribuidos al Amigable Componedor en los puntos (4.17) (1), (7.4) (c) y (8.2) (i)(2).

Tales pretensiones no se encaminan a definir la falta de acuerdo entre el Concesionario y el Interventor en relación con la medición de cumplimiento de los indicadores que ha servido de base al cálculo de la Retribución. Las pretensiones no plantean discusión sobre el alcance y conclusión de las mediciones, ni sobre el no cumplimiento de indicadores; la discusión propuesta al Tribunal supera ese tópico para plantearla en términos de si el Concesionario está obligado a cumplir con los indicadores del apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, a pesar del estado deficiente en el que afirma haberlos recibido.

En efecto, las pretensiones declarativas que conciernen a los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 se encaminan a obtener declaraciones relacionadas con las actividades y obras a que está obligado el Concesionario en los referidos subsectores (1.1); a los alcances de la obligación de resultado en relación con el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice técnico 4 para dichos subsectores (1.2); a los alcances del principio de “seguridad vial” frente a las actividades o intervenciones imprevisibles para corregir el estado de la vía en esos subsectores (1.3); a las condiciones técnicas deficientes por razones ajenas y no imputables al Concesionario, de dichos subsectores y por los cuales no debe responder (1.4); a las condiciones técnicas de tales subsectores que impiden el cumplimiento de determinados indicadores del Apéndice Técnico 4 (1.5); a que por las condiciones técnicas deficientes de los tramos de la vía en esos subsectores, se requiere adelantar obras y actividades que superan en intensidad, frecuencia y o magnitud a las que

eran previsible, o que superan el alcance contractual de Operación y Mantenimiento (1.6); a que no son exigibles al Concesionario los indicadores del Apéndice Técnico 4, en los tramos de la vía correspondiente a los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 (1.7); a que el Concesionario tiene derecho a que le sean reconocidos por la ANI los costos relacionados con las intervenciones que haya efectuado en esos subsectores para el cumplimiento de determinados Indicadores del Apéndice Técnico No. 4, que hayan resultado imprevisibles o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura a actividades de Operación y Mantenimiento (1.8); a que ante la falta de suscripción de un acta de terminación de la Unidad Funcional 1 no se da el supuesto contractual que da paso a la exigibilidad al Concesionario del cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4 en los referidos subsectores (1.9); a que en consecuencia la ANI no se encuentra facultada para realizar deducciones como resultado de las mediciones del índice de cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de esos subsectores (1.10) y a que mientras no se reciba la totalidad de la infraestructura correspondiente a la Unidad Funcional 1, y no se suscriba el acta de terminación de esa Unidad, no debe realizarse la medición de indicadores bajo el Apéndice técnico 4 para esos subsectores (1.11).

En cuanto a las pretensiones de condena 2.1. y 2.2., es evidente que no se dirigen a obtener el orden de pago a que haya lugar como consecuencia de la decisión sobre discrepancias en la evaluación del índice de cumplimiento derivado de la medición de los indicadores, tema que compete al amigable componedor.

La condena buscada a través de esas pretensiones corresponde a los costos en los cuales el Concesionario afirma haber incurrido hasta el momento de presentación de esta demanda, o en los que deberá incurrir después de tal momento y relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores.

Por tanto, el Tribunal es competente para conocer de esas pretensiones.

Por similares razones concluye el Tribunal su competencia para conocer de la Pretensión 2.3, enderezada a que se condene a la ANI a pagar al Concesionario, los valores que hayan sido objeto de Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1. Esa pretensión no tiene origen en discrepancias entre las mediciones efectuadas por el Interventor y aquellas realizadas por el Concesionario, tema de competencia del Amigable Componedor. Esa pretensión de condena proviene de la pretensión de que no corresponde a la Convocante cumplir con los indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2. y 1.3.

Conforme a las consideraciones que anteceden, se negará la excepción.

1.3 SOBRE EL DICTAMEN APORTADO POR LA ANI

La parte Convocada en su escrito de 8 de abril de 2024 anunció la presentación de un dictamen pericial técnico, financiero y contable de Contradicción a los dictámenes presentados por la convocante.

El Tribunal en auto núm.14 del 15 de abril de 2024, accedió a tal solicitud y le concedió un plazo para su aportación. El 23 de julio de 2024, la ANI entregó el dictamen de contradicción anunciado, elaborado por el perito Oscar Andrés Rosas Páez - OPZION COMPANYY.

Con ocasión de lo anterior, el 29 de julio de 2024, el apoderado de la convocante radicó memorial en el que se manifestó frente al dictamen de contradicción aportado, oportunidad en la que señaló:

- i) El dictamen aportado *“desborda palmariamente el objeto que había sido anunciado por la ANI”*, lo cual impide que pueda ser incorporado al expediente y mucho menos valorado por el Tribunal.
- ii) El documento aportado obedece a una prueba distinta a la que la ANI tenía posibilidad de aportar, con fundamento en el artículo 228 del Código General del Proceso, en tanto el *“objeto del dictamen debía estar estrictamente limitado a servir como dictamen de contradicción destinado a refutar de manera técnica los dictámenes”*.
- iii) El dictamen es un *“escrito de oposición y refutación de la demanda interpuesta”*, en la medida en que *“incorpora apreciaciones jurídicas e interpretaciones contractuales”*, lo que pone de presente la *“ausencia de imparcialidad y objetividad del perito”*.
- iv) El dictamen carece del carácter técnico necesario, por el hecho de que se dedica a refutar las pretensiones de la demanda, cuestión que constituye un grave defecto que impide considerarlo como prueba e incorporarlo al proceso.

Con fundamento en lo anterior solicitó al Tribunal no admitirlo como prueba o, en subsidio, citar a interrogatorio de contradicción al perito, para los fines del artículo 228 del CGP.

Mediante auto núm. 30 del 13 de agosto de 2024, el Tribunal se refirió a la solicitud presentada por la convocante y señaló que la experticia fue aportada oportunamente y cumple los requisitos formales dispuestos en el C.G.P. y que, *“dado que las manifestaciones de la convocante atañen al contenido y alcance de la experticia, y que estos asuntos son propios de la valoración y del examen crítico de la prueba, lo que es de resorte del tribunal y de lo que se debe ocupar en la oportunidad procesal para ello, denegará tal solicitud”*.

Con fundamento en lo anterior, dispuso *“Por reunir los requisitos previstos en el artículo 226 del Código General del Proceso, y con fundamento en el artículo 228 del mismo estatuto, téngase como prueba con el valor legal correspondiente, el dictamen técnico financiero contable de contradicción entregado por la ANI, elaborado por OPZION COMPANYY...”*.

Habida cuenta de lo narrado, el Tribunal se referirá a las manifestaciones y oposiciones que formuló la convocante frente al peritaje de contradicción, encaminadas a que el mismo no sea valorado.

Al respecto debe señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del CGP, el dictamen pericial deber ser valorado por el juez en la misma forma en que se aprecian los demás medios de prueba aportados al trámite, esto es, realizando una valoración conjunta y racional de todas las pruebas, bajo los criterios o parámetros de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia.

Lo anterior le impone a este Tribunal, tener en cuenta y valorar no solo las conclusiones del perito, sino el trabajo realizado, el procedimiento seguido, la metodología utilizada, el fundamento de sus afirmaciones y conclusiones, así como la claridad y exactitud de sus respuestas en el dictamen y en la declaración, así como la idoneidad y experiencia del perito.

Efectuado un análisis del dictamen pericial de contradicción presentado por la ANI y la declaración rendida por el perito, se concluye que esta prueba debe ser tenida en cuenta y valorada, en tanto cumple con el objeto para el que fue aportada, cual es, contradecir las conclusiones a las que llegaron los peritos que elaboraron las experticias aportadas por la Convocante. Adicionalmente, el trabajo contiene desde un punto de vista técnico, contable o financiero, varios asuntos de los discutidos durante el proceso, cuestiones que, en criterio del Tribunal, y al margen de las conclusiones que allí se exponen y que serán examinadas en esta providencia –en lo que sea pertinente– resultan suficientes para tenerlo en cuenta como prueba y valorarlo junto con las demás que se aportaron al presente trámite.

En tal sentido el Tribunal advierte que no encuentra que el peritaje de contradicción aportado carezca de fundamentos serios sobre los cuales se construyen las conclusiones que impongan su desestimación y, que, si bien es cierto que en algunos puntos el perito hizo afirmaciones relacionadas con asuntos de carácter jurídico, ese aspecto se apreciará en acápite posterior en la valoración de la prueba.

Definido lo anterior pasa el Tribunal a referirse, analizar y decidir las pretensiones formuladas en la demanda reformada, en el mismo orden en el que fueron planteadas.

2. SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS AL ALCANCE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, PARA LOS SUBSECTORES 1.2 y 1.3 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 1

Las Pretensiones

“1. DECLARATIVAS

En relación con el alcance del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1:

1.1. Que se declare que para el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. está obligada a desarrollar únicamente las actividades y obras previsibles de Operación y Mantenimiento aplicables para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, y no otras que le superen en intensidad, frecuencia o magnitud, y en general, de mayor envergadura tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción, u otras que resulten imprevisibles, según como quede probado en el proceso.

1.2. Que se declare que de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables, el alcance de las obligaciones de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, debe entenderse con extensión limitada, y en tal sentido, el hecho de que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. haya asumido como obligación de resultado el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 para dichos subsectores, no implica que materialmente esté compelida a adelantar cualesquier actividad u obra para el cumplimiento de dicho objetivo, sin importar el tipo de actividad u obra contratada, su costo y/o envergadura, o su imprevisibilidad.

1.3. Que se declare que en cumplimiento del “principio de seguridad vial” contemplado en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir por su cuenta, actividades o Intervenciones imprevisibles para corregir el estado de la vía en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, ni de mayor envergadura a las de Operación y Mantenimiento, tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción, u otras que resulten imprevisibles, según como quede probado en el proceso.

1.4. Que se declare que los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 que se prueben en el proceso, se encuentran en condiciones técnicas deficientes por razones ajenas y no imputables a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., y por las cuales no debe responder, según como quede probado en el proceso.

1.5. Que se declare que las deficientes condiciones técnicas de la vía correspondientes a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, impiden el cumplimiento de determinados Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, con el desarrollo de las actividades y obras previsibles que efectivamente se le encargaron a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para dichos subsectores, todo, según como quede probado en el proceso.

1.6. Que se declare que por razón de las condiciones técnicas deficientes de los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 que se prueben en el proceso, para cumplir los Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 que se prueben en el proceso, se requiere adelantar actividades y obras que superan en intensidad, frecuencia o magnitud a las que eran previsibles, o que superan el alcance contractual de Operación y Mantenimiento, también, según como quede probado en el proceso.

1.7. Que se declare que no le son exigibles a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015 que se prueben en el proceso, en los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, que también se prueben en el proceso.

1.8. Que se declare que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a que le sean reconocidos por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, los costos relacionados con las Intervenciones que haya efectuado en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 para el cumplimiento de determinados Indicadores del Apéndice Técnico No 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, que hayan resultado imprevisibles, o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura a actividades de Operación y Mantenimiento, según como quede probado en el proceso.

En relación con la medición de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3

1.9. Que se declare que ante la falta de suscripción de un Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1 no se configura el supuesto contractual que da paso a la exigibilidad a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., del cumplimiento de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

1.10. Que se declare que, como consecuencia de la pretensión anterior, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no se encuentra facultada para realizar Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4.

1.11. Que se declare que, mientras no se reciba la totalidad de la infraestructura correspondiente a la Unidad Funcional 1, y no se suscriba la correspondiente Acta de Terminación de esa Unidad Funcional, en lo que respecta a Indicadores, la ANI no debe realizar la medición de Indicadores bajo el Apéndice técnico 4 para los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

2. DE CONDENA

2.1. Que, según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., los costos en los que esta haya incurrido hasta el momento de presentación de esta demanda, relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores.

2.2. Que se ordene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los costos en los que esta haya incurrido e incurra después de la presentación de esta demanda, que estén relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores, una vez tales costos se presenten ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o a la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015.

2.3. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los valores que hayan sido objeto de Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.”

2.1 La posición de la Convocante

La parte Convocante afirmó que la obligación asumida por el Concesionario consistió en realizar actividades de operación y mantenimiento de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 la cual, al ser nueva y construida bajo estándares INVIAS, esperaba que se encontrara en la posibilidad de alcanzar los Indicadores del Apéndice Técnico 4 con el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asumió, propias del mantenimiento. Esto, al margen de que *“no fuera una obligación de la ANI entregar tales subsectores cumpliendo indicadores”*⁸⁸.

Señaló también que no era esperable que los tramos fueran entregados en condiciones tales que, lo previsto contractualmente, no fuera suficiente para cumplir con los Indicadores del Apéndice Técnico 4 y se viera obligado a superar el objeto contractual, lo cual conllevó a que su obligación principal de operar y mantener se viera transformada en una de rehabilitar y/o de intervenir mediante obras de mayor envergadura⁸⁹.

Además precisó que, desde la etapa precontractual, se informó a los proponentes que los tramos correspondientes a los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 se encontraban en construcción en el marco del Convenio Interadministrativo DHS-176-09 bajo el cumplimiento de especificaciones técnicas INVIAS, lo cual permitiría a quien resultara adjudicatario del proyecto, cumplir con suficiencia los indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 y garantizar el normal cumplimiento de sus obligaciones contractuales.⁹⁰

Expuso igualmente el convocante que el estado en que efectivamente fueron entregadas las obras no constituye un objeto de discusión en el presente trámite arbitral por cuanto, a su consideración, la ANI reconoce la existencia de falencias constructivas, no obstante lo cual pretende por medio de una interpretación literal de las obligaciones del Concesionario, que este asuma cualquier tipo de intervención, sin importar su magnitud o frecuencia, con el fin de mejorar las condiciones de la infraestructura para que cumpla con los estándares del Apéndice Técnico 4.

Precisó también que las deducciones por desempeño han sido aplicadas por la interventoría del contrato de forma ilegítima, porque se sustentaron en la exigencia de unos indicadores que no era posible alcanzar y conservar sin desbordar el elenco de las obligaciones a su cargo. Asimismo, señaló que no tenía facultades para la afectación de las pólizas de calidad y estabilidad de las obras que se ejecutaron por cuenta de terceros, porque no ostentaba la calidad de beneficiario, ni la de tomador de las pólizas. Advirtió que, no obstante, solicitó a la ANI que estas se hicieran efectivas.

Manifestó que, con el fin de dar cumplimiento a los estándares del Apéndice Técnico 4, incurrieron en sobrecostos para la ejecución de actividades no previstas en el contrato y que no formaban parte de los riesgos que asumió.

⁸⁸ Folio 168. Cuaderno Principal. Alegatos de Conclusión CRC. Pág. 12

⁸⁹ Folio 168. Cuaderno Principal. Alegatos de Conclusión CRC. Pág. 14.

⁹⁰ Folio 168. Cuaderno Principal. Alegatos de Conclusión CRC. Pág. 15.

2.2 La posición de la Convocada

En la contestación de la demanda reformada y en sus alegaciones finales, la ANI se opuso a cada una de estas pretensiones relacionadas con los subsectores 1.2 y 1.3.

Expuso que la obligación asumida por el Concesionario implicaba recibir, por su cuenta y riesgo, la infraestructura en el estado en que se encontrara con el fin de operarla y mantenerla, a cuyo efecto debía garantizar el cumplimiento de los estándares técnicos previstos por los indicadores del Apéndice Técnico 4.

Precisó que desde la etapa precontractual, la ANI informó a los proponentes en ejercicio de libertad contractual, que como contraprestación de la remuneración que se pactara y de acuerdo con la asignación de riesgos, particularmente los relacionados con estado de las obras y sus consecuencias (positivas o negativas), el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 estaba a cargo, de manera clara, del Concesionario, por tratarse de una expresión propia del principio de ecuación económica de los contratos.⁹¹

Precisó que las obligaciones y los riesgos asumidos por el Concesionario, debían interpretarse de manera armónica con los documentos precontractuales y contractuales correspondientes, los cuales le fueron dados a conocer con suficiencia y precisión.⁹²

La Convocada afirmó también que las obligaciones contractuales del Concesionario fueron de resultado, precisamente por el ejercicio de cuantificación que limitó su alcance a la obtención y conservación de los estándares del Apéndice Técnico 4 y la serie de discusiones adelantadas por las partes de forma previa a la construcción del contrato.

La ANI se opuso a las solicitudes del Concesionario en el entendido de que con ellas se busca que, por vía del laudo arbitral se modifique el alcance de sus obligaciones contractuales, por cuanto lo que pretendió fue hacer caso omiso a las disposiciones del contrato en relación con el deber de informar a la ANI los defectos que evidenciara en relación con las obras. Lo anterior, habida cuenta de que durante la ejecución contractual no remitió solicitud formal al respecto, ni adjuntó a sus comunicaciones los soportes técnicos que advirtieran la existencia de los defectos técnicos constructivos alegados.⁹³

En consonancia con lo anterior, la ANI afirmó que el estado de las obras era el requerido de conformidad con las disposiciones del contrato para la ejecución de obras de operación y mantenimiento, máxime si se tomaba en cuenta que, en momentos previos a la entrega de la infraestructura, la firma de consultoría contratada por el Concesionario había advertido que los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, pese a existir ciertos incumplimientos puntuales en el indicador del IRI (rugosidad), cumplían con los umbrales establecidos para ambas calzadas.⁹⁴

Sobre la posibilidad de aplicar deducciones por desempeño al Concesionario con ocasión del no cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4, la ANI reiteró lo dispuesto

⁹¹ Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 6

⁹² Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 7

⁹³ Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 8-9

⁹⁴ Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 9-10

en el contrato, según lo cual, los indicadores eran plenamente exigibles desde el momento en que se realizó la entrega formal de la infraestructura y el Concesionario inició el mantenimiento y la operación; así, con su incumplimiento, el mecanismo contractual precedente era la aplicación de las deducciones por desempeño.⁹⁵

La ANI manifestó también que el Concesionario pretendió obtener una declaratoria a través del laudo arbitral que le permitiera moldear lo pactado contractualmente a sus intereses económicos individuales, los cuales, consideró en contravía de lo válidamente pactado en el Contrato.⁹⁶

La ANI en la contestación de la demanda reformada propuso las excepciones de mérito que se relacionan a continuación.⁹⁷

Excepción: *Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista. (3.1.2.)*

Afirmó la Convocada que, en consideración a la naturaleza del Contrato de Concesión No. 013 de 2015 y la asunción expresa de riesgos que realizó el Concesionario, las pretensiones de la demanda estaban llamadas a fracasar, por cuanto el Concesionario contó con la información clara, expresa y suficiente para asumir los riesgos derivados de la ejecución del contrato por tratarse de la parte que se encontraba en mejor posición para hacerlo; y que cualquier interpretación que reconociera, que pese a existir este conocimiento pleno y asunción expresa de riesgos, un deber a cargo de la entidad pública de resarcir los efectos negativos de la materialización de los riesgos, desnaturalizaría la noción de Contratos Estatales de Concesión.

Excepción: *De la naturaleza del contrato estatal de concesión bajo el esquema de asociación público privada: El traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los Indicadores de Disponibilidad, Seguridad, Calidad y Nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos. (3.1.3.)*

La ANI afirmó que del Contrato y de la asunción expresa de riesgos que realizó el Concesionario se infiere que las pretensiones de la demanda están llamadas a fracasar, por cuanto el Concesionario fundamenta sus peticiones en la desnaturalización del alcance de sus obligaciones y pretende por esa vía trasgredir el ordenamiento jurídico al desconocer las disposiciones normativas establecidas alrededor de los Contratos Estatales de Concesión bajo Esquemas APP.

Precisó además que la Convocante buscó alterar el contenido del negocio jurídico en dos de sus acepciones más importantes.

Excepción: *Ruta del Cacao pretende desconocer los riesgos que fueron válidamente pactados y asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 013 de 2015; la Sección 13.2. de la Parte General del Contrato le trasladó al Concesionario los riesgos que son discutidos en Sede Arbitral. (3.1.4.)*

⁹⁵ Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 16-22

⁹⁶ Folio 94.1. Cuaderno Principal. Contestación Demanda ANI. Pág. 12

⁹⁷ Folio 94.1. Contestación Demanda Reformada ANI. Páginas 90-124.

Afirmó que el Concesionario busca alterar la estructura integral del Contrato de Concesión por medio del desconocimiento de elementos de su esencia, relevantes para su correcta ejecución. Precisó al respecto:

*“(…) En conclusión, y teniendo en cuenta que el Contrato fue diseñado bajo un esquema de traslados de riesgos al Concesionario entre los cuales se encuentra la asunción de los efectos favorables y desfavorables: i) del estado en el que se encontrara la infraestructura al momento de su entrega; ii) de las cantidades de obra necesarias para la consecución de las intervenciones pactadas, así como de sus obligaciones contractuales; y iii) de las cantidades de obra necesarias para la consecución de los resultados previstos para **las obras de mantenimiento**, iv) el riesgo de cambio y/o ajustes en los estudios y diseños, se evidencia que ninguna pretensión elevada por Ruta del Cacao está llamada a prosperar, al resultar contraria al Contrato de Concesión No. 013 de 2015 y al ordenamiento jurídico (…)”⁹⁸ (Resaltado es del texto original).*

Excepción: *La Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. está obligada a asumir por su cuenta y riesgo, todas las actividades o intervenciones necesarias como las de rehabilitación, mejoramiento y construcción en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, para el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión, los cuales le son exigibles. (3.1.5.)*

Adujo la Convocada que *“para dichos subsectores le corresponde al Concesionario recibirlos en las condiciones en que se encuentren para operar y mantener de acuerdo con el alcance pactado en los documentos contractuales, en especial el Apéndice Técnico 1 y el Otrosí No. 2, sin limitar las obligaciones en lo que tiene que ver con intensidad, frecuencia y magnitud y mucho menos la ejecución de las actividades necesarias para garantizar la prestación del servicio objeto y fin último de resultado del Contrato de Concesión.”*

Además, destacó que la ANI informó desde la etapa precontractual, con suficiencia y claridad, los riesgos que asumiría quien terminara como adjudicatario de la licitación pública VJ-VE-APPIPB-001-2015; en ese mismo sentido reiteró que ello quedó consignado en diversas disposiciones contractuales contenidas en los documentos que forman parte del Contrato de Concesión No. 013 de 2015.

Excepción: *La ANI se encuentra facultada para exigir a la convocante, el cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4 en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y para realizar Deducciones por Incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4. (3.1.6.)*

Afirmó al efecto que del alcance de las obligaciones que fueron asumidas y de la suscripción del Acta de Terminación Parcial de la Unidad Funcional 1 suscrita el 19 de septiembre de 2017 se deduce que la ANI, por conducto de la Interventoría, se encontraba en plena facultad de exigir al Concesionario el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 y para dar lugar a la aplicación de las deducciones por desempeño ante su incumplimiento.

⁹⁸ Folio 94.1 Contestación Demanda Reformada ANI. Pág. 112

Señaló también que las pretensiones de la Convocante estaban llamadas a fracasar porque al Concesionario le fue entregada la infraestructura desde finales del año 2020 y no se había evidenciado un cumplimiento de los indicadores establecidos en el Apéndice Técnico 4 pese a tratarse de una obligación asumida de forma expresa por el Concesionario, como también los riesgos asociados.

Precisó también que, en todo caso, el Concesionario no había realizado solicitud formal con el debido cumplimiento de requisitos y soportes que diera cuenta de condiciones deficientes o defectos constructivos que afectaran la posibilidad de dar cumplimiento a los indicadores del Apéndice Técnico 4.

.- *Excepción Genérica.* (3.1.8.)

La Convocada solicitó al Tribunal declarar cualquier excepción que se encuentre probada y que sea distinta de las previamente propuestas en el escrito; manifestó:

*“De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ‘(...) en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y **sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.** El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus (...)’ (Resaltado es del texto original).*

2.3 El concepto del Ministerio Público

En su concepto final, el Ministerio Público manifestó que, a partir del debate probatorio adelantado y lo expuesto por cada una de las partes en sus diferentes intervenciones orales y escritas, le asiste razón al Concesionario en sus pretensiones relacionadas con la obligación de recibir los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1; no obstante, no encuentra razones para acceder a las pretensiones relacionadas con la no exigibilidad en el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 y la devolución de los valores descontados por desempeño del Concesionario.

Afirmó que está probada la obligación del Concesionario de recibir las obras de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 en el estado en que se encontraran, la cual fue producto de la libertad contractual y se infiere de un riesgo asumido expresamente por el Concesionario⁹⁹. Consideró que la literalidad del contenido obligacional implicaba para el Concesionario el deber de recibir la infraestructura en el estado en que se encontrara, con la posibilidad de que se la entregaran en las mejores condiciones o incluso que llegara a estar en un estado deplorable.¹⁰⁰

Precisó también que, de adoptarse una interpretación literal del contenido obligacional, se estaría ante una clara vulneración, no solo de los derechos inherentes al Concesionario, sino también de lo establecido en el literal e), numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, por cuanto se otorgaría el alcance de ilimitada a la obligación asumida por el Concesionario.¹⁰¹

⁹⁹ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 42

¹⁰⁰ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 42

¹⁰¹ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 43

Consideró también, con apoyo en las conclusiones del dictamen pericial aportado por la Convocante, que lo esperable era que los tramos fueran recibidos recién construidos y en cumplimiento de las especificaciones técnicas INVIAS, máxime si se tenía en cuenta que el INVIAS hacía parte de los suscribientes del convenio mediante el cual se proyectó la construcción de las obras, de tal manera que las actividades que requerían estos sectores con posterioridad a su recibo estarían orientadas únicamente a mantenerlos en ese estado¹⁰².

El señor agente del Ministerio Público encontró probado que el estado en que fueron efectivamente entregados los tramos fue sustancialmente distinto de lo esperado, a cuyo efecto afirmó que no fueron recibidos en un estado óptimo y que no correspondían a una vía recién construida pues, de conformidad con el informe de la consultora del Concesionario, ya se advertía que se requerían algunas intervenciones mayores con el fin de dar cumplimiento a los indicadores del Apéndice Técnico 4.¹⁰³

Con apoyo en los resultados del mismo dictamen aportado por la Convocante, encontró como ciertas las siguientes consecuencias que debió soportar el Concesionario: “i) imposibilidad de cumplimiento de los indicadores de rugosidad E1 (IRI) y E7 (Hundimiento) del AT4, motivo por el cual no le eran exigibles al Concesionario, ii) se requiere realizar actividades de intervención superiores a las exigibles en una etapa de Operación y Mantenimiento de la vía; como, por ejemplo, Mantenimiento periódico o Rehabilitación, iii) la Concesionaria tiene derecho al reconocimiento y pago de las actividades que haya ejecutado hasta la fecha en los subsectores 2 y 3 de la UF1, que superen las actividades de Operación y Mantenimiento y iv) la Concesionaria tiene derecho a que la ANI le reembolse el valor que le haya descontado”.¹⁰⁴

Sobre la solicitud del Concesionario de que sean reintegradas las sumas descontadas por concepto de deducciones por desempeño, el Ministerio Público se opuso a la misma con fundamento en que la obligación asumida por el Concesionario preveía que, una vez iniciara la operación y mantenimiento de las obras, el Concesionario estaba en la obligación de garantizar el cumplimiento de los indicadores so pena de la aplicación de las sanciones en la retribución.¹⁰⁵

Para el Ministerio Público no es de recibo el argumento de la inexistencia de suscripción de acta de terminación de la Unidad Funcional 1 como sustento para declarar la falta de legitimidad en las deducciones por desempeño, por cuanto las partes acordaron una regulación especial aplicable para este caso, que no contemplaba la suscripción del Acta de Terminación para dar inicio a la exigencia de cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4¹⁰⁶, sino la entrega formal de las obras, circunstancia que se materializó desde el 07 de diciembre de 2020¹⁰⁷.

¹⁰² Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 44

¹⁰³ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 46

¹⁰⁴ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 47

¹⁰⁵ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 47-54

¹⁰⁶ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 47-54

¹⁰⁷ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 53

Así las cosas, el Ministerio Público consideró que el Tribunal debe acceder a las pretensiones 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.8; acceder parcialmente a las pretensiones 1.5, 1.6 y 1.7; y negar las pretensiones 1.9, 1.10 y 1.11¹⁰⁸.

2.4 Análisis de las Pretensiones 1.2 y 1.3

La parte Convocante pretende un pronunciamiento del Tribunal sobre el contenido de las obligaciones que asumió respecto de los subsectores 1. 2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

Así, el estudio de estas pretensiones exige primeramente verificar lo acordado por las partes, a cuyo efecto el Tribunal destaca los siguientes hechos probados relacionados con lo dispuesto en el contrato y demás documentos que lo integran.

El 21 de agosto de 2015 la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI - y la Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. celebraron el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013, con fundamento en la previa adjudicación realizada por la ANI mediante la Resolución No. 1160 del 6 de julio de 2015, en el marco del Proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015¹⁰⁹.

El objeto del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 consistió en *“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”*¹¹⁰.

En la Sección 3.3 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 se establece la División del Proyecto en nueve (9) Unidades Funcionales, donde se diferencia en cada una los alcances específicos del proyecto y el tipo de intervención exigible al contratista¹¹¹.

Sobre la Unidad Funcional 1, Subsectores 1.2 (Puente Guillermo Gaviria - La Virgen) y Subsector 1.3. (La Virgen - Rancho Camacho) en la Sección 3.3 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 y en las Secciones 2.4 y 2.5 del Apéndice Técnico Nro. 1 consta que la intervención que debía realizar el CONCESIONARIO consistía en *“Mantenimiento y Operación”*¹¹²

Sobre el contenido de esas obligaciones asumidas por el Concesionario, en la Sección 9.4 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 consta sobre el *“Mantenimiento de las Intervenciones e Indicadores”* que *“a) Durante la Etapa de Operación y Mantenimiento el Concesionario mantendrá las Intervenciones ejecutadas durante la Fase de Construcción y las demás obras y bienes del Proyecto de tal manera que cumplan siempre con los Indicadores, y deberá dar cumplimiento a las demás obligaciones especificadas para la Etapa de Operación y Mantenimiento en los Apéndices Técnicos 2 y 4 del presente contrato (...).”*¹¹³

¹⁰⁸ Folio 170. Cuaderno Principal. Concepto Ministerio Público. Pág. 78-80

¹⁰⁹ Folios 1-296. Cuaderno 02 Pruebas. Contrato de Concesión No. 013 de 2015

¹¹⁰ Folio 44. Cuaderno 02 Pruebas. Contrato de Concesión No. 013 de 2015

¹¹¹ Folios 12-14. Cuaderno 02 Pruebas. Parte Especial Contrato

¹¹² Folios 12 Contrato Parte Especial y 8 y 13 Apéndice Técnico 1. Cuaderno 02 Pruebas

¹¹³ Folio 141. Cuaderno 02 Pruebas. Parte General Contrato

Se destaca también que en la Sección 9.4 de la Parte General del Contrato consta sobre el “Mantenimiento de las Intervenciones e Indicadores” que “(c) Todas las obras y actividades que deba ejecutar el Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento para asegurar el cumplimiento de los Indicadores y demás obligaciones contenidas en este Contrato en especial en el Apéndice Técnico 4-, sin importar su magnitud, tipología, características o alcances, serán por cuenta y riesgo exclusivo del Concesionario, salvo cuando se establezcan, de manera expresa en este Contrato, cubrimientos de riesgos a cargo de la ANI o se trate de un Evento Eximente de Responsabilidad (...)”¹¹⁴.

En las Secciones 4.2 del Apéndice Técnico 1 y 6.1 del Capítulo IV del Apéndice Técnico 2 del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 se estableció como obligación a cargo del Concesionario Ruta del Cacao, sobre los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, la realización de todos los trabajos, obras y actividades necesarias para cumplir con lo dispuesto en el Apéndice Técnico 4 Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio. De la referida sección cabe destacar: “Las obras de mantenimiento deberán adelantarse aun cuando no exista una categoría o procedimiento específico para éstas en este numeral, de manera que los elementos de la(s) vía(s) cumplan con los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 y cumplan su función de manera adecuada con la calidad de servicio establecida en el Contrato, en el presente Apéndice Técnico y en los demás documentos del Contrato. Por consiguiente, la descripción de las Obras de Mantenimiento y Operación no debe entenderse como exhaustiva, por lo que se entiende que el Concesionario deberá asumir la obligación de realizar todos los trabajos, obras y actividades necesarios para cumplir con los Indicadores establecidos en el Apéndice Técnico 4 Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio. En cualquier caso, el Concesionario deberá corregir todos los deterioros o deficiencias detectados por la Interventoría o por él directamente en desarrollo de sus actividades de autoevaluación, y en especial aquellos que pudieran afectar a la transitabilidad de la(s) vía(s). Por consiguiente, el Concesionario será responsable de adoptar las medidas preventivas y/o correctivas necesarias para la conservación de la(s) vía(s) en las condiciones establecidas en el Contrato y en el Apéndice Técnico 4 Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio, así como en las que exija la Interventoría, siempre que se refieran al cumplimiento de temas obligatorios del contrato y/o ley aplicable (...)”¹¹⁵.

Respecto del recibo de los subsectores 1.2 y 1.3 conviene tener en cuenta que en la Sección 4.2 de la Parte General, dentro de las “Principales Obligaciones del Contratista durante la Fase de Preconstrucción”, se acordó la de “(...) (p) Recibir la Infraestructura del Proyecto en Concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo la Estaciones de Peaje y las Estaciones de Pesaje en el estado en el que la 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 (...)”¹¹⁶.

La precitada obligación tiene la correlativa a cargo de la ANI que fue regulada en la Sección 4.3 de la Parte General del Contrato APP No. 013, que establece dentro de las “Principales Obligaciones de la ANI durante la Fase de Preconstrucción” la de “(a) Realizar la entrega de la Infraestructura al Concesionario, incluyendo las Estaciones de Pesaje y las Estaciones de Peaje existentes en el plazo señalado en el Apéndice Técnico 1 y en el presente Contrato. Esta entrega

¹¹⁴ Folio 141. Cuaderno 02 Pruebas. Parte General Contrato

¹¹⁵ Folio 39 Apéndice Técnico 1 y 71 Apéndice Técnico 4. Cuaderno 02 Pruebas.).

¹¹⁶ Folio 94. Cuaderno 02 Pruebas. Parte General Contrato

*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 del Proyecto, cualquiera ella sea. La puesta a disposición será efectuada a partir de la suscripción del Acta de Inicio o expedición de la Orden de Inicio (...)*¹¹⁷.

Sobre el riesgo relacionado con las condiciones de la infraestructura en la Sección 13.2 de la Parte Especial del Contrato se estableció que sería asumido por el Concesionario por cuanto *“Los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura correspondiente al Proyecto en el estado en que sea entregada por la ANI, en tanto sus obligaciones de resultado para la entrega de las Intervenciones y para la Operación y el Mantenimiento aun en la Etapa Preoperativa no se reducirán, ni la Retribución se aumentará por dichas condiciones cualesquiera que ellas sean (...)*¹¹⁸.

Cabe destacar que el día 09 de octubre de 2015 se modificó la Sección 3.5 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013 mediante la suscripción del Otrosí No. 2. En este negocio jurídico se amplió lo acordado sobre la entrega de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, para indicar que estos tramos, por estar intervenidos bajo el Convenio Interadministrativo DHS-176-09, se entregarían al Concesionario una vez se culminaran las obras correspondientes y fueran entregados formalmente a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI –; asimismo, se eliminó de este aparte lo relacionado con la suscripción de un Acta de Entrega de la Infraestructura de la ANI al Concesionario. De su texto se destaca lo siguiente:

“(...) (c) Incorporación de tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior a la Concesión y recibo de obras:

Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior, se incorporarán a la Concesión una vez estos se encuentren disponibles para la entrega, cuando las mismas hayan sido recibidas formalmente por la ANI. Si estas fueron recibidas antes de la suscripción del Acta de Inicio se entenderán entregadas con la suscripción del Acta de Inicio.

Si estas son recibidas después de la fecha de suscripción del Acta de Inicio, la ANI notificará al Concesionario sobre esta disponibilidad, la cual se hará efectiva a los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la notificación, momento en el cual el Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos en los convenios y contratos relacionados en el cuadro anterior, en el estado en que se encuentren. El Concesionario deberá garantizar en los tramos o puntos donde se hicieron intervenciones, que estos se incorporen a la respectiva Unidad Funcional, dando cumplimiento a los indicadores en los mismos términos descritos en el Apéndice Técnico 2 y/o 4, según corresponda, para cada una de las Unidades Funcionales.

Cuando quiera que en desarrollo de sus propias actividades el Concesionario efectúe obras o haga trabajos necesarios para la prestación del servicio público y/o para el cumplimiento de los indicadores, los cuales reemplacen total o parcialmente las obras y los trabajos garantizados por las pólizas de estabilidad y calidad de las obras correspondientes a los convenios y contratos detallados en el cuadro inmediatamente

¹¹⁷ Folio 99. Cuaderno 02 Pruebas. Parte General Contrato

¹¹⁸ Folio 171. Cuaderno 02 Pruebas. Parte Especial Contrato

*anterior, se entenderá que el Concesionario deberá responder por las correspondientes obras o trabajos en los mismos términos de la infraestructura que no estaba siendo intervenida (...)*¹¹⁹.

La entrega de los subsectores 1.2 y 1.3, como se infiere de lo acordado entre las partes, estuvo condicionada por la ejecución del contrato de obra que tuvo por objeto la construcción de la vía comprendida en dicho tramo, el cual fue suscrito en desarrollo de un convenio interadministrativo celebrado previamente entre varias entidades públicas.

Procede por tanto el Tribunal a destacar a continuación los hechos relacionados con la celebración y ejecución de los negocios jurídicos involucrados con la construcción de la vía.

El día 13 de noviembre de 2009, el Departamento de Santander, el Municipio de Barrancabermeja, Ecopetrol y el INVIAS, suscribieron el Convenio Interadministrativo DHS No. 176-09, cuyo objeto fue *“establecer de buena fe: (i) declaraciones de intención y; (ii) condiciones contractuales bajo las cuales las entidades asociadas esperan ejecutar las diferentes fases del proyecto CONEXIÓN VIAL TRONCAL DEL MAGDALENA MEDIO PUENTE GUILLERMO GAVIRIA CORREA”*¹²⁰.

El día 25 de noviembre de 2016 Ecopetrol, en su calidad de Entidad Ejecutora del Convenio DHS No. 176-09 dio apertura al Proceso de Selección No. 4000665 con el fin de contratar la ejecución de las *“OBRAS CIVILES, CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN AMBIENTAL GRAN VÍA YUMA; SECTOR 0 Y 3, INTERSECCIONES A DESNIVEL, Y OBRAS COMPLEMENTARIAS Y DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL A LO LARGO DEL CORREDOR DEL PROYECTO, UBICADO EN BARRANCABERMEJA SANTANDER, CON OPCIÓN DEL SECTOR 2”*¹²¹.

El día 07 de abril de 2017, entre Ecopetrol y el Consorcio Vial Magdalena Medio se celebró el Contrato No. HAB-YUMA-2017-06, cuyo objeto fue ejecutar las *“OBRAS CIVILES, CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN AMBIENTAL GRAN VÍA YUMA; SECTOR 0 Y 3, INTERSECCIONES A DESNIVEL, Y OBRAS COMPLEMENTARIAS Y DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL A LO LARGO DEL CORREDOR DEL PROYECTO, UBICADO EN BARRANCABERMEJA SANTANDER, CON OPCIÓN DEL SECTOR 2”*.

Del referido contrato se destaca que dentro de los Sectores 0 y 3 del Proyecto Gran Vía Yuma, se encontraban incluidos los tramos Puente Guillermo Gaviria – La Virgen y La Virgen – Rancho Camacho, que representan los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Contrato 013 de 2015¹²².

El día 27 de abril de 2017 Ecopetrol y el Consorcio Vial Magdalena Medio suscribieron el Acta de Inicio del Contrato No. HAB-YUMA-2017-06, en la cual consta que la ejecución del proyecto se iniciaría el día 12 de mayo de 2017 y que se terminaría el día 15 de agosto de 2018¹²³.

¹¹⁹ Folios 2-3. Cuaderno 02 Pruebas. Otrosí No. 2 Contrato

¹²⁰ Folio 4. Cuaderno 02 Pruebas. Convenio Interadministrativo DHS-176-09

¹²¹ Folios 1-46. SECOP. Consultado el 30 de enero de 2025. Acta de Apertura Proceso de Licitación 4000665.

¹²² Folios 1-46. SECOP. Consultado el 30 de enero de 2025. Contrato HAB-YUMA-2017-06

¹²³ Folios 1-2. SECOP. Consultado el 30 de enero de 2025. Acta de Inicio Contrato

El día 21 de octubre de 2019, entre Ecopetrol y el Consorcio Vial Magdalena Medio se celebró el Contrato No. HAB-YUMA-2019-09, cuyo objeto fue ejecutar las “OBRAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA INTERSECCIÓN LA VIRGEN EN EL SECTOR 1 DE LA GRAN VÍA YUMA”¹²⁴.

El día 13 de noviembre de 2019, Ecopetrol y el Consorcio Vial Magdalena Medio suscribieron el Acta de Inicio del Contrato No. HAB-YUMA-2019-09 en la cual consta que la fecha estimada de terminación era el 10 de mayo de 2020¹²⁵.

El día 06 de enero de 2020 se dieron por finalizadas las actividades correspondientes al objeto del Contrato No. HAB-YUMA-2017-06 y las obras fueron entregadas a Ecopetrol¹²⁶.

El día 10 de junio de 2020 Ecopetrol y el Consorcio Vial Magdalena Medio, suscribieron el acta de cierre y balance de mutuo acuerdo correspondiente al Contrato No. HAB-YUMA-2017-06. En la referida acta se dejó constancia de que las obras objeto de este contrato fueron recibidas al 100% de ejecución¹²⁷.

El día 01 de septiembre de 2020 se dieron por finalizadas las actividades correspondientes al objeto del Contrato No. HAB-YUMA-2019-09, las partes suscribieron el acta de cierre y balance de mutuo acuerdo correspondiente al contrato y dejaron constancia de que las obras del Contrato No. HAB-YUMA-2019-09 fueron recibidas al 100% de ejecución¹²⁸.

El día 13 de octubre de 2020, Ecopetrol, en su calidad de entidad ejecutora del Convenio Interadministrativo DHS No. 176-09, entregó a los miembros del referido convenio, representados por el Municipio de Barrancabermeja, las obras correspondientes a la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 en el estado en que le habían sido entregados por el Consorcio Vial Magdalena Medio.¹²⁹

El día 30 de noviembre de 2020 el Municipio de Barrancabermeja formalizó la entrega a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI -, de la infraestructura correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Contrato 013 de 2015, en las mismas condiciones en que previamente le había sido entregada por Ecopetrol en su calidad de Entidad Ejecutora del Convenio Interadministrativo DHS 176-09¹³⁰.

El día 21 de diciembre de 2020 la ANI mediante comunicación No. 20205000394291 se pronunció frente al Concesionario sobre la disponibilidad de los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 así: “(...) se ratifica a la Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S., que los tramos viales entre: (i) el Sector 3 (desde el intercambiador Wilches (K8+600) al acceso del Puente Guillermo Gaviria (K15+050), (ii) el Sector 0 (del Intercambiador Rancho Camacho (K14+740) a La Virgen (K0+500) y (iii) el Intercambiador La Virgen, quedaron a su disposición a partir de los 00:00 horas del 7 de diciembre de 2020 (...)” con el fin de que iniciara con la ejecución de las obligaciones contractuales previstas en el Contrato 013 de 2015¹³¹.

¹²⁴ Folios 1-5. Cuaderno 02 Pruebas. “Acta de entrega de La Virgen y los Sectores 0 y 3”.

¹²⁵ Folios 1-24. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de cierre y balance de mutuo acuerdo Contrato HAB-YUMA-2017-06

¹²⁶ Folio 4. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de cierre y balance de mutuo acuerdo Contrato HAB-YUMA-2017-06

¹²⁷ Folios 1-24. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de cierre y balance de mutuo acuerdo Contrato HAB-YUMA-2017-06

¹²⁸ Folios 1-3. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de terminación del contrato HAB-YUMA-2019-09

¹²⁹ Folios 1-5. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de entrega de La Virgen y los Sectores 0 y 3

¹³⁰ Folio 2. Cuaderno 02 Pruebas. Comunicación ANI a CRC Rad. 20205000394291

¹³¹ Folio 2. Cuaderno 02 Pruebas. Comunicación ANI a CRC Rad. 20205000394291

De los anteriores hechos probados se infiere con claridad que el Concesionario recibió los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 el 7 de diciembre de 2020, cuando una parte de los mismos fue terminada y entregada a Ecopetrol el 6 de enero de 2020 y la otra el 1 de septiembre del mismo año. Esta circunstancia es relevante para el análisis que el Tribunal realizará en acápite posterior.

Es igualmente relevante para el estudio de estas pretensiones destacar los hechos relacionados con el estado de la vía comprendida en los citados subsectores 1.2 y 1.3, lo manifestado al efecto por el Concesionario ante la ANI y las respuestas dadas por la entidad y la Interventoría.

El día 19 de septiembre de 2017 se suscribió el Acta de Entrega Parcial de la Unidad Funcional 1. De esta acta cabe destacar que se formalizó la entrega del Subsector 1.1. y se indicó lo siguiente en relación con los Subsectores 1.2 y 1.3: *“En reunión del 04 de agosto de 2017 celebrada en la Ciudad de Barrancabermeja, Ecopetrol como ejecutor actual del convenio interadministrativo DHS 176-09 (celebrado por Ecopetrol, el INVIAS, el Municipio de Barrancabermeja y el Departamento de Santander) manifestaron que la terminación de la obra correspondiente al Sector 0 (Tramo La Virgen Rancho Camacho, sin incluir el intercambiador La Virgen) se está liquidando de Mutuo acuerdo sin la terminación de las obras, y que existen sectores para los cuales no se cuenta con los recursos necesarios para el inicio del proceso de contratación, situación que genera una imposibilidad para la ANI de entregar los subsectores 2 y 3 al Concesionario en el plazo previsto en el Contrato de Concesión (...)”*¹³².

El día 21 de septiembre de 2020 Ginprosa Ingeniería S.L Sucursal Colombia, Asistente Técnico del Concesionario Ruta del Cacao para la ejecución de la doble calzada Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó, le remitió informe con Rad. 20204090923172 sobre el estado físico de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en el cual manifestó que se presentaban defectos constructivos y de ausencia de mantenimiento en los tramos que lo componían.

De ese informe es relevante destacar lo siguiente:

“(...) UF1.2. La carpeta asfáltica en sectores, se encuentra con hundimientos y abultamientos leves, además de juntas de Parcheos y bacheos producto de posibles reparaciones sobre la calzada, esto podría generar resultados adversos en las mediciones de los indicadores del pavimento, por lo que es fundamental su toma.
. Hay sectores donde se observa que la Hidrosiembra no ha germinado “Taludes”.
. De acuerdo a la inspección visual de los 6 Puentes se observa los drenajes tapados, estos requieren limpieza.
. Pendiente instalar la señalización vertical de acuerdo a inspección visual en:
SP -24 Superficie rizada ‘Bandas alertadoras’
SR-01 Pare, ‘en los accesos a predios particulares’
SR-07 Giro, ‘en los accesos a predios particulares’
Señal de Identificación de Puentes y Pontones.
. Las ODT inspeccionadas presentan sedimentación y gran altura de maleza, lo cual dificulta la revisión de su estado.

¹³² Folios 1-8. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de Entrega Parcial UF1.1.

. Es importante solicitar los planos récord para identificar las condiciones definitivas en el proyecto ejecutado, de igual manera es importante la información del Índice de estado del corredor construido.

(...)

UF.1.3. La carpeta asfáltica a lo largo del corredor vial se encuentra en buen estado, pero se recomienda actividades de operación y mantenimiento, ya que hay gran maleza sobre el separador y al pie de los taludes sobre cada calzada, lo cual impide el correcto funcionamiento de las ODL, lo cual se evidencia sectores con contaminación por material articulado.

. Torres de Media Tensión cercanas a chaflanes de taludes de corte, que se evidencian con patologías respecto a las obras de control de erosión.

. El puente Vehicular del intercambiador del PR 14+750 no cuenta con la iluminación en la parte inferior del puente.

. De los seis Puentes Inspeccionados, solo se observa drenajes de la losa superior en el Puente del PR 2+820.

. Existen sectores que presentan invasión al derecho de vía, se evidencian cercas, accesos, arboles ornamentales

. Pendiente instalar la señalización vertical de acuerdo a inspección visual en:

SP -24 Superficie rizada ‘Bandas alertadoras’

SR-01 Pare, ‘en los accesos a predios particulares’

SR-07 Giro, ‘en los accesos a predios particulares’

SI-PRo. Señal de Pr instalada cada Km.

SI-PR1. Señal de Pr instalada cada Km.

Señal de Identificación de Puentes y Pontones.

. Existen dos sectores con presencia de redes

. Se está realizando actividades de reparación de ODT, se adelantan actividades de pinturas en las ODT (Página 38) (...)"¹³³.

El día 21 de septiembre de 2020, el Concesionario informó a la ANI y a la Interventoría sobre el mal estado de las obras, se pronunció sobre la necesidad de realizar intervenciones que superaban las actividades de operación y mantenimiento y recomendó la afectación de las pólizas de calidad y estabilidad de las obras constituidas en desarrollo de los contratos de obra suscritos por ECOPETROL. En similar sentido se destacan los oficios: RDC2020-09-04151-S del 21 de septiembre de 2020¹³⁴, RDC-2020-10-04432-S del 08 de octubre de 2020¹³⁵, RDC-2020-11-04889-S del 05 de noviembre de 2020¹³⁶, RDC2021-03-01221-S del 25 de marzo de 2021¹³⁷, RDC2021-07-02867-S del 21 de julio de 2021¹³⁸, RDC-2021-11-04456-S del 16 de noviembre de 2021¹³⁹, RDC-2021-12-04807-S del 02 de diciembre de 2021¹⁴⁰, RDC2021-01-

¹³³ Folios 2 y 3. Cuaderno 02 Pruebas. Informe Técnico Ginprosa Ingeniería S.L Sucursal Colombia remitido a CRC – Estado Infraestructura UF1.2 y 1.3

¹³⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Pág. 1.

¹³⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Páginas 1-2, 14 y 17

¹³⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Pág. 1.

¹³⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Páginas 1-7.

¹³⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Páginas 1-14.

¹³⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso. Páginas 1-5.

¹⁴⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso. Páginas 1-5.

00354-S del 27 de enero de 2022¹⁴¹, RDC2022-07-02874-S del 14 de julio de 2022¹⁴² y RDC2022-09-03755-S del 02 de septiembre de 2022¹⁴³.

El día 23 de septiembre de 2020, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, mediante comunicación CBBY-2-469-1587-20 recomendó a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI – otorgar un plazo de dos (2) meses al Concesionario a partir del recibo de las obras a cargo del Convenio Interadministrativo DHS-176-09, para que realizara lo necesario para el acondicionamiento de la vía, bajo los estándares del Contrato de Concesión a su cargo, fecha en la cual se daría el inicio de la medición de los indicadores respectivos. Al efecto el Interventor manifestó que el plazo era más que suficiente si se tenía en cuenta que no se habían realizado mantenimientos de ningún tipo en esa vía recientemente construida y totalmente nueva, en más de 6 meses, además de que el Concesionario había evidenciado altos indicadores de rendimiento en los mantenimientos rutinarios de las Unidades Funcionales terminadas.

De este documento se destaca:

“(...) Una vez revisada la comunicación del asunto, se recomienda a la ANI otorgar un plazo máximo de 2 meses a partir del recibo de las obras a cargo del Convenio Interadministrativo DHS-176-09, para que la Concesionaria Ruta del Cacao realice lo necesario para el acondicionamiento de la vía, bajo los estándares del Contrato de Concesión a su cargo, fecha en la cual se daría el inicio de la medición de los indicadores respectivos, teniendo en cuenta las siguientes condiciones y consideraciones: Tal como lo indicaron las partes del Convenio Interadministrativo DHS-176-09 y como pudo ser evidenciado por la ANI y esta Interventoría en los recorridos de campo realizados los días 16 y 17 de septiembre de 2020, no se han realizado mantenimientos de ningún tipo a las obras construidas. Las obras a recibir fueron terminadas hace más de 6 meses, con excepción del Intercambiador de la Virgen (recientemente terminado). Se requiere de un plazo para realizar los mantenimientos a que haya lugar. Consideramos que aquellos de mayor duración corresponden a los mantenimientos rutinarios (podas y limpiezas de obras de drenaje de 23 Km de vía en doble calzada (...))”¹⁴⁴.

Desde el día 21 de septiembre de 2020 y hasta finales del año 2022, el Concesionario informó a la ANI y a la Interventoría sobre el mal estado de la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3; adicionalmente solicitó que se activara el mecanismo de afectación de las pólizas de calidad y estabilidad (Oficios RDC2020-09-04151-S del 21 de septiembre de 2020¹⁴⁵, RDC-2020-10-04432-S del 08 de octubre de 2020¹⁴⁶, RDC-2020-11-04889-S del 05 de noviembre de 2020¹⁴⁷, RDC2021-07-02867-S del 21 de julio de 2021¹⁴⁸, RDC-2021-11-04456-S del 16 de

¹⁴¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Pág. 1.

¹⁴² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Páginas 1 y 8.

¹⁴³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1. Páginas 4-5.

¹⁴⁴ Folio 5. Cuaderno 02 Pruebas. Comunicación CBBY a ANI del 23 de septiembre de 2020

¹⁴⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁴⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁴⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁴⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

noviembre de 2021¹⁴⁹, RDC-2021-12-04807-S del 02 de diciembre de 2021¹⁵⁰, RDC2021-01-00354-S del 27 de enero de 2022¹⁵¹, RDC2022-07-02874-S del 14 de julio de 2022¹⁵² y RDC2022-09-03755-S del 02 de septiembre de 2022¹⁵³).

Desde diciembre de 2020 y hasta finales de 2022 la ANI, con apoyo en los conceptos brindados por la Interventoría del proyecto, informó al contratista que la obligación del Concesionario era recibir la infraestructura en el estado en que se encontrara en consideración a la asunción expresa del riesgo que había sido advertido desde la suscripción del contrato y las prestaciones asumidas para operarla y mantenerla con la garantía de cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4. Asimismo, requirió al Concesionario para que remitiera los documentos que sustentaran los defectos constructivos advertidos con el propósito de proceder con la solicitud de afectación de las pólizas de calidad y estabilidad de las obras. (Oficios ANI ANI20215000098461 del 07 de abril de 2021¹⁵⁴, ANI20215000104141 del 13 de abril de 2021¹⁵⁵ y ANI20223060318331 del 06 de octubre de 2022¹⁵⁶).

La Interventoría del Contrato, Consorcio CBBY, se pronunció sobre el estado de los subsectores 1.2 y 1.3 mediante comunicaciones en las cuales afirmó que la obligación contraída por el Concesionario en relación con los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 implicaba recibir las obras en el estado en que se encontraran y adecuarlas para que cumplieran con los estándares previstos en el Apéndice 4. Así también requirió al Concesionario los sustentos técnicos de los defectos constructivos advertidos. Le informó además que era imposible suspender la aplicación de las deducciones por desempeño puesto que se evidenciaba un incumplimiento contractual reiterado en esos subsectores. (Oficios remitidos de la Interventoría al Concesionario, como por ejemplo: CBBY-2-469-1683-20 del 23 de octubre de 2020¹⁵⁷, CBBY-2-469-1928-2 del 23 de noviembre de 2020¹⁵⁸, CBBY-2-469-0722-21 del 14 de mayo de 2021¹⁵⁹, CBBY-2-469-1256-21 del 02 de septiembre de 2021¹⁶⁰, CBBY-2-469-01552-21 del 26 de octubre de 2021¹⁶¹, CBBY-2-469-1819-21 del 10 de diciembre de 2021¹⁶², CBBY-2-469-1869-21 del 21 de diciembre de 2021¹⁶³, CBBY-2-469-0203-

¹⁴⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁵² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁵³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁵⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 04 Documentos UF1.

¹⁵⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁵⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Anexos 1559. Literal K.

22 del 08 de febrero de 2022¹⁶⁴, CBBY-2-469-0904-22 del 17 de junio de 2022¹⁶⁵, CBBY-2-469-1173-22 del 28 de julio de 2022¹⁶⁶ y CBBY-2-469-1292-22 del 16 de agosto de 2022¹⁶⁷).

Durante el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2021 y mayo de 2024, la Interventoría se pronunció sobre la existencia de incumplimientos en los indicadores del Apéndice Técnico 4 aplicables a los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 en los Informes de Evaluación de Indicadores mensuales (Oficios CBBY-2-469-1869-21 del 21 de diciembre de 2021¹⁶⁸, CBBY-2-469-904-22 del 17 de junio de 2022¹⁶⁹, CBBY-2-469-1173-22 del 28 de julio de 2022¹⁷⁰ y CBBY-2-469-1292-22 del 16 de agosto de 2022¹⁷¹ y CBBY-2-469-1125-23 del 26 de julio de 2023¹⁷²).

2.4.1 Las obligaciones asumidas por las partes respecto de los subsectores 1. 2 y 1.3

De conformidad con lo acreditado en el proceso el Tribunal destaca que los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1 fueron entregados al Concesionario una vez que los mismos fueron construidos por terceros, conforme se previó en el contrato.

Se resalta además que, conforme se evidenció en acápite precedente, el riesgo inherente al estado de la vía que se analiza fue asignado a el Concesionario así:

"Riesgos asignados al Concesionario:

(a) Salvo en los aspectos previstos en la Parte Especial, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices) o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario:

(i) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura correspondiente al Proyecto en el estado en que sea entregada por la ANI, en tanto sus obligaciones de resultado para la entrega de las Intervenciones y para la Operación y el Mantenimiento –aun en la Etapa Preoperativa– no se reducirán, ni la Retribución se aumentará por dichas condiciones cualesquiera que ellas sean". (Contrato, Parte General. Cláusula 13.2. Pág. 161-165).

Se acordó que el Concesionario debía recibir la infraestructura del proyecto "en el estado en el que la 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" (Parte

¹⁶⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁶⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Anexos 1559. Literal K.

¹⁶⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁷⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁷¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 03 Contestación ANI Reforma. Subcarpeta Anexos Contestación Demanda UF 1.2 y 1.3. Subcarpeta Comunicaciones Asociadas al proceso.

¹⁷² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal K.

General, sección 4.2, literal p), 4.3 y 13.2) y se pactó también que el recibo de “los tramos y puntos intervenidos” se haría “en el estado en que se encuentren” (sección 3.5. Parte Especial modificada por el Otrosí No. 2)

En el Contrato se convino igualmente que el recibo de los tramos y puntos relacionados con los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, al estar relacionados con la ejecución del Convenio Interadministrativo DHS 176-09, “se incorporarán a la Concesión una vez estos se encuentren disponibles para la entrega, a menos que los mismos hayan sido culminados antes de la adjudicación de este contrato. El Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos mediante el citado convenio 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 fecha en que dicha infraestructura se encuentre disponible para ser entregada (...)”. (Sección 3.5 de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 013).

También se lee antes de la descripción de las vías existentes comprendidas en el proyecto que “la columna estado actual de las vías es solo de carácter informativo” y que en consecuencia “la entrega de la infraestructura se hará en el estado en que se encuentre, por lo que la siguiente información no genera obligación alguna a cargo de la ANI, ni servirá de base para observación o condicionamiento de cualquier tipo, al momento de la entrega por pretendidas o reales diferencias entre la información que aquí se incluye y la real condición del Corredor del Proyecto.” (Apéndice Técnico 1).

Sobre el estado en el cual serían entregados los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, conviene destacar los hechos probados indicativos de que la obligación a cargo del Concesionario consistiría en “mantenimiento y operación”, dado que los mismos no habían sido objeto de construcción durante la etapa precontractual que antecedió al contrato de concesión 013 de 2015; que existía un Convenio Interadministrativo celebrado entre el Departamento de Santander, el Municipio de Barrancabermeja, el INVIAS y ECOPETROL que incluyó dentro de su objeto la construcción de esta vía; que esos tramos serían entregados una vez se ejecutara el contrato de obra que habría de celebrarse para construirla; que esta sería entregada con el cumplimiento de los requerimientos técnicos INVIAS y que respecto de las obras así entregadas estarían vigentes las correspondientes garantías de estabilidad.

Se destaca también de los hechos probados que, cuando se firmó el acta de inicio del Contrato 013 de 2015, los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 no estaban contratados en su totalidad¹⁷³, que los contratos de obra que tuvieron por objeto su construcción se celebraron entre ECOPETROL y el Consorcio Constructor YUMA el día 21 de diciembre de 2012¹⁷⁴; entre la misma entidad y el Consorcio Vial Magdalena Medio los días 07 de abril de 2017¹⁷⁵ y 21 de octubre de 2019¹⁷⁶; que las obras fueron entregadas a satisfacción de ECOPETROL los días 09 de junio de 2016, 06 de enero de 2020 y 01 de

¹⁷³ Folios 1-6. SECOP. Consultado el día 03 de febrero de 2025. Acta de Inicio Contrato 013-2015

¹⁷⁴ HAB-YUMA-2012-01

¹⁷⁵ Contrato HAB-YUMA-2017-06

¹⁷⁶ Contrato HAB-YUMA-2019-09. Folios 1-5. Cuaderno 02 Pruebas. Acta de entrega de La Virgen y los Sectores 0 y 3; y Folios 1-46. SECOP consultado el 03 de febrero de 2025.

septiembre de 2020, respectivamente¹⁷⁷ y que las mismas fueron entregadas por Ecopetrol al Municipio de Barrancabermeja el día 13 de octubre de 2020, quien las entregó a la ANI el día 30 de noviembre de 2020¹⁷⁸.

Es por lo anterior que el Tribunal considera que el Concesionario entendió que dichos subsectores se entregarían en buenas condiciones, pues lo esperado es que las obras objeto de un contrato estatal se ejecuten con sometimiento a las normas y al contrato que rigen estos negocios jurídicos.

Así, la preindicada situación fáctica y la circunstancia de que en los documentos precontractuales y contractuales se dispusiera que las obligaciones a cargo del Concesionario comprendían las actividades de mantenimiento y operación, condujeron a que él considerara que las prestaciones inherentes a la construcción, mejoramiento o rehabilitación no eran aplicables a los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

Se destaca además que el Concesionario asumió los riesgos previsibles al momento de celebrar el contrato y como quiera que, para ese momento, no era previsible recibir una vía nueva en mal estado, como en efecto ocurrió, cabe preguntar si los efectos del mal estado de esa vía están comprendidos dentro del contenido obligacional a cargo del Concesionario.

Al respecto conviene tener en cuenta que la distribución de riesgos se hace en consideración a la fortaleza o aptitud de cada una de las partes para mitigarlos, a cuyo efecto es determinante el conocimiento que tienen respecto de su contenido. Cabe destacar lo señalado por el Consejo de Estado en relación con el ejercicio de la asignación de riesgos en la configuración de contratos donde intervienen entidades estatales: *“Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente”*¹⁷⁹.

En el caso concreto, la ANI contaba con la información relativa a la celebración y ejecución de los contratos de obra celebrados por ECOPETROL para la ejecución de las obras de los indicados subsectores 1.2 y 1.3, como también la información sobre los avances, adiciones, tropiezos y entregas que se fueron presentando.

Se precisa además que, conforme se lee en el documento CONPES 3107 de 2001, *“Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados”*; definición acogida por el Consejo de Estado al precisar que *“la palabra riesgo tiene un significado que alude a la*

¹⁷⁷ Folios 1-75, cuaderno 02 Pruebas, acta de cierre y balance final del contrato HAB-YUMA-2012-01; folios 1-24, cuaderno 02 Pruebas, acta de cierre y balance final del contrato HAB-YUMA-2017-06 y folios 1-3, cuaderno 02 Pruebas, acta de terminación del contrato HAB-YUMA-2019-09.

¹⁷⁸ Folios 1-5, cuaderno 02 Pruebas, acta de entrega de La Virgen y los Sectores 0 y 3.

¹⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Exp. 22.464

probabilidad de que, por variables fácticas diferentes a la conducta antijurídica de la entidad contratante, los resultados del contrato —los retornos de la inversión— sean diferentes a los esperados, (...) Desde este punto de vista, el incumplimiento de las obligaciones contractuales no constituye un riesgo.”¹⁸⁰

En este punto del análisis es importante destacar que el Concesionario fue diligente al verificar la vía antes de su recibo por la ANI, como también al informar a la ANI en varias ocasiones sobre las irregularidades que se presentaban antes de la entrega a la ANI.

En efecto, conforme se relacionó precedentemente el Concesionario se pronunció ante la ANI sobre los defectos técnicos advertidos en la vía mediante comunicaciones RDC2020-09-04151-S del 21 de septiembre de 2020¹⁸¹, RDC-2020-10-04432-S del 08 de octubre de 2020¹⁸², RDC-2020-11-04889-S del 05 de noviembre de 2020¹⁸³, RDC2021-03-01221-S del 25 de marzo de 2021¹⁸⁴, RDC2021-07-02867-S del 21 de julio de 2021¹⁸⁵, RDC-2021-11-04456-S del 16 de noviembre de 2021¹⁸⁶, RDC2021-1204807-S del 02 de diciembre de 2021¹⁸⁷, RDC2021-01-00354-S del 27 de enero de 2022¹⁸⁸ y RDC2022-07-02874-S del 14 de julio de 2022¹⁸⁹.

En respuesta a las observaciones del Concesionario, la ANI y la interventoría se pronunciaron mediante oficios en los cuales reiteraron la obligación del Concesionario de recibir la vía en el estado en que se encontrara sin formular objeciones, afirmaron que tales comunicaciones carecían de análisis técnicos y aludieron a la posibilidad que tenía el Concesionario de pedir que se hicieran efectivas las garantías de estabilidad de esas obras. Dentro del elenco de oficios remitidos al Concesionario en respuesta a sus comunicaciones, se encuentran las siguientes: ANI ANI20215000098461 del 07 de abril de 2021, ANI20215000104141 del 13 de abril de 2021 y ANI20223060318331 del 06 de octubre de 2022; y CBBY-2-469-1683-20 del 23 de octubre de 2020, CBBY-2-469-1928-2 del 23 de noviembre de 2020, CBBY-2-469-0722-21 del 14 de mayo de 2021, CBBY-2-469-1256-21 del 02 de septiembre de 2021, CBBY-2-469-01552-21 del 26 de octubre de 2021, CBBY-2-469-1819-21 del 10 de diciembre de 2021, CBBY-2-469-1869-21 del 21 de diciembre de 2021, CBBY-2-469-0203-22 del 08 de febrero de 2022, CBBY-2-469-0904-22 del 17 de junio de 2022, CBBY-2-469-1173-22 del 28 de julio de 2022 y CBBY-2-469-1292-22 del 16 de agosto de 2022.

En desarrollo de este proceso la Convocada y los testigos que estaban vinculados a la Interventoría durante la ejecución del contrato 013 manifestaron que lo expuesto por el Concesionario sobre las irregularidades que presentaba la vía estaba incompleto y carecía de sustentos técnicos. A este respecto, se destacan las afirmaciones realizadas por los testigos Gustavo Alberto Montes y Julián Andrés Chacón en sus respectivas diligencias de toma de testimonio.

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 11 de mayo de 2022, exp. 56.449.

¹⁸¹ Folio 1. Cuaderno 02 Pruebas.

¹⁸² Folios 1-17. Cuaderno 02 Pruebas

¹⁸³ Folio 1. Cuaderno 02 Pruebas.

¹⁸⁴ Folios 1-7. Cuaderno 02 Pruebas

¹⁸⁵ Folios 1-14. Cuaderno 02 Pruebas

¹⁸⁶ Folios 1-6. Cuaderno 02

¹⁸⁷ Folios 1-5. Cuaderno 02 Pruebas

¹⁸⁸ Folios 1-4. Cuaderno 02 Pruebas

¹⁸⁹ Folios 1-8. Cuaderno 02 Pruebas.

Se resalta también que las partes acordaron el cumplimiento de los indicadores, en especial los contenidos en el Apéndice Técnico 4:

*"(...) 9.4 Mantenimiento de las Intervenciones e Indicadores
(...) (c) Todas las obras y actividades que deba ejecutar el Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento para asegurar el cumplimiento de los Indicadores y demás obligaciones contenidas en este Contrato –en especial en el Apéndice Técnico 4–, sin importar su magnitud, tipología, características o alcances, serán por cuenta y riesgo exclusivo del Concesionario, salvo cuando se establezcan, de manera expresa en este Contrato, cubrimientos de riesgos a cargo de la ANI o se trate de un Evento Eximente de Responsabilidad (...)" (Parte General del Contrato. Cláusula 9.4 Literal (C). Página 141).*

Sobre la naturaleza de las actividades que debía realizar el Concesionario respecto de los tramos 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, el Ingeniero Gustavo Alberto Montes afirmó que se trataban de actividades de operación y mantenimiento; adicionalmente resaltó que contrario a lo afirmado por CRC, el estado de la vía no demandaba la ejecución de actividades de rehabilitación y/o mejoramiento para ser operada:

"(...) DR. CRUZ: [02:44:53] ¿Y conforme a ello es que usted nos ha relatado que las actividades relacionadas a ejecutar en las unidades funcionales 1.2 y 1.3 eran de qué naturaleza?

SR. MONTES: [02:45:03] De operación y mantenimiento.

DR. CRUZ: [02:45:06] ¿Cuando hablamos de operación debemos entender por ello qué?

SR. MONTES: [02:45:09] De administrar la infraestructura, de prestar los servicios que haya que prestar ahí, de hacerle mantenimiento y de prestarle los servicios a los usuarios de la vía.

DR. CRUZ: [02:45:19] ¿Y de acuerdo al análisis que ustedes realizaron al momento de entregar o recibir esa vía en criterio de la interventoría, las actividades a desarrollar en la misma correspondían con una actividad de mantenimiento, no de rehabilitación, no de mejoramiento?

SR. MONTES: [02:45:31] Sí, sí señor (...)"¹⁹⁰.

Asimismo, al referirse a las observaciones planteadas por el Concesionario sobre el estado de la infraestructura y la imposibilidad de dar cumplimiento a los estándares del Apéndice Técnico 4, a lo largo de la ejecución contractual, afirmó que fueron conocidas y debidamente tramitadas por el Interventor y la ANI; precisó que el Concesionario nunca las sustentó en debida forma ni solicitó formalmente la activación de mecanismos correspondientes:

"(...) DRA. CORREA: [00:16:55] ¿Y las reclamaciones que viene haciendo el Concesionario, se las ha transmitido a la interventoría?

SR. MONTES: [00:17:02] Sí señora. Efectivamente el Concesionario a lo largo del tiempo y en esos primeros años presentó algunas comunicaciones o ha presentado comunicaciones en donde hace observaciones que desafortunadamente siempre han sido de carácter general. Razón por la cual, dado que esas obras eran obras nuevas que estaban recién construidas y que tienen póliza de estabilidad porque efectivamente tienen póliza de estabilidad, cosa conocida por todas las partes. Siempre se le requirió y siempre le hemos requerido nosotros como interventoría y tengo... hasta donde me acuerdo también la Agencia que fuera puntual, en qué observaciones tenía, cuál es la

¹⁹⁰ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 24 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Páginas 60-61.

justificación y soporte de esas condiciones por él manifestada de manera general para poder de acuerdo con los procesos y procedimientos que corresponde tras trasladar eso a quien le corresponde en este caso creo que ese Invías, e Invías a su vez requerir pues la aplicación de la póliza de estabilidad, cosa que en ningún momento ha sucedido.

DRA. CORREA: [00:18:13] ¿Ingeniero cuál es su entendimiento de observaciones generales?

SR. MONTES: [00:18:18] Que no cumplía todas las condiciones que a ellos se les exigía para la operación de la vía. Punto que no se cumplía con todo el... que ellos consideraban que tenía que cumplir la vía de acuerdo con el entender que ellos tenían a partir del momento del recibo de la misma infraestructura. Que las obras de arte tenían algunas condiciones que ya estaban deterioradas, pues efectivamente estaban deterioradas porque requieren mantenimiento y efectivamente no se hicieron. Y de pronto fue la última o de las últimas, hay un sector en el cual se presentaron unos daños importantes, unos daños importantes que por estas discusiones y por la falta de intervención por parte del Concesionario que hubieran sido fácilmente puede que no ni siquiera subsanables, sino detenerlas y no se generaran daños mayores, pues nunca las hicieron. Por cuenta por ejemplo, de unos manejos de agua en la intersección de la Virgen, sobre la cual nosotros hemos estado muy encima, muy diligentes en el sentido de requerirle al Concesionario actúe. Si hay que reclamar, pues reclame, pero actúe, porque el no actuar genera mayores daños a la infraestructura.

DRA. CORREA: [00:19:47] ¿Y le correspondía al Concesionario actuar?

SR. MONTES: [00:19:50] Sí claro, el Concesionario es un administrador de una infraestructura, un administrador que debe ser un administrador leal y eficiente, con administración de la infraestructura que le entrega. El fundamento de la concesión es, si bien hay que hay que hacer unas obras el resultado final de todo esto es tener una infraestructura que va a operar el Concesionario en su debida cómo se dice la palabra... eficacia en su debida actuar como un administrador conocedor de lo que es una infraestructura vial y administrarla para prestar un servicio.

Perdóneme, doctora. Y dentro de esa administración, pues corresponde si es necesario informar qué cosas hay que revisar, analizar, evaluar para definir cómo se van a hacer. Pero eso es lo que no se ha visto específicamente sobre la 1.2 y 1.3 (...)"¹⁹¹.

Finalmente, sobre la posibilidad del Concesionario de solicitarle a la ANI la afectación de las pólizas, afirmó:

“(...) DR. PABÓN: [00:15:42] Y la controversia siempre fue, se lo pregunto, porque lo que se ha visto en los escritos de las partes, no se hace referencia a que sean de la entidad de un siniestro de un seguro, sino que era unas quejas en relación con el estado de las obras, no necesariamente con un siniestro. Entonces, ¿por qué habría que revestirle de la formalidad de un reclamo a una aseguradora si eran, pues unos defectos que podría haber encontrado el Concesionario?

SR. MONTES: [00:16:16] Porque esos defectos no están claramente definidos, no están claramente presentados, y por eso nosotros le contestábamos cada vez que presentaba la reclamación diciéndole bueno, pero sea más detallado, cuéntenos cuáles son esos defectos, dónde están, en qué consisten para poderlos evaluar y analizar.

DR. PABÓN: [00:16:35] ¿Y qué respondía el Concesionario a esas indagaciones que usted le hacía?

SR. MONTES: [00:16:38] No ha habido respuesta (...)"¹⁹².

¹⁹¹ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 24 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Página 9.

¹⁹² Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 24 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Páginas 92-96.

Cabe resaltar también lo expuesto por el Ingeniero Julián Andrés Chacón, quien al ser consultado sobre la necesidad intervenir la vía correspondiente a los subsectores 1.2 y 1.3 una vez fueron recibidos, afirmó que fueron otorgados dos meses sin mediciones de indicadores del Apéndice Técnico 4, por cuanto de iniciarse la medición de forma inmediata se habrían presentado incumplimientos por el estado de la infraestructura al momento de la entrega:

“(...) SR. CHACÓN: [00:29:19] En los primeros meses la única actividad que realizó, o sea en los primeros meses no hubo ningún tipo de afectación al índice de cumplimiento de los indicadores, eso es lo que me está preguntando, no hubo ningún tipo de afectación al índice de cumplimiento.

DRA. CORREA: [00:29:41] Perdóneme ¿por qué le dieron dos meses?

SR. CHACÓN: [00:29:45] Por el tema de que si nos poníamos a medir indicadores pues obviamente no se iba a cumplir con el tema del indicador de rocería, ni drenajes, entonces por eso se le dio ese tiempo (...)”¹⁹³.

Sobre la obligación del Concesionario de realizar las actividades de operación y mantenimiento en cumplimiento de los estándares del Apéndice Técnico 4 una vez fuera entregada la infraestructura, el Ingeniero afirmó que debió ser llevado a cabo de forma inmediata y sin mediar oposiciones, máxime por cuanto se trataba de una vía nueva construida con los indicadores INVIAS:

“(...) DR. MANZANO: [01:04:24] (...) ¿por qué le exigen poner a punto al Concesionario en el 1.2 y en 1.3 las vías para hacer el mantenimiento, es decir por qué le entregan al Concesionario unas vías que no están a punto para hacer un mantenimiento, si no están cumpliendo con el indicadores por qué le entregan al Concesionario unas vías para que él las ponga a punto?

SR. CHACÓN: [01:04:55] Como mencioné, respecto a la unidad funcional 1.2 y 1.3 el contrato establece que esas intervenciones que corresponden a una vía construida por el convenio interadministrativo, una vía nueva, se debe entregar en las condiciones o se debe recibir en las condiciones que se entreguen y una vez se reciba se deben cumplir indicadores del apéndice técnico 4.

DR. MANZANO: [01:05:18] Ingeniero está bien, yo le entiendo que es por la entrega de la infraestructura según como la prevé el contrato donde no le permite hacer nada el Concesionario respecto a oponerse a la entrega de infraestructura. Pero entonces según el entendimiento para tenerlo claro que ustedes tienen, esa cláusula de tiene que recibir la infraestructura como se encuentre ¿implica que el Concesionario tiene que llevar a cabo cualquier actividad independientemente de su frecuencia, independientemente de su previsión, independientemente de su envergadura para cumplir indicadores? No importa el estado...

SR. CHACÓN: [01:06:03] Lo que pasa es que es una infraestructura nueva que se entrega, y es una infraestructura que cuenta con sus garantías entonces si el Concesionario ve que algo no lo puede cumplir tiene que requerir esas garantías (...)”¹⁹⁴.

Es importante además tener en cuenta la sustentación realizada por la perito Gamboa, quien manifestó que los estándares INVIAS eran más rigurosos en ciertos aspectos que los consignados en el Apéndice Técnico 4 y precisó que resultaba lógico esperar que las obras de estos subsectores se entregaran al Concesionario en buenas condiciones:

¹⁹³ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 27 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Página 17.

¹⁹⁴ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 27 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Página 38.

“(…) DR. PEÑA: [00:19:07] Muchas gracias ingeniera, y deteniéndonos un momento en eso que usted nos acaba de mencionar, y en respuesta a una pregunta anterior, bueno, en una respuesta anterior usted nos hacía o mencionaba o afirmaba que existe una mayor exigencia en cuanto a indicadores Invías frente a los indicadores que contempla el apéndice técnico del contrato de concesión que hoy está a cargo de la vía concesionada. ¿Usted por favor, nos podría especificar con mayor detalle en qué consiste esa mayor exigencia que usted menciona frente a lo que establece en su dicho Invías, frente a lo que está estipulado en el contrato de concesión en el apéndice técnico 4 frente a indicadores? ¿Y cuál serían las diferencias o cuáles son Mayor exigencia?

SRA. GAMBOA: [00:20:01] Sí señor, sí le puedo explicar. Hay un indicador que es fundamental, no sé si yo pueda utilizar un papelógrafo. Entonces, dentro de los indicadores que tiene el Apéndice Técnico 4, hay indicadores que son más relevantes que otros, por ejemplo, el tema de limpieza de cunetas, de todo lo de obras de drenaje, es un indicador que es importante, pero no es tan relevante como por ejemplo dos de los indicadores, que son el IRI, que es el que mide la regularidad de la vía, y el indicador de deflectometría, o en el contrato de concesión está nombrado como deflectometría en una parte y ya propiamente en el apéndice de 4 del contrato se identifica como la capacidad estructural.

El indicador de IRI es uno de los indicadores más relevantes en esta herramienta con la que se cuenta para medir el cumplimiento de quienes construimos las obras, y para garantizar seguridad y confort de los usuarios. Ese indicador IRI, entre menor sea su valor significa que la vía está en mejores condiciones, me explico; lo ideal del indicador IRI sería que el indicador estuviera en 0, es decir, que la carretera fuera como una pista de bolos, si mi carretera fuera como una pista de bolos, cuando yo paso el equipo para medir la rugosidad, eso me daría 0, pero eso es una condición ideal, entonces, a medida que la carretera puede tener algunas irregularidades, ese indicador me va subiendo. En la práctica, cuando una vía se termina de construir, el indicador puede estar por el orden de 1, 1.2 máximo, que digamos que es terminada la vía como una vía nueva. Cuando la vía empieza a tener irregular irregularidades, bien sea porque tiene afectación desde, por eso pues... para poderles explicar un poco, porque el IRI es un indicador con el que se mide si puede haber afectación o no de toda la estructura del pavimento, cuando se empiezan a presentar esas irregularidades en la carpeta de rodadura de la carretera, que es la que percibimos nosotros los usuarios, ese indicador empieza a aumentar, en la medida en que ese indicador es más alto quiere decir que las condiciones de la carretera son más malas.

Ese indicador, en el caso del Instituto Nacional de Vías, lo máximo, digamos, el valor admisible que permite es del orden de 2.5, en tanto que el apéndice 4 del contrato de concesión para unos valores, porque el contrato de concesión establece dos valores, el puntual y el promedio, estipula para uno el 3 y para otro 3.5. Entonces a eso me refiero cuando digo que el Instituto Nacional de Vías es más exigente en el tema de los indicadores que incluso este... el contrato de concesión, pues todos los contratos de concesión son particulares, no podría generalizarlo para todas las concesiones. No sé si me expliqué.

DR. PEÑA: [00:24:10] Pues como son aspectos un poco técnicos, de pronto se escapan algunos temas, pero a mí no me quedo claro, digamos, y la pregunta fue puntual en cuanto a la mayor exigencia, de manera muy resumida para concretar, ¿cuál sería esa mayor exigencia frente a lo que establece Invías y el contrato de concesión 013 2015, que es el que tiene a cargo el proyecto?

SRA. GAMBOA: [00:24:35] Lo que le indico, doctor Peña, el Instituto Nacional de Vías para ese indicador IRI le acepta, o sea como valor admisible, a partir del momento en que tienen que empezar a hacer la intervenciones a la vía para mejorarla hasta 2.5. Como ya les he dicho, el indicador entre más alto sea la vía están en más malas condiciones, en el caso del contrato de concesión, y si me permiten, abro el apéndice Técnico 4 para indicarles exactamente los valores del. En el apéndice técnico 4 el IRI, que es el indicador E1, que es la rugosidad longitudinal, le está permitido en cambio al Concesionario llegar

en valor puntual hasta 3.5 y en valor medio hasta 3, en tanto que el Instituto Nacional de Vías lo que indica es que para sus carreteras los operadores de mantenimiento... los corredores a partir de 2.5 ya tienen que entrar a hacerle intervención a esas calzadas (...)"¹⁹⁵.

La perito, al ser consultada sobre el deterioro prematuro de la infraestructura planteado por el Concesionario, afirmó que los deterioros deberían observarse como mínimo después de 7.5 años de operación.¹⁹⁶

"(...) DR. MANZANO: [01:05:03] Perfecto, gracias, esa claridad buscaba. Usted ayer, entre ayer y hoy nos ha explicado que pues era esperable recibir los subsectores 1.2 y 1.3 en cumplimiento de las especificaciones Invías, pues porque eran contratos con el Invías y pues porque pues así lo mencionó también la ANI en la etapa precontractual. La pregunta que le hago es para efectos de precisión, ¿por qué es equivalente, no sé si equivalente, por qué sería equivalente que los subsectores 1.2 y 1.3 deban cumplir con especificaciones Invías a que deban cumplir con el apéndice técnico cuatro? No sé si soy claro en la pregunta. ¿Por qué doctora Luz Mélida era esperable que los estos subsectores cumplieran con los indicadores del apéndice Técnico cuatro, al ser esperable que cumplieran con las especificaciones del Invías, sí soy claro en la pregunta?

SRA. GAMBOA: [01:06:21] Sí es claro, pero pues yo considero que voy a repetir la respuesta. Vuelvo a lo que expliqué ayer. El Instituto Nacional de Vías es la generadora de la Agencia Nacional de Infraestructura, porque lo que es hoy la Agencia Nacional de Infraestructura, hace más de 24 años era una subdirección del Instituto Nacional de Vías, subdirector de concesiones que a través de todas las reformas que ha tenido el Ministerio de Transporte, hoy llegamos a lo que es la Agencia Nacional de Infraestructura, pero que, como lo he indicado, el propietario de la infraestructura vial del orden nacional y ya no de la red terciaria, porque hubo otra nueva reforma en este gobierno, es el Instituto Nacional de Vías, al margen de que la ministra y la Agencia Nacional de Infraestructura, con sus concesionarios.

Por lo tanto, toda la reglamentación que le aplica desde el punto de vista técnico, o sea, me refiero al punto de vista técnico, que es lo que nos compete como ingenieros y como peritos en este caso, pues es del Instituto Nacional de Vías. Los apéndices que tienen hoy en día las concesiones no se las inventó la Agencia Nacional de Infraestructura, eso es evolución que han tenido y que de acuerdo a los estructuradores que ellos contratan, que tienen, como lo dije también ayer, dentro de sus estructuradores están los financieros, están los técnicos y están los abogados.

Los técnicos consideran de acuerdo a las condiciones propias del corredor qué indicadores consideran para cada contrato de concesión y de ahí nace el apéndice técnico cuatro, pero la, no sé, me disculpan si estoy siendo como muy fuerte como santandereana en utilizar el término, pero la mamá de todo esto es el Invías.

Entonces el Invías es el más exigente en su tema por qué, porque cuando los señores de Ruta del Cacao o cualquier otro concesionario cumpla su contrato de concesión, el corredor le regresa a él, le regresa al Instituto Nacional de Vías, entonces él siempre garantiza que la infraestructura sea que la esté construyendo directamente o que se la haya entregado en administración al Invías para que lo hagan los concesionarios, perdón, a la ANI para que lo hagan los concesionarios tienen que cumplir mis indicadores y como los indicadores del Invías, pues son más rigurosos, vuelvo y digo, por eso nosotros los técnicos podemos decir que esa manifestación de la ANI en la etapa precontractual era lo que para ellos era previsible, pues si lo está haciendo el Invías, si cumple indicadores, Invías, pues con suficiencia va a cumplir los indicadores del contrato de concesión (...)"¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Diligencia de Sustentación del Dictamen pericial Técnico y Financiero del 16 de octubre de 2024, pág. 8-11.

¹⁹⁶ Diligencia de Sustentación del Dictamen pericial Técnico y Financiero del 17 de octubre de 2024, pág. 59-60.

¹⁹⁷ Diligencia de Sustentación del Dictamen pericial Técnico y Financiero del 17 de octubre de 2024, pág. 61-62.

Se destaca además que los ingenieros vinculados a la Interventoría manifestaron que ellos no valoraron el estado de la vía al momento de su recibo por la ANI. A este respecto el Ingeniero Gustavo Alberto Montes afirmó:

“(...) DR. PEÑA: [00:09:12] Gracias ingeniero. Usted por favor nos podría precisar según el contrato, ¿si existe alguna obligación o si era obligación de la interventoría que midiera los indicadores para el recibo de la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional No. 1?

SR. MONTES: [00:09:30] En el contrato está establecido la obligación que tiene la interventoría de medir indicadores, y de acuerdo con esa obligación eh fue que hicimos la respectiva medición, en coordinación o coordinando pues la disponibilidad de recursos que teníamos en ese momento para el resto del proyecto, se hizo una medición de manera paralela a ese proceso de entrega de la Unidad Funcional, de esas Unidades Funcionales.

DRA. HERNÁNDEZ: [00:10:01] Quisiera una preguntita pequeña, es que yo he tomado apuntes y todo, pero no me ha quedado claro algo. Cuando Invías, Ecopetrol, y todos los que formaban parte del convenio, entregan la parte 1.2 Y 1.3 la recibe ANI. ¿Ahí se hace una valoración?

SR. MONTES: [00:10:20] No señora (...)”¹⁹⁸.

Conviene así mismo señalar que obran testimonios indicativos de que los informes enviados por el Concesionario a la ANI respecto los defectos en la vía comprendida en los subsectores 1. 2 y 1.3 no estaban completos y que no se activaron las garantías de estabilidad; se destaca así lo dicho por el Ingeniero Chacón:

“(...) DR. MANZANO: [01:06:17] Muy buena observación y entonces le pregunto lo siguiente ¿el Concesionario tiene algún vínculo con las pólizas de seguro que garantizan esa obra, tiene algún vínculo en el convenio interadministrativo, tiene alguna situación en la que usted entienda que el Concesionario tiene alguna manera directa de acudir y activar estas garantía, si lo sabe?

SR. CHACÓN: [01:06:36] No, no lo sé. O sea lo que sí sé es que el contrato establece que si hay alguna situación que Concesionario considere debe activar esas garantías lo debe hacer.

DR. MANZANO: [01:06:48] ¿Pero cómo puede el Concesionario activar garantía de las cuales no hace parte y no puede reclamar?

SR. CHACÓN: [01:06:53] Pues notificando debidamente y soportando que la situación por la cual está solicitando la garantía es efectivamente debido a deficiencias constructivas.

DR. MANZANO: [01:07:04] ¿Y el Concesionario no les indicó a ustedes nunca que efectivamente había unos indicadores que están incumpliendo y que el Concesionario consideraba que la obra estaba en mal estado?

SR. CHACÓN: [01:07:11] Es que ese es el problema, el Concesionario presentó un informe donde el primer informe menciona unas situaciones muy puntuales del estado de la infraestructura, en cuanto como les mencionaba temas de mantenimiento rutinario, temas de señalización y en temas de pavimento en el primer informe que se presentó no tienen información de estado de pavimento.

Entonces como tal el Concesionario en su momento no reportó ninguna afectación de la vía y siempre se ha presentado de una manera general que la unidad funcional 1.2 y 1.3 está en condición que no se pueden cumplir indicadores, siempre generalizando, pero nunca siendo específico en decir vea este sector específico no está cumpliendo esto, se

¹⁹⁸ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 24 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Página 92.

presenta un daño en tal sector por tal razón señora ANI, este es el informe con el cual solicitamos proceda con el tema de garantías. Nunca eso lo ha hecho el Concesionario.

DR. MANZANO: [01:08:13] ¿O sea, ustedes como Interventoría consideraban que el Concesionario no cumplía con algunos requisitos para efectos de elevar esa solicitud de garantías?

SR. CHACÓN: [01:08:23] Sí y por ende nosotros y la Agencia ha hecho requerimientos formales al Concesionario donde le ha dicho venga si usted necesita que activemos las pólizas sopórtenos, o sea preséntenos detalladamente qué es lo que pasa, por qué dicen ustedes que esto obedece a una garantía de las obras.

Por ende en el 2022 se presentó un daño menor en la infraestructura el tema de un bordillo, se hizo el requerimiento por parte de la Interventoría, al cabo de 6 meses el Concesionario reportó de que esas afectaciones se debían al tema de garantías de las obras un bordillo que está ubicado en un terraplén, que nunca recibió una atención por parte del Concesionario y que con el paso del tiempo y las temporadas de lluvia obviamente se generó una mayor afectación, de acuerdo al análisis que hizo la Interventoría, si es un tema de garantía el Concesionario debe soportarlo, porque tal como lo vemos desde el principio una afectación menor que no fue atendida debidamente, se generó ya una afectación mayor que ya se quiere presentar como un tema de garantía. Entonces si se va a presentar como un tema garantía soporte en ese tema de garantía.

DR. MANZANO: [01:09:30] Le pregunto una cosa ¿el Concesionario alguna vez tuvo la intención y le dijo quiero que se activen las pólizas, es decir eso era lo que buscaba el Concesionario o buscaba algo en relación el contrato que él tiene con ustedes?

SR. CHACÓN: [01:09:40] Sí mencionó de activación de pólizas pero como le digo, en los términos que mencionó que la afectación de la 1.2 y 1.3 es generalizada, o sea que no podemos cumplir indicadores de nivel de servicio y cuando lo que veíamos es que no es cierto, o sea los indicadores se cumplen, hay unos incumplimientos puntuales del indicador IRI que eso no quiere decir que la vía no está en condiciones, yo ya le respondí, el indicador IRI hay que cumplirlo, sí hay que cumplirlo, pero que eso me diga que la vía está en deficientes condiciones eso no es (...)"¹⁹⁹.

Así las cosas, procede considerar que el Concesionario informó sobre el mal estado de los subsectores 1. 2 y 1.3 de manera oportuna y previa al recibo por la ANI de la vía construida por terceros; que si sus informes no eran técnicamente completos bien pudo la ANI pronunciarse ante Ecopetrol para lo de su competencia. Así, el Tribunal considera que esta omisión de la ANI contribuyó con la consolidación de los efectos negativos que presentaba este tramo.

Se destaca también que la interventoría manifestó en diversos oficios que

“el Concesionario deberá responder por las obras o trabajos que ejecute y que reemplacen total o parcialmente las pólizas de estabilidad y calidad de las obras, conforme se señala en la Sección 3.5 literal (c) de la Parte Especial del Contrato de Concesión, modificado mediante el Otrosí No. 2, suscrito por las partes el 9 de octubre de 2015.

5. Es claro el Contrato de Concesión, cuando señala que el Concesionario recibirá la Infraestructura en el estado que se encuentre, procediendo a efectuar la Operación y Mantenimiento de la misma, cumpliendo con los indicadores establecidos en el Apéndice Técnico 2 y/o 4 según corresponda; sin embargo, si el Concesionario estima procedente

¹⁹⁹ Testimonio rendido ante el Tribunal Arbitral el día 27 de mayo de 2024. Transcripción Diligencia. Páginas 39-41.

solicitar la efectividad de las pólizas de estabilidad y calidad de las obras correspondientes al Convenio DHS 176-09, lo puede realizar conforme se indica en la Sección 3.5 –” (Comunicación CBBY-2-469-0722-21 del 14 de mayo de 2021).

El Tribunal considera así que la ANI pudo enviar los oficios remitidos por el Concesionario a las entidades que suscribieron el citado convenio interadministrativo.

Al efecto conviene destacar lo dicho por el Consejo de Estado²⁰⁰ con apoyo en la doctrina sobre las cargas que asumen las partes de un contrato:

“Algunas de las principales cargas que se derivan de la autonomía privada son las que la doctrina denomina cargas de ‘advertencia, sagacidad y previsión’. En palabras de HINESTROSA⁵³ (se transcribe)²⁰¹: ‘El sujeto negocial debe ser cauto, previsivo, cuidadoso, en una palabra, sagaz (...) [Q]uien dispone de sus intereses debe prever, mirar al futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su regulación y, en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustando el contenido del negocio a esa previsión y haciéndolo inconfundible.’ El incumplimiento, la desatención o la insatisfacción de estas cargas (se transcribe): ‘[O] sea el no realizar el o los actos necesarios del caso, expone al sujeto a verse en condiciones adversas, al no poder disfrutar de la protección del derecho o no poder oponer el suyo a otras personas, o a ser calificado adversamente.’^{54 202”}

Se precisa también que no es de recibo el argumento expuesto por la Convocada y por la interventoría para excusar dicha inactividad, consistente en que los oficios enviados por el Concesionario no contaban con suficientes sustentos técnicos, pues la carga de verificar el estado de la vía a la fecha en que fue entregada a la ANI, era de las entidades contratantes y de la propia ANI. Máxime cuando, como es sabido, *“las partes tienen un deber objetivo, emanado de la buena fe, de adoptar ciertas conductas que faciliten la satisfacción del objeto contractual.”²⁰³*

Dicho en otras palabras, las observaciones formuladas por el Concesionario sobre el estado de la vía eran suficientes para que la ANI enviara a las entidades contratantes el correspondiente informe con los defectos advertidos, teniendo en cuenta que conoció los mismos meses antes de que se formalizara su recibo.

Se resalta además que los pronunciamientos de la ANI y del Interventor sobre la posibilidad de que se hicieran efectivas las garantías de estabilidad de las obras entregadas por el Municipio de Barrancabermeja, configuran un reconocimiento respecto de la existencia de una obligación de reparación de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 a cargo de los constructores contratados por ECOPETROL o de sus garantes, lo cual conduciría a entender que la ANI aceptó que las actividades necesarias para superar la estabilidad de dichos tramos no era del Concesionario.

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 70036 del 10 de octubre de 2024

²⁰¹ HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones, t. II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol.I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 392.

²⁰² *Ibíd*, 382.

²⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 11 de mayo de 2022, exp. 56.449.

Así, es dable considerar que el mal estado de esos subsectores no formaba parte del contenido del riesgo asumido por el Concesionario, quien había sido informado de que los mismos solo serían puestos a su disposición cuando los constructores contratados por ECOPETROL terminaran las obras, formalizaran su entrega a las partes del convenio interadministrativo y estos las entregaran a la ANI.

En este sentido se pronunciaron varios de los testigos en desarrollo de la etapa probatoria, como el ingeniero Chacón, quien expresó en varias oportunidades que se esperaba la entrega de vías nuevas y que se dio un plazo de dos meses al Concesionario antes de hacer las mediciones, para que atendiera los defectos encontrados en la vía.

Es por lo anterior que el Tribunal considera que el riesgo asumido por el Concesionario no comprendía el mal estado que pudiera presentar la vía, como tampoco las consecuencias negativas derivadas de la falta de verificaciones y de mantenimiento durante el período de casi un año que transcurrió desde que ECOPETROL recibió una parte de los tramos.

Se advierte además que dentro de los riesgos asumidos por el Concesionario no estaban comprendidas prestaciones necesarias para mitigar los efectos propios del mal estado de esa vía, que se pudieron agravar con la inacción de la ANI, quien omitió informar a las entidades que celebraron el Convenio Interadministrativo sobre los defectos de la vía que le comunicó el Concesionario.

Concluye así el Tribunal que el riesgo previsible que asumió el Concesionario respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 no comprendía consecuencias derivadas de su mal estado pues, en aplicación de las disposiciones INVIAS y de conformidad con lo previsto en el contrato, lo esperado eran tramos en buen estado o nuevos, como consta en el dictamen aportado por la Convocante y lo dijeron varios testigos en desarrollo del proceso.

Si bien el Concesionario asumió los riesgos indicados, es relevante destacar que los mismos son los riesgos previsible que comprenden eventos futuros e inciertos que podrían concretarse durante la ejecución del contrato.

Los desperfectos que se evidenciaron en la vía comprendida en los subsectores 1. 2 y 1.3 de la Unidad funcional 1 forman parte de los riesgos imprevisibles, concepto que, conforme lo ha explicado el Consejo de Estado: *“cobija tanto los anormales que no fueron previstos en el contrato, como también los que habiéndolo sido, sus efectos desbordan los límites de la asunción de la parte contratante a quien dichos riesgos le fueron distribuidos”*²⁰⁴.

De esta manera cabe afirmar que las prestaciones vinculadas a la reconstrucción, mejoramiento y rehabilitación de los indicados tramos, no forman parte del contenido obligacional asumido por el Concesionario, porque este, como se explicó, asumió para estos subsectores obligaciones propias de la operación y mantenimiento de los mismos.

²⁰⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de julio de 2018. Exp. 57.576.

Al respecto conviene destacar lo expuesto en el dictamen aportado por la Convocante en el cual se manifiesta que el deterioro de los subsectores fueron para el Concesionario un evento imprevisible:

“v. La CONCESIONARIA RDC no podía prever las condiciones técnicas en las que le fue entregada la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la UNIDAD FUNCIONAL 1, esto es sin el cumplimiento de uno de los Indicadores más relevante: el Indicador de Regularidad del Pavimento (IRI), constituyéndose así en una situación imprevisible, imprevista y extraordinaria para la CONCESIONARIA RDC, en razón a que dicha infraestructura no fue construida por la CONCESIONARIA RDC, sino que la misma fue construida a través del convenio Interadministrativo DHS 176-09 del cual formaba parte el INVIAS. Adicionalmente, producto de las inadecuadas condiciones físicas en que fue entregada la ya referida infraestructura, se ha generado que, en la actualidad, indicadores como el E7 de Hundimientos y el E10 el de drenajes superficiales y longitudinales igualmente no cumplan.

*(...) lo previsible para la CONCESIONARIA RDC era recibir los subsectores 1.2 y 1.3 de la **Unidad Funcional 1** en condiciones de una vía NUEVA construida con Especificaciones Técnicas propias de las vías nacionales de orden primario propiedad del INVIAS y con el cumplimiento de los Indicadores que reflejan el estado de la infraestructura vial, de tal manera que sobre dicha infraestructura no se tuvieran que realizar Mantenimiento Ordinario de Firmes (intervenciones en el pavimento) sino hasta después del año 5 de la etapa de Operación y Mantenimiento; lo que se traduce en que esta infraestructura, tenía que cumplir los indicadores del APENDICE TÉCNICO No.4 del Contrato de Concesión desde el mismo momento en que la ANI entrega la infraestructura a la CONCESIONARIA RDC para su Operación y Mantenimiento, sin que implicara la ejecución de intervenciones de mayor envergadura como la anticipación de actividades propias de **Mantenimiento Periódico** o la ejecución de Intervenciones de **Rehabilitación**.”²⁰⁵*

También se destaca lo expuesto en su declaración por el Ingeniero Rosas, encargado de realizar el dictamen de contradicción a aquél presentado por la Convocante:

“(...) DR. MANZANO: Ingeniero, usted dentro de su contrato se refiere a unas cláusulas que tienen que ver con la obligación del concesionario de recibir la infraestructura está en el estado en que se encuentra. ¿Se acuerda eso?

SR. ROSAS: Sí.

DR. MANZANO: Como usted se refiere, esa cláusula en función de ella hace varias manifestaciones le pregunto ¿Usted cómo entiende esa cláusula? ¿Eso qué significa esa cláusula usted tiene que recibir en el estado en que se encuentre eso que le permite a usted concluir?

SR. ROSAS: [00:34:02] Pues que van a entregar una vía que cumple con las especificaciones de ese contrato y que a partir de la entrega de esa vía que tiene que cumplir con las especificaciones de ese contrato yo tengo que llevar esa vía a cumplir los indicadores para que mi ingreso sea de acuerdo con lo que está pactado en el contrato.

DR. MANZANO: [00:34:22] ¿Cuándo dice cumplir con las especificaciones del contrato, a qué contrato se refiere?

SR. ROSAS: [00:34:25] Al contrato de concesión. Porque al final el contrato de concesión es el que remunera al concesionario (...)²⁰⁶.

Advierte además el Tribunal que no acoge el argumento indicativo de que fue el Concesionario quien omitió los deberes a su cargo para que se hicieran efectivas las

²⁰⁵ Dictamen pericial Técnico y Financiero elaborado por la Ingeniera Civil Luz Mérida Gamboa Mesa, pág. 424 y ss.

²⁰⁶ Diligencia de Sustentación Dictamen Pericial de Contradicción del 21 de octubre de 2024. Pag.23.

garantías de estabilidad que amparaban el buen estado de la vía objeto del contrato de obra suscrito por ECOPELROL en cumplimiento del citado convenio interadministrativo.

Se comprobó, como se ha expuesto, que el Concesionario advirtió sobre los defectos encontrados en la vía y formuló peticiones para que la ANI hiciera las salvedades pertinentes al momento de recibirlas.

2.4.2 La obligación vinculada a las actividades de Mantenimiento y Operación

Como se explicó precedentemente se obligó a realizar el mantenimiento necesario para incorporar los subsectores 1.2 y 1.3 a la Unidad Funcional 1 y al proyecto, cumpliendo lo definido en los correspondientes anexos técnicos.

No obstante, el Tribunal debe analizar si el valor de la reparación de los defectos preexistentes en los tramos construidos por terceros, bajo el amparo de otros negocios jurídicos, debió ser asumido por el Concesionario, cuando en los documentos precontractuales y en las instancias de aclaración del pliego se anunció que los mismos serían entregados con sometimiento a las especificaciones INVIAS y que se contaba con la vigencia de las pólizas de estabilidad.

Como se explicó, en el contrato se pactó que el Concesionario debía realizar actividades de Operación y Mantenimiento en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 (Apéndice Técnico 1. Tablas 3 y 4).

Tal información corresponde a la “Tabla 3 – Unidades Funcionales del Proyecto”

Tabla 3 - Unidades Funcionales del Proyecto							
UF	Nombre la Unidad Funcional	Subsector	Origen (Nombre, Abscisa y Coordenadas)	Destino (Nombre, Abscisa y Coordenadas)	Longitud Aproximada de Origen - Destino	Intervención Prevista	Observación
1	Yondó - Puente Guillermo Gaviria - La Virgen - Rancho Camacho	Yondó - Puente Guillermo Gaviria	Yondó Ko+000 1266435.1210N 1018261.3781E	Puente Guillermo Gaviria K10+369 1275183.4485N 1020680.7836E	10.37 Km	Rehabilitación de la vía existente	Existencia de infraestructura petrolera a lado y lado de la vía
		Puente Guillermo Gaviria - La Virgen	Puente Guillermo Gaviria K15+340 1275183.4485N 1020680.7836E	La Virgen Ko+000 1720717.089N 1033050.837E	15.34 Km	Mantenimiento y Operación	Una vez terminada la construcción
		La Virgen - Rancho Camacho	La Virgen Ko+000 1720717.089N 1033050.837E	Rancho Camacho K14+740 1260131.752N 1041067.989E	14.74 Km	Mantenimiento y Operación	Una vez terminada la construcción

Asimismo, se destaca la información contenida en la “Tabla 4 – Unidad Funcional 1” de la Sección 2.5 del Apéndice Técnico 1 “Alcance de las Unidades Funcionales”.

Tabla 4 - Unidad Funcional 1						
Subsector	Origen (Nombre, Abscisa y Coordenadas)	Destino (Nombre, Abscisa y Coordenadas)	Longitud Aproximada de Origen - Destino	Intervención Prevista	Obras Principales que debe ejecutar	Observación
1	Yondó Ko+000 1266435.1210N 1018261.3781E	Puente Guillermo Gaviria K10+369 1275183.4485N 1020680.7836E	10.37 Km	Rehabilitación de la vía existente		
2	Puente Guillermo Gaviria K15+340 1275183.4485N 1020680.7836E	La Virgen Ko+000 1720717.089N 1033050.837E	15.34 Km	Mantenimiento y Operación		Se proyecta esta etapa con base en los estudios y diseños elaborados en marco del Convenio Interadministrativo DHS176-09
3	La Virgen Ko+000 1720717.089N 1033050.837E	Rancho Camacho K14+740 1260131.752N 1041067.989E	14.74 Km	Mantenimiento y Operación		Se proyecta esta etapa con base en los estudios y diseños elaborados en marco del Convenio Interadministrativo DHS176-09

Así también se resalta lo expuesto en el contrato sobre el contenido de las citadas obligaciones en el cual consta de manera expresa que *“cuando el Contrato se refiera a actividades de Mantenimiento y Operación se deberá entender que este se refiere a la realización de las actividades necesarias para permitir el tráfico en el Proyecto en las condiciones señaladas en las Especificaciones Técnicas, así como la provisión de los servicios asociados a estas.”* (el literal (c) de la Sección 4.2. del Apéndice Técnico 1 del Contrato).

El mantenimiento comprende *“el conjunto de operaciones realizadas para preservar las características técnicas y físicas operacionales de la(s) vía(s)”*. (Apéndice Técnico 2 sección 6.2.).

Sobre los tipos de mantenimiento regulados en el Contrato conviene destacar que el *“Ordinario”*, incluye *“actividades de corrección de defectos o inconformidades y actividades de mantenimiento para asegurar la continuidad del servicio de la(s) vía(s) y encaminadas a mantenerla en condiciones adecuadas. Estas actividades también incluyen las relacionadas con la gestión de la conservación y su componente administrativo referido a la continuidad del servicio. Por ello, el Concesionario deberá apoyar a las autoridades de tránsito en temas como la respuesta a accidentes, la vigilancia, etc. Por último, también se incluyen actividades de uso y defensa de la carretera, tales como las encaminadas a la protección del derecho de vía y a la limitación de la propiedad, a la regulación y limitación de accesos y al establecimiento de limitaciones a la circulación de vehículos”* (Literal a), sección 6.2. del Apéndice Técnico 2). El *Extraordinario*, que se refiere a las *“actividades preventivas periódicas de gran envergadura que deben ser planeadas en ciclos más largos que los de la conservación correctiva rutinaria, casi siempre próxima al fin de la vida útil del elemento o cuando el desempeño de un elemento o sistema pueda comprometer la seguridad o el confort de los*

Usuarios.” (literal b) sección 6.2. del Apéndice Técnico 2). Y el mantenimiento de “Emergencia” que alude a “Actividades destinadas a reparar, reconstruir o restaurar elementos obstruidos o dañados del sistema vial, corrigiendo defectos de surgimiento repentino provocados por circunstancias extraordinarias y/o emergencias relacionadas con eventos de ocurrencia imprevisible.(...)” (Literal c), sección 6.2. del Apéndice Técnico 2).

Sobre la operación consta en el Contrato²⁰⁷ que comprende las actividades vinculadas al aprovechamiento de la infraestructura con sometimiento a los indicadores técnicos previstos para dicha etapa (Apéndice Técnico 4) a cuyo efecto cabe destacar que la operación se inicia con la entrega de las vías concesionadas.

Esas disposiciones contractuales conducen a considerar que el Concesionario no asumió la obligación de construir, reconstruir, rehabilitar o intervenir los defectos encontrados en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, toda vez que en el Contrato, como se resaltó precedentemente, se acordó que las únicas obligaciones asumidas respecto de esos tramos eran las de mantenimiento y operación, con las regulaciones precisas que se acaban de resaltar.

A este respecto, es del caso destacar lo afirmado por la perito de la parte Convocante durante la diligencia de sustentación del dictamen pericial, quien explicó que la obligación asumida por CRC era únicamente la de operar y mantener la infraestructura entregada, no la de realizar obras que desbordaran el alcance del contrato, como lo fueron efectivamente las obras de rehabilitación:

“(...) DR. PEÑA: [02:33:19] Perfecto. Ingeniera, usted nos hace referencia, en una de sus respuestas hace referencia a mantenimiento, pero el contrato de concesión hace referencia a dos tipos de mantenimientos, uno rutinario y otro periódico y de una de sus respuesta la entendí que solo tocaba hacer o solo se debía, usted me corregirá, efectuar o adelantar el mantenimiento rutinario. ¿Por favor, nos podría precisar qué tipo de mantenimiento se deberían hacer en los subsectores 1.2 y 1.3?

SRA. GAMBOA: [02:34:01] Doctor, yo lo que indiqué es que el concesionario tiene la obligación de hacer mantenimiento rutinario y mantenimiento periódico, lo que no tiene considerado en su OPEX que es operación y mantenimiento, es hacer intervenciones tipo rehabilitación, que es las que necesitarían los subsectores 1.2 y 1.3 para efectos de poder solucionar ese problema de fondo que presentaron desde recién construidos. Y les indiqué también que el mantenimiento periódico que no está proyectado tampoco para los primeros meses, para los primeros años de vida útil del pavimento, sino que se proyecta casi a partir del 5.º año. Ese mantenimiento, incluso periódico, no serviría para solucionar de fondo el problema, porque ese mantenimiento periódico se hace a nivel de la carpeta de rodadura y tal como están los análisis iniciales de las mediciones que se hicieron, ya no está solamente afectada la carpeta de rodadura, sino están las otras capas del pavimento (...)”²⁰⁸.

Lo convenido respecto de estos subsectores se explica en la circunstancia de que, incluso para la ANI, serían recibidos en buen estado o en las condiciones propias de toda obra nueva.

²⁰⁷ Sección 3.2.2. del Apéndice Técnico 2

²⁰⁸ Diligencia de Sustentación del Dictamen pericial Técnico y Financiero del 17 de octubre de 2024, pág. 99..

En suma, el análisis de las disposiciones contractuales pertinentes, el acervo probatorio relacionado: documentales, periciales y testimoniales, así como las manifestaciones de las partes en sus escritos iniciales y alegatos de conclusión, particularmente los hechos aceptados como ciertos por parte de la Convocada, traen certeza al Tribunal sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por el Concesionario de operar y mantener la infraestructura una vez la recibiera. El Tribunal considera que el Concesionario no asumió obligaciones ilimitadas para los subsectores 1.2 y 1.3, no se comprometió a realizar actividades distintas y de mayor envergadura, como por ejemplo, rehabilitar o construir nuevas obras

Así las cosas, el Tribunal accederá a la pretensión 1.1 con fundamento en que el Concesionario se obligó a desarrollar las actividades y obras previsibles de Operación y Mantenimiento aplicables para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto.

Accederá también a las pretensiones 1.2 y 1.3 en consideración a que se demostró que el alcance de las obligaciones del Concesionario para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, debe entenderse con extensión limitada, pues la circunstancia de que haya asumido como obligación de resultado el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 para dichos subsectores, no implica que deba asumir todos los costos que demande la realización de actividades distintas a las de operación y mantenimiento que adquirió con la celebración del contrato.

2.5 Análisis sobre las Pretensiones 1.4, 1.5, 1.6, 1.7 y 1.8

2.5.1 La posición de la Convocante

La parte Convocante, como se explicó, afirmó que fue el estado deficiente de la infraestructura lo que ocasionó que el Concesionario se encontrara en imposibilidad de cumplir con los estándares definidos por el Apéndice Técnico 4 con la simple realización de actividades de operación y mantenimiento. Precisó que, con el fin de alcanzar el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4, el Concesionario se vio obligado a la realización de actividades que desbordaron el objeto contractual y le generaron sobrecostos que deben ser asumidos por la ANI.

Sobre las causas que dieron origen a los deterioros tempranos en la infraestructura dijo:

“(...) En cuanto a las causas del deterioro temprano, el grupo de expertos indicó que ‘cobra nuevamente relevancia el hecho de que, los no cumplimientos del indicador E1 (IRI) en los tramos intervenidos del subsector 1.3 de la Unidad Funcional 1 no están asociados a problemas geológicos que afecten la subrasante de la vía y se reflejen en fallas estructurales de la estructura de pavimento construida y sí muy posiblemente estén asociados a factores como indebidos o deficientes proceso constructivos derivados del convenio interadministrativo DHS 176-09. De cualquier manera, el estado del pavimento de los subsectores 1.2 y 1.3 no está asociada a una ausencia de mantenimiento por parte de la CONCESIONARIA RDC, pues esta ha realizado

intervenciones en su carpeta de rodadura en procura del cumplimiento de indicadores E1 (IRI) y E7 (hundimientos)²⁰⁹.”²¹⁰.

2.5.2 La posición de la Convocada

La ANI se opuso a estas pretensiones con fundamento en que estos subsectores fueron entregados en condiciones técnicas aceptables de conformidad con los lineamientos del contrato. Precisó también que el Concesionario no informó adecuadamente a la ANI sobre los alegados defectos para que se activaran los remedios contractuales (Declaratoria de Evento Eximente de Responsabilidad y/o Afectación de Pólizas de Calidad y Estabilidad de las Obras) y con sustento en documentos enviados por el Concesionario concluyó no probado el mal estado de la vía.

Afirmó:

“El Concesionario nunca aportó a la ANI o al Interventor los estudios necesarios que soportaran las aparentes deficiencias constructivas de la vía y así, acudir a los mecanismos contractuales previstos para tales efectos (Evento Eximente de responsabilidad o activación de pólizas).

Esto no ocurrió, pues quedó demostrado que el Concesionario nunca presentó una solicitud formal soportada y justificada técnicamente al respecto en los sitios donde, en su concepto, se presentaban deficiencias técnicas, por lo que no se entiende los motivos por los cuales decidió hacerlo a través de esta demanda, pretendiendo además una solicitud integral, sin que hubiera sustentado ante la entidad los argumentos técnicos necesarios, para los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, lo cual no es aceptable para la Entidad.

Conforme lo anterior, NO se encuentra probado que, la Concesión hoy demandante hubiese solicitado la efectividad de las pólizas de estabilidad y calidad de las obras correspondientes al Convenio DHS 176-09, conforme a lo señalado en la Sección 3.5 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, modificada mediante el Otrosí No. 2 (...)²¹¹.

Sobre este mismo punto añadió:

“(...) Los mayores daños presentados en los sectores donde se presentan incumplimientos puntuales (en algunos hectómetros), tramos que, dicho sea de paso, no representa la condición general del pavimento de las UF1.2 y UF1.3, se deben a la falta de pequeños mantenimientos por parte del concesionario, que terminan en la degeneración progresiva y significativa de las obras.

Prueba de ello, lo que viene sucediendo con el enlace la Virgen con un procedimientos sancionatorios en curso CBBY-2-469-0204-24 con Radicado ANI No.: 20244090141932 y un plazo de cura vencido CBBY-2-469-1126-23 con Radicado ANI No.:20234090841002 (...)²¹².

²⁰⁹ Página 212 del dictamen pericial técnico y financiero a la Unidad Funcional 1 (Subsector 1.2 y 1.3) y la Unidad Funcional 9.

²¹⁰ Folio 168. Alegatos de Conclusión CRC. Páginas 33-38

²¹¹ Folio 169. Alegatos de Conclusión ANI. Páginas 19-20

²¹² Folio 169. Alegatos de Conclusión ANI. Página 26.

Finalmente, afirmó que los defectos técnicos alegados no imposibilitaban al Concesionario para el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4, sino que correspondían a incumplimientos en puntos específicos de los tramos de los subsectores 1.2 y 1.3.

“De acuerdo con los resultados de las mediciones de indicadores (abril de 2020) realizadas por la Interventoría, registrados en el Informe de Evaluación de Indicadores del mes de mayo de 2020 presentado por la Interventoría, incluidos por el Perito dentro de sus anexos, respecto al indicador E1 “IRI”, se presentaron incumplimientos del indicador en los siguientes hectómetros:

Subsector 1.2 Calzada derecha PR8+700 - PR8+800 PR9+400 - PR9+500 PR12+000 - PR12+100 PR12+200 - PR12+300 PR13+500 - PR13+600 PR14+100 - PR14+200 Total = 6 hectómetros.

Estos incumplimientos puntuales, dado el criterio de aceptación establecido en el contrato, generan el incumplimiento de cinco (5) de los seis (6) segmentos que conforman la calzada derecha de UF1.2, situación que conlleva el registro de estos incumplimientos en el informe presentado, pero no representa que todo el tramo vial (toda la UF1.2) esté en una condición de deficiencia de calidad por IRI, como pretende dar a entender el Perito.

(...)

Subsector 1.3 Calzada derecha PR9+800 - PR9+900 Total = 1 hectómetro.

Este incumplimiento puntual, dado el criterio de aceptación establecido en el contrato, generan el incumplimiento de uno (1) de los catorce (14) segmentos que conforman la calzada derecha de UF1.3, situación que conlleva el registro de estos incumplimientos en el informe presentado, pero no representa que todo un kilómetro de vía esté en una condición de deficiencia de calidad por IRI.

(...)

Si bien se presentan incumplimientos puntuales (en algunos hectómetros) con los valores de aceptación establecidos en Contrato de Concesión para el IRI, dichos tramos no representan la condición general del pavimento de las UF1.2 y UF1.3, como lo quiere mostrar la demandante a través de su Perito.

En ese orden, si estos incumplimientos puntuales que, de considerar el Concesionario son problemas de calidad, debió activar las pólizas, presentando la respectiva solicitud con soportes y justificaciones, para que se realicen las reparaciones correspondientes (...)²¹³.

No obstante lo anterior, en su contestación a los hechos de la demanda, la Convocada tuvo como ciertos los relacionados con el estado de las obras al momento de la entrega; se destaca la aceptación realizada en su contestación de los hechos 76²¹⁴ y 77²¹⁵:

²¹³ Folio 169. Alegatos de Conclusión ANI. Páginas 26-30.

²¹⁴ HECHO 76. En función de lo anterior, desde un inicio y en apego a una debida diligencia, e incluso de manera previa al anuncio de la entrega, RUTA DEL CACAO le advirtió a la ANI que las obras presentaban fallas, para que las mismas fueran corregidas o resueltas antes de que la entidad recibiera las mismas y procediera a su entrega al CONCESIONARIO. Así mismo, RUTA DEL CACAO le puso de presente a la ANI que la entrega de la infraestructura no había sido entregada en los plazos previstos bajo el CONTRATO y que estaba siendo recibida de forma parcial.

²¹⁵ Hecho 77. El CONCESIONARIO registró documentalmente el estado en que se entregaron parcialmente los Subsectores 1.2. y 1.3. dando cuenta de lo siguiente: “Unidad Funcional 1.2 Este subsector se encuentra sin finalizar, hace falta por construir un tramo de aproximadamente 8.7km. Estado del pavimento con múltiples reparaciones, juntas de parcheos, bacheos y abultamientos que podrían generar resultados adversos en las mediciones de los indicadores del pavimento. El tramo se evidencia sin mantenimiento rutinario. Unidad Funcional 1.3. Múltiples invasiones al derecho de vía. Torres de Media tensión cercanas a chaflanes con taludes

“HECHOS 76 Y 77. SON CIERTOS. Sin embargo, se debe evidenciar que lo que menciona el concesionario corresponde a generalidades sin las debidas identificaciones puntuales y debidamente acotadas y con la evaluación y los soportes técnicos y justificaciones individualizados de cada observación.

En sus comunicaciones que referencia al pie de página, el Concesionario indicó que la Concesionaria realizó recorridos de inspección visual en los cuales evidenció aspectos para lo cual presenta básicamente una serie de fotografías, pero sin detalle de cada una de las situaciones, las implicaciones que cada una tiene con los soportes y justificaciones que así les hace considerarlas.

Es más y si los identificó, como le corresponde, debe preparar la información y solicitud documentada para la aplicación de las respectivas pólizas de estabilidad y calidad, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido, estando en riesgo de que se cumpla su período de cobertura, mostrando la falta de debida diligencia y lealtad contractual por parte del concesionario. (...).”

2.5.3 El concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público afirmó que las pretensiones estaban llamadas a prosperar por cuanto el estado de la infraestructura al momento de la entrega revestía condiciones deficientes que imposibilitaron el cabal cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4. No obstante, afirmó que las condiciones deficientes no afectaban la totalidad de los indicadores que el Concesionario estaba obligado a cumplir; señaló:

“El Concesionario a través de GEVIAL realizó medición de indicadores en los sectores 2 y 3 de la UF1 durante el mes de octubre de 2020, presentando informe en el mes de noviembre del mismo año, indicando lo siguiente:

‘(...) Entre el 11 y el 16 de octubre de 2020 se realizaron mediciones con equipo Rugosímetro Láser para el cálculo del Índice de Rugosidad Internacional IRI, Ahuellamiento y Textura y mediciones con Mu-meter para el cálculo del Coeficiente de fricción transversal, en las Unidades Funcionales 1.2 y 1.3 aledañas al municipio de Barrancabermeja en el departamento de Santander. Los resultados se evaluaron según los umbrales definidos en los indicadores del Apéndice Técnico 4 del contrato de Concesión. Para los Indicadores de Ahuellamiento, Textura y Fricción se evidenció cumplimiento total de los valores registrados tanto en el umbral puntual como en el umbral medio de los indicadores citados en las dos unidades funcionales evaluadas Respecto al valor del IRI, se identificaron aquellos segmentos de 100 metros donde se presentaron singularidades o eventos ajenos al proceso constructivo que alteran el valor normal del IRI, por lo cual en estos tramos se exige su cumplimiento. Los resultados muestran un comportamiento regular del IRI en unidad funcional 1.2, con varios sectores de 100 m y de 1000 m con incumplimientos. En la Uf 1.3 se presenta cumplimiento casi total (99%) de los segmentos de 100 m y un cumplimiento del 100% en los segmentos de 1000 m. Sobre los datos de deflexiones de impacto y los resultados de la evaluación del respectivo indicador todos los tramos de las calzadas de las UF 1.2 y 1.3 cumplen con el umbral especificado para ambas calzadas. En cuanto a los daños, los indicadores cumplen con lo establecido en el apéndice técnico, sin embargo, se presenta algunos daños con los cuales se debe hacer una pronta acción correctiva (ojos de pescado que pueden evolucionar a baches y algunas fisuras sin sellar) y en otros se debe hacer seguimiento (fisuras selladas y Parcheos con alta extensión y severidad baja) (...)’ (Subrayado es del texto original).

de corte que se evidencian con patologías respecto a las obras de control de erosión. El tramo se evidencia sin mantenimiento rutinario.

De acuerdo con el informe anterior, se tiene que la vía en términos generales cumplía con los indicadores del AT4, observando unas falencias que requerían prontas acciones correctivas.

El 21 de diciembre de 2020 la ANI formaliza la entrega a la Concesionaria de los sectores 2 y 3 de UF1, informando que las obras se encuentran a su disposición desde el 07 de diciembre del mismo año; y en respuesta el Concesionario mediante comunicación RDC-2021-03-01221-S108 del 25 de marzo 2021 le envía copia del informe anterior realizado por GEVIAL, indicándole que los sectores 2 y 3 de la UF1 no cumplen con las condiciones técnicas que de ellos se esperaba.

Así las cosas, se puede concluir que los sectores 1 y 2 de la UF1 no fueron recibidos en un estado óptimo y no correspondían a una vía recién construida pues el propio informe de GEVIAL indica que se requería algunas intervenciones prontas; motivo por el cual es procedente acceder a la pretensión 1.4. (...)"²¹⁶

Sobre este mismo punto, afirmó:

“Para este funcionario, el hecho de que los sectores 2 y 3 de la UF1 no fueran entregados en las condiciones esperadas, servía de fundamento para que el Concesionario solicitara a la ANI la declaración de existencia de un Evento Eximente de Responsabilidad (EER)²¹⁷; sin embargo, se advierte que el Concesionario le presentó el informe de GEVIAL a la ANI hasta el 25 de marzo de 2021, tres (3) meses después de recibida la infraestructura, es decir, en un plazo muy superior a los diez (10) días con los cuales contaba para la solicitud del EER.

(...)

No se observa en el expediente gestión alguna de la ANI o el Concesionario orientada a conseguir que el constructor de las obras de los sectores 2 y 3 de la UF1 respondiera por la calidad y estabilidad de la obra, informando a las entidades contratante para la ejecución de las garantías correspondientes.

(...)

En atención a lo anterior, se considera procedente acceder a la pretensión 1.8 y parcialmente a las pretensiones 1.5, 1.6 y 1.7; en la medida que sobre estas últimas se debe precisar que no son todos los indicadores los que no se han podido cumplir”.

2.5.4 Consideraciones del Tribunal

Procede el Tribunal al análisis de los defectos de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y su impacto en el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4.

De lo probado en el proceso es dable inferir que los subsectores 1.2 y 1.3 estaban en mal estado por defectos constructivos previos, los cuales se pudieron acentuar durante los meses en que estuvo sin mantenimiento mientras era entregada a la ANI y posteriormente al Concesionario.

²¹⁶ Folio 170. Concepto Ministerio Público. Páginas 44-46

²¹⁷ De acuerdo con la sección 1.62 de la PGC, Evento Eximente de Responsabilidad ‘es cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato respecto de las cuales se invoca, después que la Parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Se entiende incluido dentro del concepto de Evento Eximente de Responsabilidad, cualquier evento de Fuerza Mayor, incluyendo la Fuerza Mayor Predial, la Fuerza Mayor Ambiental y la Fuerza Mayor de Redes’.

La Convocada afirmó que *“No es aceptable esta solicitud de declaración general para todo los tramos viales de los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1, que comprenden más de 22 Km. de doble calzada, es decir más de 45 Km/calzada o más de 100 Km/carril. Lo que corresponde al Concesionario, es particularizar y puntualizar cada condición con sus respectivos soportes y justificaciones.”*

En los documentos obrantes en el expediente consta, como se explicó en acápite anterior, que una parte del subsector 1.2 se entregó con posterioridad a los otros, el comprendido entre Puerto Wilches y La Virgen, que corresponde a 8,6 Kilómetros, lo cual conduce a considerar que este tramo se entregó nuevo al Concesionario si se tiene en cuenta que la ANI lo recibió varios meses antes de ponerlo a disposición del Concesionario.

En efecto, uno de los contratos celebrados entre Ecopetrol y su contratista de obra se terminó el día 6 de enero del 2020 conforme se evidencia en el acta de cierre y balance mutuo, en la cual consta que *“se dan por finalizadas las actividades correspondientes al objeto del Contrato HABYUMA-2017-06, y las mismas fueron recibidas al 100% de ejecución.”*²¹⁸

Conforme se infiere de los hechos probados resaltados en acápite precedente, y como lo manifestó el señor agente del Ministerio Público la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3 presentaba defectos que obligaban a la realización de intervenciones distintas a las comprendidas en las obligaciones de operación y mantenimiento asumidas por el Concesionario, pues estos tramos no fueron entregados en óptimas condiciones, ni presentaban características propias de una vía nueva.

Se demostró que parte de esa vía fue entregada a la ANI en enero de 2020 y puesta a disposición del Concesionario en el mes de diciembre de 2020; se probó también que durante esos meses no se le hizo mantenimiento, ni fue valorada por expertos antes de su entrega al Concesionario. Incluso la parte Convocada, conforme se resaltó, reconoce como ciertos los hechos de la demanda indicativos de los citados defectos de la vía, aunque precisa que los mismos no están presentes en todos los kilómetros que la componen.

Dentro de los medios de prueba analizados cabe destacar también el oficio del 23 de octubre de 2020 enviado por la interventoría a la ANI, en el cual se manifiestan objeciones respecto de las observaciones formuladas por el Concesionario con fundamento, entre otras razones, en que estaban incompletas, no eran claras, no eran específicas y no estaban técnicamente sustentadas. Sin embargo, en la página 4 de este documento, respecto de los defectos en el subsector 1.3 alegados por el Concesionario e indicativos de que *“el tramo se evidencia sin mantenimiento rutinario”*, el interventor manifiesta: *“como es de conocimiento de la ANI desde hace más de 6 meses no se le realiza mantenimiento rutinario a este tramo vial.”*²¹⁹

Se advierte así que los desperfectos por la falta de mantenimiento, que a octubre de 2020 era superior a 6 meses, fueron reconocidos por la interventoría respecto del subsector 1.3, pues algunos kilómetros del subsector 1.2 no habían sido entregados.

²¹⁸ Acta de cierre y balance mutuo suscrita entre Ecopetrol y el Consorcio Vial del Magdalena Medio el 10 de julio del 2020.

²¹⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 11 Exhibición Documentos ANI. Subcarpeta d) Conceptos Interventoría UF1. Páginas 1-8.

Cabe resaltar además que el debate en torno a quien tenía el deber de activar las pólizas de estabilidad que garantizaban el buen estado de la vía, revela una aceptación respecto de la existencia de los alegados defectos que, como se expuso en el dictamen aportado por la Convocante, ameritaban intervenciones distintas a las convenidas en el contrato 013 de 2015 para estos subsectores.

Sobre los defectos de estos subsectores y las acciones que adelantó el Concesionario conviene destacar lo expuesto en el dictamen aportado por la Convocante:

*“vii. Dadas las inadecuadas condiciones en que fue entregada la infraestructura de los subsectores **UF1.2** y **UF1.3**, la CONCESIONARIA RDC, pretendiendo el cumplimiento de Indicadores como el IRI y Hundimientos ha tenido que anticipar las intervenciones tipo Mantenimiento Ordinario de Firmes (intervención en el pavimento), que según el OPEX estaban previstas a partir del año 5 de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión No. 013 de 2015.*

(...)

*ix. Para lograr efectivamente el cumplimiento del Indicador IRI, se debe realizar intervenciones anticipadas del tipo **Mantenimiento Periódico** o intervenciones de **Rehabilitación**, reponiendo de manera uniforme la carpeta asfáltica, previa identificación de los puntos donde ya existen daños estructurales, que afectan otras capas inferiores de la estructura de pavimento y que requieran realizar actividades de bacheo; pues estas, serían los tipos de intervenciones con las cuales se logra una corrección TOTAL de las condiciones de regularidad superficial del pavimento, que como ya se ha señalado es lo que mide el indicador IRI; es decir, que las intervenciones necesarias se alejan de lo que es el **Mantenimiento Rutinario** (Personal Mantenimiento Ordinario según OPEX) previsto para vías NUEVAS como es el caso de la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, y lo que aplica, son intervenciones tipo **Mantenimiento Periódico (anticipado)** o tipo **Rehabilitación**.*

x. Las intervenciones realizadas por la CONCESIONARIA RDC hasta el momento de presentación del peritaje, para pretender alcanzar el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la UNIDAD FUNCIONAL 1, y específico los indicadores de regularidad del pavimento – IRI (E1) y Hundimientos (E4), corresponden a actividades de parcheo mediante la intervención parcial de la carpeta asfáltica exclusivamente, esto es fresado y reposición parcial de carpeta asfáltica. Dichas actividades no se pueden considerar como actividades de mantenimiento rutinario previsible, puesto que los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 eran vías NUEVAS sobre las cuales la CONCESIONARIA RDC preveía adelantar actividades de mantenimiento Rutinario solo hasta después del año cinco (5) de su recibo (que en el OPEX del Contrato de Concesión corresponde al año 2025), siendo coincidente con el modelo típico de deterioro del pavimento asfáltico nuevo ⁵⁹⁴, por consiguiente, era lógico que la CONCESIONARIA RCD no hubiera considerado estos costos en su OPEX.”²²⁰

Sobre este mismo aspecto, se resalta lo expuesto en el dictamen de contradicción por el Ingeniero Rosas quien se pronunció sobre las deficiencias técnicas en la calidad de las obras de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 al momento de ser entregadas:

“(...) DR. MANZANO: [00:36:39] Ingeniero le pregunto a usted le consta en qué estado se fueron entregadas esas vías?”

²²⁰ Dictamen pericial Técnico y Financiero elaborado por la Ingeniera Civil Luz Mérida Gamboa Mesa, pág. 426 y ss.

SR. ROSAS: [00:36:47] *De acuerdo con los dictámenes periciales se evidencia que hay unos puntos que no dan cumplimiento al indicador (...)*²²¹.

Con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente el Tribunal considera demostrado que los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 no fueron entregados en condiciones óptimas, que en algunos tramos de la misma se presentaron defectos importantes, que las actividades de operación y mantenimiento comprendidas en el conjunto de obligaciones asumidas por el Concesionario no resultaban suficientes para cumplir con los indicadores del Anexo Técnico 4.

Se precisa además que, si bien los medios de prueba no son demostrativos de imperfecciones en todos los kilómetros comprendidos en esos subsectores, lo cierto es que estos subsectores no fueron entregados con las cualidades de una vía nueva.

No obstante las anteriores consideraciones, el Tribunal encuentra que la imposibilidad en el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 correspondía a puntos específicos como afirmó inicialmente la firma GEVIAL, la cual en su estudio sobre el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 encontró que:

“(...) Los resultados se evaluaron según los umbrales definidos en los indicadores del Apéndice Técnico 4 del contrato de Concesión. Para los Indicadores de Ahuellamiento, Textura y Fricción se evidenció cumplimiento total de los valores registrados tanto en el umbral puntual como en el umbral medio de los indicadores citados en las dos unidades funcionales evaluadas.

Respecto al valor del IRI, se identificaron aquellos segmentos de 100 metros donde se presentaron singularidades o eventos ajenos al proceso constructivo que alteran el valor normal del IRI, por lo cual en estos tramos se exige su cumplimiento. Los resultados muestran un comportamiento regular del IRI en unidad funcional 1.2, con varios sectores de 100 m y de 1000 m con incumplimientos.

En la Uf 1.3 se presenta cumplimiento casi total (99%) de los segmentos de 100 m y un cumplimiento del 100% en los segmentos de 1000 m. Sobre los datos de deflexiones de impacto y los resultados de la evaluación del respectivo indicador todos los tramos de las calzadas de las UF 1.2 y 1.3 cumplen con el umbral especificado para ambas calzadas.

*En cuanto a los daños, los indicadores cumplen con lo establecido en el apéndice técnico, sin embargo se presenta algunos daños con los cuales se debe hacer una pronta acción correctiva (ojos de pescado que pueden evolucionar a baches y algunas fisuras sin sellar) y en otros se debe hacer seguimiento (fisuras selladas y Parcheos con alta extensión y severidad baja) (...)*²²².

Sobre este mismo punto, destaca el Tribunal lo expuesto en el dictamen aportado por el Concesionario en el cual se manifiesta que resultó imposible para el Concesionario cumplir con los indicadores del Anexo Técnico 4 con la ejecución de actividades de operación y mantenimiento:

²²¹ Diligencia de Sustentación Dictamen Pericial de Contradicción del 21 de octubre de 2024. Pag. 25.

²²² Folio 21. Anexos Técnicos Dictamen Pericial aportado por CRC.

“(…) Las intervenciones realizadas por la CONCESIONARIA RDC hasta el momento de presentación del peritaje, para pretender alcanzar el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la UNIDAD FUNCIONAL 1, y específico los indicadores de regularidad del pavimento – IRI (E1) y Hundimientos (E4), corresponden a actividades de parcheo mediante la intervención parcial de la carpeta asfáltica exclusivamente, esto es fresado y reposición parcial de carpeta asfáltica. Dichas actividades no se pueden considerar como actividades de mantenimiento rutinario previsible, puesto que los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 eran vías NUEVAS sobre las cuales la CONCESIONARIA RDC preveía adelantar actividades de mantenimiento Rutinario solo hasta después del año cinco (5) de su recibo (que en el OPEX del Contrato de Concesión corresponde al año 2025), siendo coincidente con el modelo típico de deterioro del pavimento asfáltico nuevo²²³, por consiguiente, era lógico que la CONCESIONARIA RCD no hubiera considerado estos costos en su OPEX.

El análisis de costos se realizó, a través de la verificación de costos realmente incurridos a través de pagos a proveedores, por las intervenciones sobre la carpeta asfáltica en los subsectores 1.2 y 1.3, que involucraban las siguientes actividades:

- . Fresado de carpeta asfáltica existente hasta 10cm
- . Riego de liga con emulsión asfáltica CRR-1
- . Suministro y aplicación de mezcla asfáltica MSC-19 para parcheo
- . Transporte de mezcla asfáltica.
- . Transporte de fresado
- . Transporte de maquinaria.

El costo total de las intervenciones en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 en que tuvo que incurrir la CONCESIONARIA RDC, pretendiendo el cumplimiento de los indicadores E1 (IRI) y E7 (Hundimientos), de acuerdo con las facturas revisadas, asciende a un monto total de \$1,417,930,078, costo de intervenciones no consideradas por la CONCESIONARIA RDC en su OPEX durante los primeros 5 años de la Etapa de Operación y Mantenimiento, pues lo previsible para estos tramos de la UF1 era recibir una vía NUEVA cumpliendo indicadores y no con las afectaciones con las que realmente le fue entregada. Es importante precisar desde el punto de vista técnico que con este tipo de intervenciones no es posible lograr el cumplimiento de Indicadores, ello requiere que la CONCESIONARIA RDC incurra en costos de intervenciones mayores tipo Mantenimiento Periódico o Rehabilitación que para esta etapa del Contrato de Concesión No. 013 de 2015 no son de su competencia (...)”²²⁴.

Así las cosas, el Tribunal encuentra probado que el Concesionario estaba imposibilitado para cumplir con los indicadores E1 (IRI) y E7 (Hundimientos) del Apéndice Técnico 4 con la simple realización de actividades de operación y mantenimiento, toda vez que le resultó imperativo realizar intervenciones de mayor envergadura, las cuales le representaron sobrecostos que no debía asumir, si se tiene en cuenta que, conforme se explicó en acápites precedentes, las condiciones deficientes que presentó la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 le resultaron imprevisibles.

Con fundamento en todo lo anterior el Tribunal accederá a la pretensión 1.4 en consideración a que se demostró en el proceso que algunos tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 se encontraban en condiciones técnicas deficientes por razones ajenas al Concesionario.

²²³ Según expuesto en el presente dictamen capítulo 8 subnumeral 8.1

²²⁴ Conclusiones Dictamen Pericial aportado por CRC. Páginas 426-427.

Se accederá también a la pretensión 1. 5 de la demanda con fundamento en que se demostró que las deficientes condiciones técnicas que presentó la vía en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 impidieron al Concesionario cumplir los indicadores del Apéndice Técnico 4 del contrato con el desarrollo de las actividades de operación y mantenimiento que asumió.

El Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión 1.6 de la demanda en consideración a que se probó que las deficientes condiciones técnicas que presentó la vía en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 condujeron a adelantar actividades y obras que superaron la naturaleza y magnitud de las obligaciones de operación y mantenimiento que fueron asumidas contractualmente por el Concesionario para estos tramos.

El Tribunal negará la pretensión 1.7 porque considera que el Concesionario sí debe cumplir con los indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión 013 de 2015. No obstante, conforme se explicó en los acápites precedentes los sobrecostos derivados de la ejecución de actividades que superan el alcance contractual de Operación y Mantenimiento están a cargo de la ANI.

El Tribunal accederá a la pretensión 1.8 porque considera que el Concesionario tiene derecho a que la ANI le reconozca los sobrecostos relacionados con las intervenciones efectuadas en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 para el cumplimiento de determinados Indicadores del Apéndice Técnico No 4 del Contrato, en tanto exceden las actividades de operación y mantenimiento que asumió y que no resultaron suficientes para atender los defectos encontrados en la vía comprendida en dichos subsectores, por lo cual tuvo que realizar acciones de mayor envergadura a estas.

2.6 Análisis de las Pretensiones 1.9, 1.10 y 1.11

2.6.1 La posición de la Convocante

El Concesionario precisó que, dado el estado de la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y la imposibilidad para dar cumplimiento a los indicadores del Apéndice Técnico 4 con la ejecución de actividades de operación y mantenimiento, la ANI no estaba facultada para realizar deducciones por desempeño ni para exigirle a CRC el cumplimiento de los referidos indicadores; afirmó en la página 51 de sus alegatos:

“7. SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES DE DESEMPEÑO:

148. Esto es consecuencial. Tal como se indicó en la demanda reformada, las deducciones realizadas a la Compensación Especial del CONCESIONARIO resultan improcedentes, e ilegítimas, en la medida que han tenido lugar por el incumplimiento de unos indicadores que no es posible técnicamente alcanzar y conservar, con la ejecución de las actividades y obras encargadas a RUTA DEL CACAO en los Subsectores 1.2. y 1.3. De igual forma, los mismos no son exigibles al no haber sido suscrita el Acta de Terminación de Unidad Funcional, de lo que trata el capítulo siguiente”.

Así también el Convocante pidió acceder a estas pretensiones con fundamento, entre otras razones, en que no hubo oposición de la Convocada durante el trámite del proceso²²⁵.

²²⁵ Alegatos de Conclusión CRC. Página 51.

2.6.2 La posición de la Convocada

La ANI afirmó que debían negarse estas pretensiones ante la existencia de un Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional que daba paso a la activación de las mediciones de cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4:

“En primer lugar, es importante recordar que las partes suscribieron el día 19 de septiembre de 2017 el ‘Acta de Terminación Parcial de la Unidad Funcional 1’ (...)

Lo anterior, toda vez que para la fecha el Concesionario había puesto a disposición y estaban terminadas las obras a cargo de acuerdo con el alcance del Contrato de Concesión, contenidas en el Apéndice Técnico 1 al Contrato.

De ahí la claridad respecto a la puesta en servicio, dada la falta de la realización de la inversión total del CAPEX correspondiente a la Unidad Funcional, por la no instalación de la Estación de Peaje denominada Rancho Camacho, aspecto último este que claramente no afecta ni tiene consecuencias con respecto a las condiciones con que debe atender la operación y mantenimiento de infraestructura vial construida y a cargo del Concesionario.

La demandante no logró desvirtuar que el Acta de Terminación Parcial de la UF1, no tiene implicaciones en las condiciones de operación de la vía y nada tienen que ver con los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1, que son entregados al concesionario para su operación y mantenimiento, de acuerdo a las reales condiciones generales para contratos de concesión 4G, y las particulares para el Contrato de Concesión No. 013 de 2015.

Para complementar lo anterior, se destaca lo conceptuado por la Interventoría a la ANI mediante comunicación CBBY-2-469-1928-20 con radicado ANI No. 20204091175262 en relación con los indicadores aplicables para los Subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1.

‘1. El Acta de Terminación Parcial establece que ‘Que las Intervenciones que no hayan sido afectadas por el Evento Eximente de Responsabilidad y/o por acciones u omisiones imputables a la ANI, que se encuentran finalizadas en los tramos o sectores de la Unidad Funcional, cumplan con los valores mínimos de aceptación de los Indicadores que se identifican en el Capítulo II de la Parte Especial.’ (Sección 14.1 (a) (ii)).’

Así las cosas, está probado que el mismo contrato establece los presupuestos en los que, una vez suscrita el Acta de Terminación deberá cumplir con los valores mínimos de aceptación de los Indicadores del Capítulo II de la Parte Especial y le serán aplicables las Deducciones en función del Índice de Cumplimiento de los Indicadores (...).”²²⁶

2.6.3 El concepto del Ministerio Público

Sobre este grupo de pretensiones afirmó que no había razones para acceder a ellas porque de las disposiciones del contrato se derivaba la inexistencia del requisito de suscripción de Acta de Terminación de Unidad Funcional para iniciar las mediciones respecto del cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4.

²²⁶ Folio 169. Alegatos de Conclusión ANI. Páginas 30-34

“En caso objeto de análisis, tenemos que el 19 de septiembre de 2017 fue suscrita acta de terminación parcial teniendo en cuenta que para esa fecha el Concesionario había ya culminado las obras de Rehabilitación que le correspondía ejecutar en el subsector 1 de la UF1, sin embargo, las obras que se estaban construyendo en los subsectores 2 y 3 de la UF1 aún no habían sido concluidas por el contratista a cargo y por lo tanto aún no habían sido entregadas a la ANI para que el Concesionario se encargara de la Operación y Mantenimiento de las mismas.

En el expediente del trámite arbitral no reposa documento alguno con el cual se demuestre que luego de entregados los subsectores 2 y 3 de la UF1 a la ANI y al Concesionario las partes hayan suscrito Acta de terminación de la UF1; sin embargo, está demostrado que la ANI hizo entrega formal de estos subsectores al Concesionario mediante oficio del 21 de diciembre de 2020, indicándole que estaban a su disposición desde el día 07 del mismo mes.

Es clara la importancia de la suscripción del acta de terminación de la UF, teniendo en cuenta que la sección 9.1.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que para el presente caso existe una regulación especial que es aplicable, toda vez que estamos frente a una infraestructura que no fue construida, rehabilitada o mejorada por el Concesionario, sino que esas actividades fueron realizadas por terceros; motivo por el cual la forma de inclusión de estos subsectores para operación y mantenimiento fue regulada por las partes de manera especial conforme se extrae de lo dispuesto en la sección 3.8 (c) de la PEC; sección 2.1(c) del AT1 y sección 3.5 (c) de la PGC (modificada por el otrosí 2) (...)”²²⁷.

2.6.4 Consideraciones del Tribunal

Al efecto el Tribunal considera que las partes acordaron en diferentes cláusulas del contrato el procedimiento que debía aplicarse para dar inicio a las mediciones de cumplimiento de indicadores de desempeño, cuando la infraestructura fuere construida por terceros ajenos a la relación contractual.

Así, el Tribunal resalta lo que consta en la Sección 3.8 Literal (C)²²⁸ de la Parte Especial del Contrato, en la cual se establece que los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 se incorporaran a la Unidad Funcional 1 con la entrega de la ANI a CRC.

De igual forma, en la Sección 2.1. del Apéndice Técnico 1 Literal (C)²²⁹, se reiteró que la infraestructura de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 se incorporarían a la Unidad Funcional 1 a partir del momento en que fueran entregadas de la ANI a CRC.

Relevante es también lo dispuesto en el Otrosí 2 al Contrato, que modificó la Sección 3.5 Literal (C) de la Parte Especial del Contrato, así:

²²⁷ Folio 170. Concepto Ministerio Público. Página 53

²²⁸ ‘(...) Los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1 serán incorporados a la Unidad Funcional con la entrega de dicha infraestructura al Concesionario por parte de la ANI (...)’

²²⁹ De acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 013 de 2015, Parte Especial, Sección 3.8 Plazos Estimados de las Fases de la Etapa Preoperativa, literal (c): ‘(...) Los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 1 serán incorporados a la Unidad Funcional con la entrega de dicha infraestructura al Concesionario por parte de la ANI (...)’

“(…) Incorporación de tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior a la Concesión y recibo de obras:

Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior, se incorporarán a la Concesión una vez estos se encuentren disponibles para la entrega, cuando las mismas hayan sido recibidas formalmente por la ANI. Si estas fueron recibidas antes de la fecha de suscripción del Acta de Inicio se entenderán entregadas con la suscripción del Acta de Inicio (...).”

Así las cosas, el Tribunal encuentra que las partes del Contrato adoptaron una reglamentación especial para iniciar con las mediciones de los indicadores del Apéndice Técnico 4 respecto de tramos construidos por terceros, que es distinta a lo previsto para los que serían construidos por el Concesionario. Así, para el inicio de las mediciones de los indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 no era exigible la suscripción de un Acta de Terminación de Unidad Funcional, sino la entrega material de la vía para que fuera operada y mantenida por el Concesionario. Este hecho se presentó el día 21 de diciembre de 2020 como se relacionó en acápites anteriores.

Se concluye así que la suscripción de un Acta de Terminación de Unidad Funcional no era un requisito para hacer exigibles los indicadores del Apéndice Técnico 4 respecto de los subsectores 1. 2 y 1. 3 de la Unidad Funcional 1.

Con fundamento en todo anterior el Tribunal negará las pretensiones 1.9 y 1.11. porque considera que el Concesionario sí estaba obligado a cumplir con los Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1. Encuentra además que el contrato no previó la suscripción de un Acta de Terminación de la Unidad Funcional 1, subsectores 1.2 y 1.3, como supuesto condicionante de esta obligación, porque los mismos serían entregados por la ANI luego de que la correspondiente vía fuere construida por terceros.

Se precisa también que la ANI tiene facultades contractuales para realizar la medición de Indicadores bajo el Apéndice Técnico 4 para los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 teniendo en cuenta que los tiempos y costos necesarios para que la vía alcance estos niveles superan el contenido de la obligación de operación y mantenimiento asumida por el Concesionario. Los defectos advertidos en la vía comprendida en estos subsectores deben ser corregidos mediante intervenciones de mejoramiento y rehabilitación que no quedaron asignadas contractualmente al Concesionario. Por esta razón, la ANI debe realizar la medición de los indicadores correspondientes teniendo en cuenta los indicados defectos y las acciones necesarias para su corrección.

Advierte además el Tribunal que, conforme se explicó precedentemente con apoyo en la valoración probatoria, los sobrecostos correspondientes a las actividades o acciones que superaron el contenido de las obligaciones contractuales de operación y mantenimiento asumidas por el Concesionario están a cargo de la ANI.

Ahora bien procede el Tribunal al análisis de las deducciones aplicadas al Concesionario.

Para resolver la pretensión propuesta en el numeral 1.10 de la demanda reformada procede el Tribunal a analizar lo probado respecto de las deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 que fueron aplicadas al Concesionario.

La figura de las Deducciones por Desempeño se encuentra regulada en la Parte General del Contrato de Concesión No. 013 de 2015 y autoriza expresamente a la ANI para realizar descuentos en la retribución a la cual tiene derecho CRC con ocasión del incumplimiento en la obtención de los indicadores del Apéndice Técnico 4, ello por conducto de la Interventoría del Contrato y sus labores constantes de medición y verificación de la ejecución de las obligaciones del Contrato.

Al respecto se destacan las siguientes disposiciones del mismo:

“(...) 1.42 ‘Deducciones’

Corresponde a las que se aplicarán a la Retribución –o a la Compensación Especial, cuando sea aplicable– como resultado de la medición del Índice de Cumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el presente Contrato (...)”²³⁰.

Así también:

“(...) 3.2 Deducciones por Desempeño

(a) La Retribución del Concesionario por Unidad Funcional, será objeto de Deducciones en función del cumplimiento de los Indicadores previstos en el presente Contrato y la consecuente afectación del Índice de Cumplimiento, según la metodología definida en el Apéndice Técnico 4 y en la Parte Especial.

(b) Las Deducciones están sujetas a los límites previstos en la Parte Especial. Si las Deducciones alcanzan esos límites, la ANI podrá dar aplicación a la Sección 11.1 de esta Parte General, sin perjuicio de los derechos de los Prestamistas.

(c) El valor correspondiente a las Deducciones, tal y como dicho valor se determine en el Acta de Cálculo de la Retribución, deberá ser trasladado por la Fiduciaria –de la Subcuenta Aportes ANI, de la Subcuenta Ingresos por Explotación Comercial y de la Subcuenta Recaudo Peaje– a la Subcuenta Excedentes ANI, en el mismo momento en que se haga el traslado de la Retribución respectiva, a la Cuenta Proyecto, al(los) Patrimonio(s) Autónomo(s)-Deuda o a los Cesionarios Especiales, según corresponda (...)”²³¹.

Asimismo:

“(...) 4.10 Puesta en servicio de las Unidades Funcionales

(...)

(b) A partir del Acta de Terminación de Unidad Funcional comenzará a reconocerse la Retribución asociada a la Unidad Funcional correspondiente, incluyendo los valores acumulados que no se hubieren causado por estar pendiente la terminación de la Unidad Funcional correspondiente, en los Términos de la Parte Especial. El monto de la Retribución será variable en función del Índice de Cumplimiento de los Indicadores tal y como se establece en el Apéndice Técnico 4. Lo anterior sin perjuicio de los límites a las Deducciones que se establecen en la Parte Especial (...)”²³².

²³⁰ Parte General Contrato de Concesión. Pág 19.

²³¹ Parte General Contrato de Concesión. Páginas 53-54.

²³² Parte General Contrato de Concesión. Pág 108.

No obstante, debe resaltarse que con ocasión de la suscripción del Otrosí No. 2 al Contrato, la figura de las deducciones por desempeño sufrió una variación en el hecho que daba lugar al inicio de la medición de indicadores y la verificación del cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4; a partir del mencionado Otrosí, la entrega de la infraestructura para la operación y mantenimiento no requería de forma indispensable la suscripción de un Acta de Terminación de Unidad Funcional, sino que las partes se dieron la posibilidad de que el inicio de esta etapa se diera únicamente con la notificación de disponibilidad y la entrega material realizada por la ANI al Concesionario.

“(…) (c) Incorporación de tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior a la Concesión y recibo de obras:

Se entenderá que los tramos y puntos sobre los cuales versan los contratos y convenios interadministrativos incluidos en el cuadro inmediatamente anterior, se incorporarán a la Concesión una vez estos se encuentren disponibles para la entrega, cuando las mismas hayan sido recibidas formalmente por la ANI. Si estas fueron recibidas antes de la fecha de suscripción del Acta de Inicio se entenderán entregadas con la suscripción del Acta de Inicio.

Si estas son recibidas después de la fecha de suscripción del Acta de Inicio, la ANI notificará al Concesionario sobre esta disponibilidad, la cual se hará efectiva a los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la notificación, momento en el cual el Concesionario tiene la obligación de recibir los tramos y puntos intervenidos en los convenios y contratos relacionados en el cuadro anterior, en el estado en que se encuentren. El Concesionario deberá garantizar en los tramos o puntos donde se hicieron intervenciones, que estos se incorporen a la respectiva Unidad Funcional, dando cumplimiento a los Indicadores en los mismos términos descritos en el Apéndice Técnico 2 y/o 4, según corresponda, para cada una de las Unidades Funcionales.

Cuando quiera que en desarrollo de sus propias actividades el Concesionario efectúe obras o haga trabajos necesarios para la prestación del servicio público, y/o para el cumplimiento de los Indicadores, los cuales reemplacen total o parcialmente las obras y los trabajos garantizados por las pólizas de estabilidad y calidad de las obras correspondientes a los convenios y contratos detallados en el cuadro inmediatamente anterior, se entenderá que el Concesionario deberá responder por las correspondientes obras o trabajos en los mismos términos de la infraestructura que no estaba siendo intervenida (...)”²³³.

Las señaladas deducciones fueron aplicadas al Concesionario, como se deduce del análisis de los hechos demostrados que se relacionan a continuación.

El 8 de marzo de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de febrero de 2021. De este informe cabe destacar que el Interventor no resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional ¹²³⁴.

El 28 de abril de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió a la ANI y a la Fiduciaria Bancolombia, el Acta de Retribución por Compensación Especial en el cual se aplicaron deducciones por desempeño por el incumplimiento en los indicadores del AT4²³⁵.

²³³ Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 013 de 2015. Pág 5.

²³⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2021”

²³⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

La aplicación de las deducciones por desempeño se reiteró en las Actas de Retribución por Compensación Especial de los días 17 de septiembre de 2021²³⁶, 08 de octubre de 2021²³⁷, 11 de noviembre de 2021²³⁸, 14 de diciembre de 2021²³⁹, 14 de enero de 2022²⁴⁰, 9 de febrero de 2022²⁴¹, 9 de marzo de 2022²⁴², 08 de abril de 2022²⁴³, 11 de mayo de 2022²⁴⁴, 8 de junio de 2022²⁴⁵, 13 de julio de 2022²⁴⁶, 12 de agosto de 2022²⁴⁷, 14 de septiembre de 2022²⁴⁸, 13 de octubre de 2022²⁴⁹, 16 de noviembre de 2022²⁵⁰, 15 de diciembre de 2022²⁵¹ y 13 de enero de 2023²⁵².

El 7 de mayo de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de marzo de 2021²⁵³. En este informe el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de hundimiento/juntas y de señalización vertical.

Sobre el indicador de hundimiento/juntas, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 6 de julio de 2021²⁵⁴, 06 de septiembre de 2021²⁵⁵, 07 de

²³⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²³⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²³⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²³⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁴⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁵⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁵¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁵² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 01 Demanda Inicial y Reforma. Subcarpeta 4 Documentos UF1. Subcarpeta Deducciones.

²⁵³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2021”

²⁵⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”

²⁵⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”

octubre de 2021²⁵⁶, 06 de noviembre de 2021²⁵⁷, 09 de diciembre de 2021²⁵⁸, 08 de enero de 2022²⁵⁹, 08 de febrero de 2022²⁶⁰, 08 de marzo de 2022²⁶¹, 08 de abril de 2022²⁶², 10 de mayo de 2022²⁶³, 09 de junio de 2022²⁶⁴, 08 de julio de 2022²⁶⁵, 08 de agosto de 2022²⁶⁶, 09 de septiembre de 2022²⁶⁷, 10 de octubre de 2022²⁶⁸, 09 de noviembre de 2022²⁶⁹, 14 de marzo de 2023²⁷⁰, 05 de abril de 2023²⁷¹, 05 de mayo de 2023²⁷², 08 de junio de 2023²⁷³, 07 de febrero de 2024²⁷⁴, 07 de marzo de 2024²⁷⁵, 05 de abril de 2024²⁷⁶.

En cuanto al indicador de Señalización Vertical, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 7 de mayo de 2021²⁷⁷, 4 de junio de 2021²⁷⁸, 6 de julio de

-
- ²⁵⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”
- ²⁵⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”
- ²⁵⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”
- ²⁵⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”
- ²⁶⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”
- ²⁶¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”
- ²⁶² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”
- ²⁶³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”
- ²⁶⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”
- ²⁶⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”
- ²⁶⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”
- ²⁶⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”
- ²⁶⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”
- ²⁶⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”
- ²⁷⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”
- ²⁷¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”
- ²⁷² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2023”
- ²⁷³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2023”
- ²⁷⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2024”
- ²⁷⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2024”
- ²⁷⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2024”
- ²⁷⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2021”
- ²⁷⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2021”

2021²⁷⁹, 07 de octubre de 2021²⁸⁰, 09 de diciembre de 2021²⁸¹, 08 de enero de 2022²⁸², 08 de febrero de 2022²⁸³, 08 de marzo de 2022²⁸⁴, 08 de abril de 2022²⁸⁵, 10 de mayo de 2022²⁸⁶, 09 de junio de 2022²⁸⁷, 08 de julio de 2022²⁸⁸, 08 de agosto de 2022²⁸⁹, 09 de septiembre de 2022²⁹⁰, 10 de octubre de 2022²⁹¹, 09 de noviembre de 2022²⁹², 09 de diciembre de 2022²⁹³, 10 de enero de 2023²⁹⁴, 10 de febrero de 2023²⁹⁵, 14 de marzo de 2023²⁹⁶, 13 de diciembre de 2023²⁹⁷, 15 de enero de 2024²⁹⁸, 07 de febrero de 2024²⁹⁹ y 07 de marzo de 2024³⁰⁰.

Señaló además la existencia de segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 donde se había solicitado la corrección para el cumplimiento de indicadores y no se había llevado a cabo por el Concesionario³⁰¹. Esta solicitud de corrección fue reiterada por el Interventor en el informe mensual del día 7 de mayo de 2021.

-
- ²⁷⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”
- ²⁸⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”
- ²⁸¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”
- ²⁸² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”
- ²⁸³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”
- ²⁸⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”
- ²⁸⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”
- ²⁸⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”
- ²⁸⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”
- ²⁸⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”
- ²⁸⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”
- ²⁹⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”
- ²⁹¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”
- ²⁹² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”
- ²⁹³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”
- ²⁹⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”
- ²⁹⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”
- ²⁹⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”
- ²⁹⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2023”
- ²⁹⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2023”
- ²⁹⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2024”
- ³⁰⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2024”
- ³⁰¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “11. Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2021”.

El 4 de junio de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de mayo de 2021. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de IRI, Señalización vertical, Coeficiente de Fricción Transversal, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía y Drenajes Superficiales, Longitudinal y Trasversal.

En relación con el indicador de IRI, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 6 de julio de 2021³⁰², 06 de septiembre de 2021³⁰³, 07 de octubre de 2021³⁰⁴, 06 de noviembre de 2021³⁰⁵, 09 de diciembre de 2021³⁰⁶, 08 de enero de 2022³⁰⁷, 08 de febrero de 2022³⁰⁸, 08 de marzo de 2022³⁰⁹, 08 de abril de 2022³¹⁰, 10 de mayo de 2022³¹¹, 09 de junio de 2022³¹², 08 de julio de 2022³¹³, 08 de agosto de 2022³¹⁴, 09 de septiembre de 2022³¹⁵, 10 de octubre de 2022³¹⁶, 09 de noviembre de 2022³¹⁷, 09 de diciembre de 2022³¹⁸, 10 de enero de 2023³¹⁹, 10 de febrero de 2023³²⁰, 14 de marzo de 2023³²¹, 05 de abril de

³⁰² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”

³⁰³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”

³⁰⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”

³⁰⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”

³⁰⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”

³⁰⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”

³⁰⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”

³⁰⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”

³¹⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”

³¹¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”

³¹² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”

³¹³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”

³¹⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”

³¹⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”

³¹⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”

³¹⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”

³¹⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”

³¹⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”

³²⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”

³²¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”

2023³²², 05 de mayo de 2023³²³, 08 de junio de 2023³²⁴, 04 de octubre de 2023³²⁵, 02 de noviembre de 2023³²⁶, 13 de diciembre de 2023³²⁷, 15 de enero de 2024³²⁸, 07 de febrero de 2024³²⁹, 07 de marzo de 2024³³⁰, 05 de abril de 2024³³¹ y 09 de mayo de 2024³³².

Sobre el indicador de Coeficiente de Fricción Transversal, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 6 de julio de 2021³³³, 06 de septiembre de 2021³³⁴, 07 de octubre de 2021³³⁵, 06 de noviembre de 2021³³⁶, 09 de diciembre de 2021³³⁷, 08 de enero de 2022³³⁸, 08 de febrero de 2022³³⁹ y 08 de julio de 2022³⁴⁰

En cuanto al indicador de Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 6 de julio de 2021³⁴¹, 06 de septiembre de 2021³⁴², 07 de octubre de 2021³⁴³, 06 de

-
- ³²² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”
- ³²³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2023”
- ³²⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2023”
- ³²⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2023”
- ³²⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2023”
- ³²⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2023”
- ³²⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2023”
- ³²⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2024”
- ³³⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2024”
- ³³¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2024”
- ³³² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2024”
- ³³³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”
- ³³⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”
- ³³⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”
- ³³⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”
- ³³⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”
- ³³⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”
- ³³⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”
- ³⁴⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”
- ³⁴¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”
- ³⁴² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”
- ³⁴³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”

noviembre de 2021³⁴⁴, 09 de diciembre de 2021³⁴⁵, 08 de enero de 2022³⁴⁶, 08 de febrero de 2022³⁴⁷, 08 de marzo de 2022³⁴⁸, 08 de abril de 2022³⁴⁹, 10 de mayo de 2022³⁵⁰, 09 de junio de 2022³⁵¹, 08 de julio de 2022³⁵², 08 de agosto de 2022³⁵³, 09 de septiembre de 2022³⁵⁴, 10 de octubre de 2022³⁵⁵, 09 de noviembre de 2022³⁵⁶, 09 de diciembre de 2022³⁵⁷, 10 de enero de 2023³⁵⁸, 10 de febrero de 2023³⁵⁹.

En lo que respecta al indicador de Drenajes Superficiales, Longitudinal y Trasversal, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 6 de julio de 2021³⁶⁰, 06 de septiembre de 2021³⁶¹, 07 de octubre de 2021³⁶², 06 de noviembre de 2021³⁶³, 09 de diciembre de 2021³⁶⁴, 08 de enero de 2022³⁶⁵, 08 de febrero de 2022³⁶⁶, 08 de marzo

-
- ³⁴⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”
- ³⁴⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”
- ³⁴⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”
- ³⁴⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”
- ³⁴⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”
- ³⁴⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”
- ³⁵⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”
- ³⁵¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”
- ³⁵² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”
- ³⁵³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”
- ³⁵⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”
- ³⁵⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”
- ³⁵⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”
- ³⁵⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”
- ³⁵⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”
- ³⁵⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”
- ³⁶⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”
- ³⁶¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”
- ³⁶² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”
- ³⁶³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”
- ³⁶⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”
- ³⁶⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”
- ³⁶⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”

de 2022³⁶⁷, 08 de abril de 2022³⁶⁸, 10 de mayo de 2022³⁶⁹, 09 de junio de 2022³⁷⁰, 08 de julio de 2022³⁷¹, 08 de agosto de 2022³⁷², 09 de septiembre de 2022³⁷³, 10 de octubre de 2022³⁷⁴, 09 de noviembre de 2022³⁷⁵, 09 de diciembre de 2022³⁷⁶, 10 de enero de 2023³⁷⁷, 10 de febrero de 2023³⁷⁸, 4 de marzo de 2023³⁷⁹, 05 de abril de 2023³⁸⁰, 05 de mayo de 2023³⁸¹, 08 de junio de 2023³⁸², 07 de julio de 2023³⁸³, 03 de agosto de 2023³⁸⁴, 05 de septiembre de 2023³⁸⁵, 04 de octubre de 2023³⁸⁶, 02 de noviembre de 2023³⁸⁷, 13 de diciembre de 2023³⁸⁸, 15 de enero de 2024³⁸⁹, 07 de febrero de 2024³⁹⁰, 07 de marzo de 2024³⁹¹, 05 de abril de 2024³⁹² y 09 de mayo de 2024³⁹³.

³⁶⁷	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”
³⁶⁸	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”
³⁶⁹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”
³⁷⁰	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”
³⁷¹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”
³⁷²	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”
³⁷³	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”
³⁷⁴	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”
³⁷⁵	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”
³⁷⁶	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”
³⁷⁷	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”
³⁷⁸	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”
³⁷⁹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”
³⁸⁰	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”
³⁸¹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2023”
³⁸²	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2023”
³⁸³	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2023”
³⁸⁴	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2023”
³⁸⁵	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2023”
³⁸⁶	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2023”
³⁸⁷	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2023”
³⁸⁸	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2023”
³⁸⁹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2023”
³⁹⁰	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2024”
³⁹¹	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2024”
³⁹²	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2024”
³⁹³	Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta	12	Exhibición	Documentos	CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2024”

Así también, indicó que para el periodo objeto de análisis no existieron segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 donde las solicitudes de corrección para cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4 hubieran sido desatendidas por el Concesionario³⁹⁴. Esta anotación fue reiterada por el Interventor en el informe mensual del 06 de julio de 2021.

El 6 de julio de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de junio de 2021. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de textura, Baches/desportillamiento de juntas, Hundimiento/juntas, IRI, Coeficiente de Fricción Transversal, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía, Drenajes Superficiales, Longitudinal y Transversal y Señalización Vertical³⁹⁵.

En cuanto al indicador de Baches/Desportillamiento de Juntas, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 09 de diciembre de 2021³⁹⁶, 09 de junio de 2022³⁹⁷, 08 de julio de 2022³⁹⁸, 08 de agosto de 2022³⁹⁹, 09 de septiembre de 2022⁴⁰⁰, 10 de octubre de 2022⁴⁰¹.

El 06 de septiembre de 2021, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de agosto de 2021. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de IRI, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía, Señalización Horizontal, Coeficiente de Fricción Transversal, Hundimientos/juntas y Drenajes Superficiales, Longitudinal y Transversal.⁴⁰²

Sobre el indicador de Señalización Horizontal, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 07 de octubre de 2021⁴⁰³, 06 de noviembre de 2021⁴⁰⁴,

³⁹⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “13. Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2021”

³⁹⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “14. Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2021”

³⁹⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”

³⁹⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”

³⁹⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”

³⁹⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”

⁴⁰⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”

⁴⁰¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”

⁴⁰² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “16. Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2021”

⁴⁰³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2021”

⁴⁰⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2021”

09 de diciembre de 2021⁴⁰⁵, 08 de enero de 2022⁴⁰⁶, 08 de febrero de 2022⁴⁰⁷, 08 de marzo de 2022⁴⁰⁸, 08 de abril de 2022⁴⁰⁹, 10 de mayo de 2022⁴¹⁰, 09 de junio de 2022⁴¹¹, 08 de julio de 2022⁴¹², 08 de agosto de 2022⁴¹³, 09 de septiembre de 2022⁴¹⁴, 10 de octubre de 2022⁴¹⁵, 09 de noviembre de 2022⁴¹⁶, 09 de diciembre de 2022⁴¹⁷, 10 de enero de 2023⁴¹⁸, 10 de febrero de 2023⁴¹⁹, 4 de marzo de 2023⁴²⁰, 05 de abril de 2023⁴²¹, 05 de mayo de 2023⁴²², 08 de junio de 2023⁴²³, 13 de diciembre de 2023⁴²⁴, 15 de enero de 2024⁴²⁵, 07 de febrero de 2024⁴²⁶, 07 de marzo de 2024⁴²⁷.

El 08 de abril de 2022, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario, el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de marzo de 2022. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de IRI, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho

⁴⁰⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2021”

⁴⁰⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2021”

⁴⁰⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2022”

⁴⁰⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2022”

⁴⁰⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”

⁴¹⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”

⁴¹¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”

⁴¹² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”

⁴¹³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”

⁴¹⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”

⁴¹⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”

⁴¹⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”

⁴¹⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”

⁴¹⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”

⁴¹⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”

⁴²⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”

⁴²¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”

⁴²² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2023”

⁴²³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2023”

⁴²⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2023”

⁴²⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2023”

⁴²⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2024”

⁴²⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2024”

de Vía, Señalización Horizontal, Señalización Vertical, Hundimientos/Juntas, Puentes y Estructuras y Drenajes Superficiales, Longitudinal y Transversal.⁴²⁸

Respecto del indicador de Puentes y Estructuras, el Interventor reiteró su incumplimiento en los informes mensuales de los días 10 de mayo de 2022⁴²⁹, 09 de junio de 2022⁴³⁰, 08 de julio de 2022⁴³¹, 08 de agosto de 2022⁴³², 09 de septiembre de 2022⁴³³, 10 de octubre de 2022⁴³⁴, 09 de noviembre de 2022⁴³⁵, 09 de diciembre de 2022⁴³⁶, 10 de enero de 2023⁴³⁷, 10 de febrero de 2023⁴³⁸, 4 de marzo de 2023⁴³⁹, 05 de abril de 2023⁴⁴⁰.

El 09 de junio de 2022, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de mayo de 2022. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de IRI, Fisuras/Grietas, Baches/Desportillamiento de Juntas, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía, Hundimientos/Juntas, Señalización Horizontal, Señalización Vertical, Puentes y Estructuras y Drenajes Superficiales, Longitudinal y Transversal.⁴⁴¹

El Interventor reiteró lo expuesto sobre el incumplimiento del indicador de Fisuras/Grietas en los informes mensuales de los días 08 de julio de 2022⁴⁴², 08 de agosto de 2022⁴⁴³, 09 de

⁴²⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “23. Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2022”

⁴²⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Abril 2022”

⁴³⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”

⁴³¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”

⁴³² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”

⁴³³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”

⁴³⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”

⁴³⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”

⁴³⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”

⁴³⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”

⁴³⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”

⁴³⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”

⁴⁴⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”

⁴⁴¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “25. Evaluación Índices Cumplimiento Mayo 2022”

⁴⁴² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Junio 2022”

⁴⁴³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Julio 2022”

septiembre de 2022⁴⁴⁴, 10 de octubre de 2022⁴⁴⁵, 09 de noviembre de 2022⁴⁴⁶, 09 de diciembre de 2022⁴⁴⁷, 10 de enero de 2023⁴⁴⁸, 10 de febrero de 2023⁴⁴⁹, 4 de marzo de 2023⁴⁵⁰, 05 de abril de 2023⁴⁵¹.

El 09 de diciembre de 2022, el Interventor del Contrato, Consorcio CBBY, remitió al Concesionario el Informe de Evaluación de Indicadores correspondiente al mes de noviembre de 2022. De este informe cabe destacar que el Interventor resaltó incumplimientos en segmentos relacionados con los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, en concreto, en los índices de IRI, Fisuras/Grietas, Estado de Márgenes, Separador Central, Área de Servicio y Derecho de Vía, Señalización Horizontal, Señalización Vertical, Iluminación, Puentes y Estructuras y Drenajes Superficiales, Longitudinal y Transversal.⁴⁵²

El Interventor reiteró lo expuesto sobre el incumplimiento del indicador de Iluminación en las actas mensuales de los días 10 de enero de 2023⁴⁵³, 10 de febrero de 2023⁴⁵⁴, 4 de marzo de 2023⁴⁵⁵, 05 de abril de 2023⁴⁵⁶ y 02 de noviembre de 2023⁴⁵⁷.

Aunado a lo anterior, se destacan las siguientes contestaciones a los hechos de la demanda reformada donde la ANI acepta la realización de las deducciones por desempeño. Al respecto se destaca lo siguiente:

De la demanda reformada:

“HECHO 98. Para el caso de la Unidad Funcional 1.2, se han hecho deducciones según como consta en las Actas números 5, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, y 27. Para el caso de la Unidad Funcional 1.3, se han hecho deducciones según como consta en las Actas números 5, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, y 27. En cada

⁴⁴⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Agosto 2022”

⁴⁴⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Septiembre 2022”

⁴⁴⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2022”

⁴⁴⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”

⁴⁴⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”

⁴⁴⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”

⁴⁵⁰ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”

⁴⁵¹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”

⁴⁵² Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “31. Evaluación Índices Cumplimiento Noviembre 2022”

⁴⁵³ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Diciembre 2022”

⁴⁵⁴ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Enero 2023”

⁴⁵⁵ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Febrero 2023”

⁴⁵⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Marzo 2023”

⁴⁵⁷ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 12 Exhibición Documentos CBBY. Literal b) “Evaluación Índices Cumplimiento Octubre 2023”

Acta se indica el porcentaje de Deducción en razón al incumplimiento de los Indicadores, y se hace alusión específica al valor equivalente.

HECHO 99. Las deducciones realizadas a la Compensación Especial del CONCESIONARIO resultan improcedentes, e ilegítimas, en la medida que han tenido lugar por el incumplimiento de unos indicadores no es posible técnicamente alcanzar, con la ejecución de las actividades y obras encargadas a RUTA DEL CACAO en los Subsectores 1.2. y 1.3. De igual forma, los mismos no son exigibles al no haber sido suscrita el Acta de Terminación de Unidad Funcional (...)"⁴⁵⁸.

De la contestación de la ANI:

*“HECHO 98. ES CIERTO.
HECHO 99. ES CIERTO (...)"⁴⁵⁹.*

De lo anterior se infiere que las deducciones se acordaron en el Contrato como un mecanismo aplicable al Concesionario cuando incurriera en incumplimiento de indicadores, como también que la interventoría remitió a la ANI informes mensuales sobre omisiones advertidas en los subsectores 1.2 y 1.3, todos los cuales motivaron la aplicación de deducciones por incumplimientos advertidos en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

Todo lo expuesto sobre el contenido de las obligaciones asumidas por el Concesionario respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 es suficiente para concluir que las indicadas deducciones no debieron aplicarse toda vez que se vio compelido a realizar previamente intervenciones en la vía comprendida en dichos tramos para salvar los defectos que presentó cuando le fue entregada. El análisis de los indicadores debió realizarse teniendo en cuenta que resultaba imperativo corregir las deficiencias imprevisibles que presentó la vía; pues, como lo expusieron los expertos en el dictamen pericial aportado por la Convocante, no era posible alcanzar tales indicadores con la simple realización de actividades de operación y mantenimiento.

Con fundamento en todo lo anterior el Tribunal accederá a la pretensión 1.10 formulada por el Concesionario, en el entendido de que las deducciones resultaban improcedentes porque se aplicaron sin tener en cuenta las intervenciones que debían adelantarse previamente para corregir el mal estado en que fue recibida la vía comprendida en subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

2.7 Pronunciamiento sobre las Excepciones 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.1.5 y 3.1.6

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.1.5 y 3.1.6 propuestas por la ANI.

Con fundamento en lo expuesto precedentemente para el análisis de las pretensiones propuestas por la Convocante, el Tribunal negará estas las excepciones de mérito propuestas por la ANI.

⁴⁵⁸ Folio 77. Demanda Arbitral Reformada. Pág. 33.

⁴⁵⁹ Folio 94.1. Contestación Demanda Arbitral Reformada. Pág. 65.

Sobre la excepción 3.1.2. que se fundamentó en que la prosperidad de las pretensiones de la demanda conduciría a desconocer la naturaleza del contrato estatal de Concesión y la asunción de riesgos del contratista, el Tribunal se remite a lo expuesto en acápite precedentes sobre el contenido de las obligaciones y de los riesgos asumidos por el Concesionario en este tipo de contratos, como también a lo señalado respecto de los límites de los mismos. Así, se consideró que las prestaciones del Concesionario no son ilimitadas y que, respecto de los subsectores 1.2 y 1.3, las obligaciones del Concesionario consistieron en actividades relacionadas con la operación y mantenimiento, las cuales se definieron en consideración a que esta vía nueva sería recibida en buenas condiciones. Se concluye así que esta excepción no prospera.

Sobre la excepción 3.1.3., que se sustentó en que con las pretensiones de la Convocante se pretende desconocer *“la Naturaleza del Contrato Estatal de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada: el Traslado de Riesgos al Contratista y el Cumplimiento de los Indicadores de Disponibilidad, Seguridad, Calidad y Nivel del Servicio que son Elementos Propios de este Tipo de Contratos”*⁴⁶⁰, el Tribunal precisa, conforme se explicó en capítulos anteriores, que el contrato de concesión bajo el esquema APP no comprende la asunción de obligaciones ilimitadas. Así, el mal estado en que fue entregada la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 representó un riesgo imprevisible que condujo a que fuera necesaria la realización de intervenciones de mejoramiento y rehabilitación en dichos tramos, prestaciones que no formaban parte del contenido obligacional asumido por el Concesionario al suscribir el Contrato. Se concluye por tanto que esta excepción no prospera.

Respecto de la excepción 3.1.4. que propuso la ANI, en el entendido de que *“Ruta del Cacao pretende desconocer los Riesgos que fueron válidamente pactados y asumidos con la Suscripción del Contrato de Concesión No. 013 de 2015: La Sección 13.2. de la Parte General del Contrato le trasladó al Concesionario Los Riesgos que son discutidos en Sede Arbitral”*⁴⁶¹, el Tribunal considera, conforme se explicó en capítulos anteriores, que el contrato de concesión bajo el esquema APP no comprende la asunción de riesgos imprevisibles, así, el mal estado en que fue entregada la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 representó un riesgo imprevisible, que condujo a que fuera necesaria la realización de intervenciones de mejoramiento y rehabilitación en dichas zonas, que resultaban distintas a las obligaciones de operación y mantenimiento dispuestas en el Contrato para estos tramos del proyecto vial. Por lo expuesto esta excepción no prospera.

En cuanto a la excepción 3.1.5. que la ANI formuló en el entendido de que *“La Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. está obligada a asumir por su Cuenta y Riesgo, todas las actividades o intervenciones necesarias como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, para el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión, los cuales le son exigibles”*⁴⁶², el Tribunal, con fundamento en lo expuesto al analizar el contenido obligacional asumido por el Concesionario, precisa que las prestaciones asumidas consistieron en las relativas a la operación y mantenimiento de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1; que el mal estado de la vía condujo a que fuera necesario realizar actividades previas de rehabilitación

⁴⁶⁰ Folio 94.1. Contestación Demanda Reformada ANI. Pág. 103.

⁴⁶¹ Folio 94.1. Contestación Demanda Reformada ANI. Pág. 108.

⁴⁶² Folio 94.1. Contestación Demanda Reformada ANI. Pág. 112.

y mejoramiento para llegar a los indicadores del Apéndice Técnico 4, cuyos costos no estaban a cargo del Concesionario. Se concluye así que esta excepción no prospera, porque dentro de las obligaciones que asumió el Concesionario para estos subsectores no estaban comprendidas las prestaciones de rehabilitación, mejoramiento y construcción por su cuenta y riesgo.

Sobre la excepción 3.1.6., que se sustentó en que *“La ANI se encuentra facultada para exigir a la Convocante, el Cumplimiento de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y para realizar Deducciones por Incumplimiento de los Indicadores previstos en el apéndice técnico 4”*⁴⁶³, el Tribunal encuentra que la excepción se propone en el entendido de que el Concesionario está obligada a asumir las actividades o intervenciones necesarias como las de rehabilitación, mejoramiento y construcción en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1. No obstante, como se explicó precedentemente, del contrato y los documentos que lo integran, se deduce que las obligaciones asumidas en relación con estos subsectores fueron las de operación y mantenimiento, las cuales resultaban insuficientes, por sí solas, para el cumplimiento de los indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión. En consecuencia, considera el Tribunal, que la ANI está facultada para exigir a la Convocante, el cumplimiento de indicadores del Apéndice Técnico 4 en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, con la precisión ya explicada, de que los sobrecostos derivados de las intervenciones de mejoramiento y rehabilitación requeridas para reparar los defectos imprevisibles encontrados en esta vía están a cargo de la Convocada. Se precisa también conforme a lo expuesto, que la ANI no estaba facultada para realizar deducciones por incumplimiento de los indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 toda vez que las actividades de operación y mantenimiento a las cuales se obligó el Concesionario no podían desarrollarse mientras no se hicieran las actividades previas de mejoramiento, rehabilitación y reparación de los defectos encontrados. Concluye por tanto el Tribunal que esta excepción no prospera.

3. SOBRE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS CAMBIOS Y/O AJUSTES DE DISEÑO DE LA UNIDAD FUNCIONAL 9

3.1 La posición de la Convocante

Se trata de las pretensiones declarativas 1.12 a 1.31 de la reforma de la demanda y de la pretensión 2.4 de condena, cuyo fundamento fáctico el Tribunal se permite sintetizar, así:

Que el proyecto Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó objeto del contrato APP 013 de 2015, fue dividido en 9 unidades funcionales, diferenciadas éstas y sus Subsectores en función del tipo de intervención exigible en cada caso. Puntualmente en la Unidad Funcional 9 correspondiente al subsector Portugal Lebrija, con una longitud de 12.40 km, la intervención contratada fue el mejoramiento y la construcción de segunda calzada adosada a la existente (desdoblamiento), de acuerdo a la estructuración del proyecto, particularmente con el trazado contenido en los diseños de factibilidad Fase II.

⁴⁶³ Folio 94.1. Contestación Demanda Reformada ANI. Pág. 120.

Que durante la fase de preconstrucción antes de cualquier intervención, al Concesionario correspondía realizar el inventario de redes que pudieran verse afectadas por las intervenciones, con indicación del estado de las mismas, listar la totalidad de las redes incluyendo las que no fueron identificadas en el apéndice Técnico 5, con información correspondiente a las entidades que puedan ser sus titulares, lo cual se haría constar en un acta debidamente suscrita por las partes.

Que el inventario realizado por la ANI de redes potencialmente afectadas por el proyecto y contenido en el Apéndice Técnico 5 del contrato, estableció como valor de redes la suma total de \$7.679.198.702.

Que según la Sección 3.1 del Apéndice Técnico No. 5, le corresponde al Concesionario determinar técnicamente el tipo de afectación, para así mismo determinar la actividad que corresponda sobre la red. Lo cual no significa que deba asumir de manera absoluta los costos de tales soluciones, puesto que el contrato dispone que a partir de un desfase del 120% del Valor Estimado de Redes, le corresponde a la ANI asumir los costos que impliquen las soluciones que se implementen, según las reglas previstas en la Sección 8.2 de la Parte General.

Que de acuerdo con la Matriz de Riesgos, el riesgo de redes es compartido entre la ANI y el CONCESIONARIO.

Que conforme al numeral 1 del artículo 47 de la Ley 1682, la ANI debió analizar la pertinencia de afectar las redes, dado que en el análisis de pertinencia de afectar redes que realicen ANI, Interventoría y Concesionario en el marco de sus respectivas posiciones contractuales y funciones, se debe dar prioridad a la opción que implique menores costos e impactos generales.

Que el riesgo de diseño se encuentra a cargo de la ANI, en el evento en el que se presenten *“sobrecostos en diseños por decisiones de la ANI.”*

Que la fase de preconstrucción inició el 13 de octubre de 2015 y finalizó el 8 de noviembre de 2016. En diciembre de 2015 el Consorcio FERROCOL – SANTANDER suscribió contrato con el Concesionario para la elaboración de los diseños Fase III, incluyendo lo correspondiente a la identificación de las redes que definitivamente serían afectadas por el proyecto.

Que el 23 de diciembre de 2015, la interventoría recomendó al Concesionario el cumplimiento de los plazos del contrato, particularmente en lo que tiene que ver con la licencia ambiental, recordándole la viabilidad de iniciar el licenciamiento ambiental con los diseños Fase II y le señaló que *“toda la información mencionada anteriormente, debe ser evaluada por el Concesionario y entregada el 11 de febrero de 2016 de acuerdo a lo contemplado en el Apéndice técnico 6 Gestión Ambiental, numeral 3.1. Obligaciones generales durante la Fase de Preconstrucción...”* Por lo cual y de conformidad con el artículo 39 de la Ley 1682, el Concesionario adelantó los estudios de Impacto ambiental con el trazado base de estructuración del proyecto.

Que para recopilar información sobre las redes, el 11 de febrero de 2016 el Concesionario envió a Ecopetrol solicitud de información sobre las redes existentes en la zona de influencia de las intervenciones previstas en el Contrato. El 12 de febrero hizo lo propio frente a PROMIORIENTE S.A. ESP.

Que Ecopetrol dio respuesta el 28 de marzo de 2016 en el sentido de que *“se evidencia interferencia con los siguientes activos: Tuberías de 12” API 5LX42/Estos sistemas cuentan además, con válvulas instaladas para permitir el aislamiento de segmentos de la tubería durante situaciones de mantenimiento de línea o de emergencia, sistema de protección catódica, postes de kilometraje, trampa de raspadores, válvulas y cheques con sus respectivos elementos de instrumentación, control y protección./El inventario definitivo y la identificación de las áreas de interferencia se concretará conjuntamente durante el desarrollo de los comités técnicos y actividades en campo previos a las actividades de intervención proyectadas por la Sociedad Ruta del Cacao S.A.S.”*

Promioriente por su parte informó el 28 de abril de 2016 que *“se han identificado algunos sectores en donde podría haber interferencia entre el trazado proyecto de la vía entre el municipio de Lebrija y el sector de la Sorda y los gasoductos de Promioriente Payoa-Bucaramanga de 6 y 8 pulgadas de diámetro.”*

Que de acuerdo a lo previsto en la Sección 6.1 (a) parte general, el 11 de mayo de 2016, a los 210 días de iniciada la fase de preconstrucción, el Concesionario entregó a la interventoría los Estudios y Diseños de Trazado Geométrico, en los que contempló la construcción de la segunda calzada de la Unidad Funcional 9, de manera adosada a la calzada existente como lo había previsto la ANI en sus diseños Fase II. Con base en esos mismos diseños procedió con el Estudio de Impacto Ambiental.

Que junto con los Estudios y Diseños de Trazado Geométrico, el Concesionario hizo entrega del inventario de redes y el 18 de mayo de 2016 presentó a la ANI las implicaciones de las redes identificadas, particularmente el impacto que tendría en la subcuenta de redes, aquellas identificadas en la Unidad Funcional 9, e incorporó un cuadro con los COSTOS ESTIMADOS INTERFERENCIA GASODUCTO-PROMIORIENTE/POLIDUCTO-ECOPETROL UF9, por un total de \$124.226.139.347.

Costo que, de ejecutarse la obra como se estableció en los Diseños de Estructuración, y como se contempló en los Estudios y Diseños de Trazado Geométrico presentados por el Concesionario, daría lugar a la materialización del riesgo a cargo de ANI en lo tocante al traslado, reposición y/o protección de redes, pues el valor final de esas intervenciones, *“sin lugar a dudas, sería infinitamente superior”*.

Que en las labores propias de la debida identificación de las redes, el Concesionario, el consorcio constructor y los operadores de las redes, sostuvieron reuniones con Ecopetrol y Promioriente y realizaron visitas de campo entre mayo y junio de 2016. Tarea para la cual el contrato previó la etapa de preconstrucción.

Que el 29 de junio de 2016, la Interventoría solicitó informe sobre el avance de estudios de detalle de la Unidad Funcional 9 y el estado de desarrollo de las actividades referentes a interferencia de redes y el respectivo cronograma de trabajos relacionado con ese tema.

Que en reunión de 1 julio de 2016 entre Concesionario, ANI e Interventoría, con el fin de evitar los altos costos que implicaría para la ANI el traslado o protección de redes, se dejó constancia en el acta en el sentido de modificar el trazado previsto por el estructurador del proyecto, que había sido conservado por el Concesionario en los estudios de diseño y trazado entregados el 11 de enero de 2016.

Que el 18 de julio de 2016 la interventoría sin consideración a que había solicitado un ajuste a los diseños de la Unidad Funcional 9, lo cual afectaba el EIA necesario para el trámite de la licencia ambiental, requirió al Concesionario para entregar de manera completa la documentación correspondiente a tal estudio, es decir aquel elaborado con base en el trazado previsto en la estructuración del proyecto. El 31 de agosto de 2016 otorgó la no objeción al EIA elaborado con base en el trazado de estructuración y requirió al Concesionario para que procediera a presentarlo ante la ANI para proseguir con el trámite de licenciamiento.

Que en función de lo establecido en el contrato y conforme a lo requerido por ANI e Interventoría, el Concesionario continuó con el trámite de la licencia ambiental que contemplaba el trazado previsto en la estructuración del proyecto y en comunicación de 2 de septiembre de 2016 advirtió a la ANI en el sentido de que los nuevos trazados obligaban la modificación del EIA en las Unidades Funcionales 8 y 9, lo que derivaba en retraso en la obtención de las licencias ambientales y de predios y por tanto en el comienzo de la construcción.

Que el 7 de octubre de 2016, en respuesta a la solicitud de Interventoría y de ANI, el Concesionario presentó la alternativa de diseño, contemplando la división de la Unidad Funcional 9 en tres tramos 9.1,9.2, 9.3. En lo que correspondía a la construcción de la nueva calzada, prevista en los diseños de factibilidad de manera adosada a la vía, presentó para el tramo 9.2 un par vial, es decir un cambio de trazado para evitar la interferencia de redes en ese tramo. Por su parte, en tanto estaba previsto un mejoramiento para la calzada existente, lo que implicaba ampliación de calzadas y bermas a las especificaciones previstas en la Ley 105 de 1993, lo que se planteó para todos los tramos, fue evitar la ampliación debido a la interferencia de las redes y al costo elevado de su traslado y protección. En su lugar, entonces, se planteó una rehabilitación. El ajuste de diseño fue entregado a la interventoría el 12 de octubre de 2016.

Que para que la interventoría solicitara la modificación del trazado, no le fue necesario contar con la versión final y definitiva del inventario de redes, el cual solicitó al Concesionario en comunicación de 19 de octubre de 2016.

Que en reunión de 28 de octubre de 2016 entre Concesionario, Consorcio Constructor, ANI e Interventoría, la ANI reiteró que no debía ejecutarse la obra con el trazado original sino que era preciso ejecutar una alternativa con el fin de mitigar los costos que estarían a su cargo.

Que en el acta de inicio de la Fase de Construcción suscrita el 8 de noviembre de 2016, se dejó establecido por la ANI la obligación de realizar inventario de redes que puedan verse

afectadas por las intervenciones. El 23 de diciembre de 2016 el Concesionario entregó a la Interventoría actualización del informe de redes.

Que el 11 de mayo de 2017 la Interventoría ratificó la necesidad de estudios y diseños de detalles alternativos en la Unidad Funcional 9 y el 8 de agosto de 2017 el Concesionario entregó a la Interventoría los estudios de detalles de la Unidad Funcional 9 y dejó constancia de las razones del ajuste a los diseños *“por la aparición (sic) de una gran cantidad de redes no contempladas en el Apéndice Técnico No. 5 del Contrato de Concesión y 2. Obedece a la opción de menores costos e impactos globales para el Proyecto Vial Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó...”*

Que el Concesionario indicó a la Interventoría que mal podía endilgársele responsabilidad exclusiva derivada del cambio de trazado, pues resulta contradictorio que el Concesionario busque soluciones que beneficien a la ANI, pero que resulten perjudiciales al Concesionario: *“De esta manera, el cambio de trazado de las UF 8 y 9 obedece a alternativas solicitadas y acordadas por la ANI, cuyo objeto no es otro que disminuir los costos elevados no previstos que la entidad contratante, como estructuradora del proyecto, debería asumir como consecuencia de la aparición de mayores redes a intervenir según lo establece los literales c), d) y e) de la sección 8.2 Parte General del Contrato de Concesión, que derivan, además, entre otros costos, en mayor permanencia en obra... En consecuencia, la asunción de riesgos realizada en el respectivo contrato no es ilimitada, pues de ninguna manera, bajo el marco de la buena fe contractual, este fundamento puede ser utilizado para afectar la equivalencia económica de las partes, propia de los contratos conmutativos.”* (Comunicación de diciembre de 2017)

Que el 30 de junio de 2017 mediante resolución 763 la ANLA otorgó la licencia ambiental para todo el proyecto con base en el EIA presentado por requerimiento de la interventoría con base en diseños de estructuración. La licencia no contemplaba ajustes a los diseños requeridos por la ANI y la Interventoría para evitar mayores costos en redes a cargo de la ANI. Tales ajustes requerían modificar la licencia ambiental, por lo cual el Concesionario puso a disposición de la Interventoría la información técnica necesaria para la modificación producto del diseño alternativo.

Que el 24 de enero de 2018, ANI, Concesionario e Interventoría, suscribieron Acta declaratoria de un Evento Eximente de Responsabilidad por razón de inconvenientes presentados en el trámite de licenciamiento ambiental. Las partes dispusieron en esa acta que *“el plazo para el inicio de actividades de obra establecidas en el Plan de Obras respecto de las Unidades Funcionales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 estuvo suspendido por ... (183) días calendario, término que se repondrá al finalizar el plazo inicialmente pactado.”* En el numeral 4 se consignó que *“El concesionario manifiesta que a la fecha de suscripción de la presente Acta y en relación con lo señalado en la misma, no existen costos ociosos por mayor permanencia en obra, ni recursos del Concesionario ociosos en la medida que los mismo han podido ser utilizados para otras actividades.”*

Que el 8 de febrero de 2018, el Concesionario presentó formalmente ante la ANLA solicitud de modificación de la licencia ambiental en lo tocante a la Unidad Funcional 9, petición negada respecto de las Unidades Funcionales 8 y 9 mediante resolución 1034 de 9 de julio de 2018, recurrida en reposición por el Concesionario el 1 de agosto de 2018. Dentro de ese

trámite ANLA dispuso celebración de audiencia pública ambiental y el 24 de febrero de 2019 mediante la Resolución 00225 confirmó la decisión, situación que hizo necesario un nuevo ajuste a los diseños en el trazado en el par vial previsto para el tramo 2 de la Unidad Funcional 9. Para los tramos 1 y 3 de la Unidad Funcional 9 se volvió al mejoramiento. En el primer ajuste se contempló evitar el mejoramiento a lo largo de la Unidad Funcional 9. Con tal ocasión, se contempló la rehabilitación en todos los tramos evitando la ampliación de la calzada. Para el nuevo ajuste, entonces, el cambio consistió en que se contempló mejoramiento para los tramos 1 y 3, conservando rehabilitación solo para el tramo 2.

Que el 7 de marzo de 2019 el Concesionario entregó a la Interventoría los ajustes a los diseños, necesarios frente a la negativa de modificación de la licencia ambiental y el 11 de abril 2019 el Concesionario presentó nuevamente la solicitud de modificación de la licencia ambiental. En ese trámite, el 7 de octubre de 2019 ANLA dispuso la celebración de audiencia pública ambiental. El 31 de diciembre de 2019 mediante resolución 02594 fue aprobada la modificación de la licencia ambiental, decisión que no quedó en firme porque la Veeduría interpuso recurso de reposición. El 30 de junio de 2020 ANLA notificó Resolución 00585 de 1 de abril de 2020, en la cual confirmó la aprobación de modificación de licencia ambiental, y el Concesionario pudo dar inicio a las intervenciones de la Unidad Funcional 9, desplazándose la ejecución de esta Unidad Funcional en aproximadamente 2 años.

Que el 6 de febrero de 2020 el Concesionario presentó a la Interventoría para no objeción, diseños finales de la Unidad Funcional 9 sin que esta presentara observaciones por lo que se entendieron como no objetados.

Que de acuerdo con la actualización de los estudios de detalle y el ajuste al trazado de diseño geométrico, el 8 de junio de 2020 el Concesionario presentó la actualización del volumen de Redes para la Unidad Funcional 9, “5. PLANOS REDES HIDROCARBUROS UF9_pdf”.

Que debido a la demora de la ANLA en la decisión del recurso de reposición, el 1 de octubre de 2018 el Concesionario solicitó a la ANI reconocer el Evento Eximente de Responsabilidad Ambiental que estaba afectando el inicio de la Unidad Funcional 9, petición sobre la cual la Interventoría se pronunció favorablemente en comunicación de 8 de octubre de 2018 y las partes suscribieron el 17 de octubre de 2018, ACTA DECLARATORIA DE EVENTO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD hasta tanto la ANLA se pronunciara frente a la solicitud de modificación de licencia ambiental.

Que en esa acta las partes dejaron anotación en el sentido de que a la fecha de su suscripción, y en relación con las Unidades Funcionales 8 y 9, no existen costos ociosos por mayor permanencia en obra, ni recursos del Concesionario ociosos en la medida que los mismos han podido ser utilizados para otras actividades, razón por la cual la ANI, a la fecha de suscripción de la citada acta no está obligada a efectuar ningún tipo de reconocimiento por este concepto de acuerdo a lo regulado en la sección 14.2(h) de la Parte General del Contrato.

Que el 23 de abril de 2019 las partes suscribieron acta de suspensión de las Unidades Funcionales 8 y 9 e hicieron constar: *“las partes, en mesas de trabajo, revisarán los*

mecanismos y alternativas más convenientes que permitan superar los efectos financieros y los impactos que se puedan generar en el proyecto, derivados de la suspensión.”

Que el Concesionario y la ANI pretendieron la suscripción de un otrosí en el que dejaran plasmados los acuerdos respecto de los ajustes al diseño y sus efectos económicos, por lo que iniciaron acercamientos para ponerse de acuerdo en el texto. ANI condicionó la firma a una revisión de la Interventoría de los mayores costos de la Unidad Funcional 9 en su tramo 2. El 21 de junio de 2021 el Concesionario remitió a la Interventoría los documentos para revisión para la firma del Otrosí. Se hicieron mesas de trabajo con la Interventoría que solicitó documentos para validar el sobrecosto del diseño finalmente aprobado, correspondiente con la modificación de la licencia ambiental. ANI circuló con el Concesionario borrador de otrosí propuesto por la entidad. El 10 de junio de 2022, el Concesionario envió a la ANI un borrador de otrosí con comentarios. El 21 de junio y el 28 de diciembre de 2022 el Concesionario solicitó a la ANI pronunciarse respecto a la suscripción del otrosí, recordándole la necesidad de que se le reconocieran los efectos económicos adversos sufridos por razón el ajuste a los diseños y las intervenciones que además fue necesario hacer por solicitud de dicha entidad y de la Interventoría, todo con el fin último pero principal de evitar mayores costos para la ANI por concepto de traslado, reposición y/o protección de redes.

La ANI no concurrió a la firma del otrosí porque para hacerlo exigió al Concesionario que éste desistiera de reclamar los mayores costos consecuencia de los ajustes al diseño. El Concesionario se negó a dicha renuncia, pues tales ajustes tuvieron origen en una solicitud de la ANI/Interventoría, lo que, a su turno, implicó una modificación de la licencia ambiental, con las consecuencias económicas correspondientes.

Al alegar de conclusión, la Convocante insistió en los argumentos expuestos en la demanda y su reforma.

3.2 La posición de la Convocada

La ANI se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la Unidad Funcional 9 y al referirse a los hechos narrados en la reforma de la demanda, su respuesta, en síntesis, fue en los siguientes términos:

Admitió que para la Unidad Funcional 9 la intervención contratada fue el mejoramiento y construcción de segunda calzada, adosada a la existente (desdoblamiento), de acuerdo a la estructuración del proyecto, particularmente con el trazado contenido en los diseños de factibilidad Fase II, pero, advirtió que al Concesionario le correspondía elaborar y entregar estudios y diseños con el lleno y cumplimiento de la ley.

Sobre el Inventario de redes contenido en el Apéndice Técnico 5 puntualizó que en ese documento únicamente *“se proporciona a título informativo un inventario preliminar de las Redes identificadas en las inmediaciones del proyecto”*, pero que, *“... está en cabeza del concesionario realizar el inventario real. Es el concesionario quien define la geometría del proyecto vial teniendo en cuenta las redes, y lo resultante de sus diseños será entonces lo que se puede denominar como interferencia, si es que no pudo evitar afectarlas”*

Agregó que “en el inventario de la ANI para la UF 9, se está informando de la presencia de los gasoductos y del poliducto, es decir que la ANI identificó la presencia de las diferentes redes, llámense poliducto o gasoducto, y solo hasta que se implante el diseño geométrico elaborado y presentado por el concesionario como parte de su obligación de realizar los estudios y diseños de detalle, es que se definirá qué corresponde y qué no a una interferencia.”

Explicó que “El inventario de las redes identificadas es indiferente del número de cruces, paralelismos o superposiciones mencionadas en el AT5, ya que de lo que se trata es de dejar claro cuál es la red que está en la zona, independiente de si se cruza o no con la vía existente, que es la información que se incluye en la columna “Descripción del conflicto”. De ahí que el inventario de las redes sea diferente del listado de interferencias. Las interferencias son producto de lo que queda después de realizar los estudios y diseños de detalle.”

Puntualizó que “Primero se tiene la identificación de la Red (dada por la ANI), luego se determinan la ubicación de aquella porción que está enterrada (a cargo del concesionario), luego se realiza el diseño geométrico teniendo en cuenta la presencia y ubicación real de estas (a cargo del concesionario), y finalmente, las redes que no se pueden evitar con el diseño geométrico, pasan a ser las interferencias a considerar en el plan de manejo de redes (a cargo del concesionario). Todo ello, de acuerdo al procedimiento contractual, que además considera lo dispuesto en el procedimiento de Ley 1682/13”

Acusó al Concesionario de haber realizado el procedimiento al revés, porque primero definió el diseño geométrico, tramitó la licencia ambiental y de último tuvo en cuenta la presencia de las redes, teniendo que ajustar el diseño geométrico no solo en esta Unidad Funcional, sino en varios sitios del proyecto (Ajustes de cotas o de curvas).

En relación con la intervención de la ANI, la Interventoría y el Concesionario en el análisis de pertinencia de afectar las redes, afirmó que conforme a la ley 1682 cada entidad, en el momento que le corresponde, tiene que realizar dicho análisis, pero que no es un análisis conjunto, en tanto el análisis y riesgos de cada parte está claramente definido, así que, el riesgo de estudios y diseños de detalle es 100% del Concesionario.

No aceptó la afirmación del Concesionario de que no le corresponde asumir los mayores costos que represente implementar una alternativa de diseño para reducir los mayores costos a cargo de la ANI en materia de redes. Señaló, en cambio, que corresponde a éste presentar los estudios y diseños de detalle atendiendo lo previsto en el contrato y la Ley y las condiciones geométricas diseñadas fueron elaboradas 100% por el Concesionario, pues ni la ANI ni la Interventoría tienen alcance para presentar diseños. Agregó que el Concesionario conocedor del alcance y de los riesgos, presentó libremente su diseño, el cual fue revisado y no objetado por la interventoría.

Insistió en que: “El riesgo de diseño es 100% del Concesionario. No hay lugar a riesgo de diseño por decisiones de la ANI, pues no hay solicitud alguna al respecto de realizar algún cambio y/o ajuste a los estudios y diseños entregados por el concesionario y no objetados por la Interventoría”.

Aclaró que la solicitud al Concesionario por parte de la Interventoría del EIA, se soportó en los términos establecidos contractualmente y que el informe fue entregado en su primera

versión con comunicación de 15 de febrero de 2016, EIA que fue estructurado y presentado a cuenta y riesgo del Concesionario como quedó definido en la sección 2.2 literal (f) del Apéndice Técnico 6 del Contrato, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1682.

Destacó en relación con las comunicaciones enviadas por el Concesionario a Ecopetrol y Promioriente en busca de información sobre las redes, que ello ocurrió 4 meses después del Acta de Inicio del Contrato, lo cual indica que el Concesionario perdió estos primeros 4 meses para realizar el inventario.

Sobre la entrega de los estudios de trazado y diseño geométrico para todas las unidades funcionales, a los 210 días de iniciada la Fase de Preconstrucción, dijo la Convocada que tal entrega se hizo para cumplir con la obligación contractual pactada de entrega de estos a los 210 días de iniciada la Fase de Preconstrucción, el cual de manera posterior y también como parte de sus obligaciones contractuales fue modificado por el Concesionario para las Unidades Funcionales 8 y 9.

En cuanto a la afirmación de la Convocante de que junto con los Estudios y Diseños Geométrico hizo entrega del inventario de redes, dijo que no es cierto y pidió tener en cuenta que el inventario es una cosa, la definición de la interferencia de acuerdo al diseño geométrico es otra y por último, la solución es otra. Esto es que se trata de tres eventos diferentes con documentos diferentes sin gestiones de por medio.

Frente a la afirmación de que el 18 de mayo de 2016 el Concesionario presentó los COSTOS ESTIMADOS INTERFERENCIA GASODUCTO-PROMIORIENTE/POLIDUCTO-ECOPETROL UF9, por un total de \$124.226.139.347, la ANI dijo que no hay evidencia de esa entrega y agregó que la información contenida en esos cuadros corresponde a una estimación con unos valores globales indicativos por km de interferencia, que de ninguna manera son revisables y evaluables, por falta de sustento y soporte técnico referenciable.

En cuanto a la afirmación del Concesionario de que en reunión de 1 julio de 2016 con la ANI e Interventoría se dejó constancia en el acta en el sentido de modificar el trazado previsto por el estructurador del proyecto, que había sido conservado por el Concesionario en los estudios de diseño y trazado entregados el 11 de enero de 2016, con el fin de evitar los altos costos que implicaría para la ANI el traslado o protección de redes, la Convocada respondió que *“las solicitudes o comentarios registrados en el acta son temas importantes, no obstante, ni modifican el Contrato, ni sustituyen la formalidad y oficialidad que ameritan temas relevantes. Y en todo caso solamente se trató de una solicitud para que el concesionario tuviera en cuenta las alternativas por él identificadas en la elaboración de sus propios estudios y diseños de detalles, los cuales fueron presentados y no objetados.”*

Puso de presente que, para la elaboración del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, el Concesionario no consideró el inventario de la afectación que se presentaba a las redes.

Reiteró fundamentalmente la inexistencia de *“solicitud realizada por la Interventoría para cambiar el trazado de la Unidad Funcional 9”* y enfatizó en que es el Concesionario quien presenta la problemática, y lo que se solicita es que se analicen y evalúen alternativas

atendiendo lo previsto en la Ley. De ninguna manera, se realizó una “solicitud de cambiar el trazado”.

También insistió en que el EIA lo hizo el Concesionario dentro de su propia autonomía para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales e indicó que las deficiencias del EPC en la identificación de las redes y su implementación en los documentos de referencia para el diseño geométrico, son errores del mismo Concesionario

Sobre la alternativa de diseño, contemplando la división de la Unidad Funcional 9 en tres tramos 9.1,9.2, 9.3. que presentó el Concesionario el 7 de octubre de 2016, la Convocada afirmó que lo entregado por el Concesionario corresponde al cumplimiento de su obligación contractual de entregar los estudios y diseños de detalle, atendiendo la legislación y normativa aplicable. No es por tanto ninguna respuesta a la Interventoría y/o a la ANI.

En similares términos respondió en relación con el ajuste de diseño entregado a la interventoría el 12 de octubre de 2016. Al respecto manifestó que no es cierto que exista ajuste al diseño. Lo entregado por el Concesionario corresponde al cumplimiento de su obligación contractual de entregar estudios y diseños de detalle.

Sobre la afirmación de que, en reunión de 28 de octubre de 2016 entre Concesionario, Consorcio Constructor, ANI e Interventoría, la ANI reiteró que no debía ejecutarse la obra con el trazado original sino que era preciso ejecutar una alternativa con el fin de mitigar los costos que estarían a su cargo, dijo que lo reiterado por la ANI corresponde a la aplicación de lo previsto en la Ley de Infraestructura y el Contrato de Concesión.

En cuanto a los hechos relacionados con los trámites de la Licencia Ambiental, la Convocada insistió en que (i) No hay y no existió solicitud o requerimiento de la ANI o la interventoría a ajustes a los diseños. Se solicitó lo previsto en el contrato y en la ley. (ii) El ajuste en el diseño propuesto a cuenta y riesgo del Concesionario debió realizarse en las Unidades Funcionales 8 y 9 para dar cumplimiento a la legislación ambiental. (iii) El alcance del proyecto solamente ha tenido una modificación en lo que tiene que ver con obras previstas (muros y puentes) en el trazado de la Unidad Funcional 8. No hay modificación alguna en el alcance de la Unidad Funcional 9, es y sigue siendo de mejoramiento de la calzada existente y construcción de la segunda calzada. (iv) El trámite de modificación inició con auto de 2 de mayo de 2019. La Unidad Funcional por cuenta de la modificación de la Licencia Ambiental, traslada el plazo para su terminación, pasado del 7 de mayo de 2020 al 19 de junio de 2022. (v) La interventoría si realizó observaciones a los diseños que corresponde a unos ajustes realizados por el Concesionario a sus estudios y diseños de detalles presentados y no objetados por la interventoría para dar cumplimiento a la ronda de protección de cuerpos hídricos requeridos en la legislación ambiental

Sobre el OTROSÍ QUE NO SE FIRMÓ, la Convocada indicó que el Concesionario solicitó la suscripción de un otrosí, solicitud analizada por la Interventoría y la ANI, sin que se llegara a un acuerdo. Por tanto, la Unidad Funcional 9 no ha tenido modificación alguna en su objeto y alcance. La información allegada por el Concesionario no era suficiente y no tenía sustento, por lo que la interventoría presentó varias observaciones y solicitudes de complementación y aclaración. La interventoría se limitó a manifestarse frente al cambio

de cantidades, encontrando solo relevancia en un aparente aumento del movimiento de tierras, que no se pudo soportar técnicamente, por la falta de información que pudiera permitir compararlas. Se analizó la propuesta pero no se suscribió un documento vinculante.

Como excepciones en relación con estas pretensiones propuso, las siguientes:

- 3.1.2 Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista
- 3.1.3. De la naturaleza del contrato estatal de concesión bajo el esquema de asociación público privada: el traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los indicadores de disponibilidad, seguridad, calidad y nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos
- 3.1.7. Inexistencia de cambio de trazado. Lo alegado por Ruta del Cacao corresponde a un ajuste realizado al diseño geométrico de manera tardía, cuyo riesgo está en cabeza del Concesionario, por lo que no hay lugar a reconocimiento económico alguno

3.3 La oposición de la Convocante a las excepciones

La Convocante se opuso a la prosperidad de las excepciones con los argumentos que adelante se analizan.

3.4 El concepto del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público dedujo como el interrogante a resolver en este tema, el siguiente: *“Tiene derecho el Concesionario a que la ANI le reconozca y pague los estudios, diseños y mayores costos en los cuales ha incurrido como consecuencia de la construcción de la segunda calzada en la UF9 de forma distinta a la señalada en los estudios de factibilidad?”*

En primer lugar señaló que en el análisis de la procedencia de las pretensiones no se puede perder de vista en momento alguno la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, bajo el esquema de Alianza Público Privada que tiene entre sus características un mayor traslado de riesgos por parte del Estado, a cambio de una mayor remuneración. Advirtió que

“si perdemos de vista lo anterior y al momento de analizar los riesgos del contrato dejamos de lado lo anterior, caeríamos en el análisis de contratos celebrados bajo un régimen distinto a las APP, concediéndole este privilegio a los contratistas, pero dejándole a su favor la mayor remuneración; terminando de esta manera por desnaturalizar este esquema de colaboración entre el sector público y el privado.”

A continuación relacionó los fundamentos de hecho que encontró demostrados, los cuales indicó, deben ser interpretados conforme las reglas de asignación de riesgos pactadas en el contrato celebrado, especialmente aquellas del capítulo XIII ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS de la PGC y por ello se refirió a varios aspectos del contrato, a saber: la Sección 13.1 que reguló la Ecuación Contractual; Sección 13.2 (a)(vi)(xxiii) Riesgos asignados al contratista; Sección 13.3(r) Riesgos asignados a la ANI.

Como primera conclusión indicó que “el trazado de la vía que se tenía proyectado construir inicialmente en la UF9 incluía la construcción de una nueva calzada de manera adosada a la existente; lo cual conlleva a señalar que la pretensión 1.12 está llamada a prosperar...” agregó que “sin embargo, resulta pertinente señalar que la sección 5.1(a) del AT1 señala claramente que los diseños fase II le servirán de referencia...”. Lo cual le permitió concluir que “...la pretensión 1.13 prosperaría de forma parcial, toda vez que es cierto que el Concesionario se encontraba habilitado para tener como insumo para elaborar los diseños fase III, aquellos diseños fase II suministrados por la ANI como se referencia según la sección 5.1(a) del AT1... sin embargo el concesionario debía tener en cuenta también para ello la información recaudada con objeto de la fase de preconstrucción, entre ella el inventario real de redes que estaba obligado a elaborar en los términos del AT5...”

Transcribió la sección 3.2.1(b)(c)(i)(iv) de las obligaciones del Concesionario y destacó:

(b) En la elaboración de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico el Concesionario deberá evaluar la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las Redes o de conservar o modificar el trazado del Proyecto siguiendo lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 1682

c) Inventario de Redes

(i) con anterioridad a la presentación a la Interventoría de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, el Concesionario deberá realizar un inventario de las Redes que se encuentren dentro del Corredor del proyecto

(iv) Como resultado de dicha actividad, el Concesionario elaborará y presentará junto con los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico un acta en la que constarán todos los hallazgos de Redes dentro del Corredor del Proyecto para cada Unidad Funcional...”

Concluyó que la pretensión 1.14 debe prosperar de manera parcial, toda vez que el primer estudio y diseño geométrico elaborado por el Concesionario estuvo acorde con el trazado de los estudios Fase II entregados por la ANI como referencia, sin embargo, también es claro que el Concesionario para la elaboración de los estudios fase III estaba en la obligación de tener en cuenta el inventario de redes elaborado por él. Es de señalar que el primer estudio de trazado y diseño geométrico no fue objetado, motivo por el cual deberá accederse a la pretensión 1.15.

Señaló que el Concesionario presentó el 11 de mayo de 2016 los estudios de Trazado y Diseño Geométrico atendiendo los estudios fase II, sin que hubiera culminado el inventario de redes que estaba en la obligación de realizar y reprochó el hecho de que a pesar de que el acta de inicio fue suscrita el 13 de octubre de 2015, con lo cual se inició la fase de preconstrucción, solo el 11 y 12 de febrero de 2016 el Concesionario ofició a Ecopetrol y Promioriente en busca de información de las redes que tenían y que podían ser afectadas por la construcción de la Unidad Funcional 9, esto es que dejó transcurrir 4 meses desde el inicio de la etapa de preconstrucción para gestionar y obtener la información que era determinante para la elaboración de estudios fase III, teniendo en cuenta para ello la información de redes que afectaba realmente la vía, que permitiría concluir que no se podía construir de forma adosada.

Puso de presente que el Concesionario para evitar un proceso sancionatorio por incumplimiento, solicitó inicialmente la licencia ambiental con información que sabía que no correspondía a la realidad, pues para ese momento conocía que el inventario de redes contenido en el AT5 en cuanto a la Unidad Funcional 9 era distinto y concluyó que el hecho de que el Concesionario decidiera elaborar el primer estudio de trazado a pesar de ser consciente de que no contaba con toda la información necesaria para ello, se constituye en un error de diseño, motivo por el cual las pretensiones 1.16 y 1.22 deben negarse y accederse a la pretensión 1.17, en la medida de que no existe prueba en el expediente de que la Interventoría o la ANI hayan argumentado que lo anterior fuera un error de diseño.

Igualmente indicó que en su concepto deben ser negadas las pretensiones 1.27, 1.28 y 1.31 que tienen en común reclamaciones de la Convocante relacionadas con el reconocimiento de los efectos económicos a causa de los ajustes o modificaciones realizadas por el Concesionario a los diseños presentados inicialmente por él mismo, por mayores costos directos e indirectos en CAPEX y en permanencia de obra y mayores costos por la modificación de la licencia ambiental, por cuanto encuentra que fue el Concesionario quien tomó la decisión de solicitar la licencia con fundamento en un diseño elaborado sin tener en cuenta en el mismo toda la información técnica real en materia de redes, por lo cual no tiene presentación que ahora pretenda valerse de su propia incuria, de sus propios actos, y se beneficie de las decisiones que tomó a conciencia de las consecuencias que le podrían generar.

Recalcó que en su opinión es claro que, si el Concesionario hubiera actuado con la diligencia necesaria, habría obtenido la información sobre las redes de manera oportuna y con ella hubiera elaborado los diseños fase III correspondientes, de seguro para proponer la misma alternativa para construir la nueva calzada en la Unidad Funcional 9, con la diferencia de que no hubiera sido necesario modificar esos diseños ni solicitar la modificación de la licencia ambiental.

Afirmó *“que hábilmente el concesionario vende la idea que el diseño fase III inicial es modificado a raíz de las redes encontradas y con el fin de evitarle a la ANI que incurriera en grandes costos en traslados de redes, lo cual no es ajustado a los hechos probados”*.

Puso de presente que situación distinta sería si las pretensiones estuviesen sustentadas en los efectos económicos del cambio de trazado de la Unidad Funcional 9, aspectos que no es solicitado por la Convocante, *“por lo tanto es necesario remitirnos a la literalidad de las pretensiones, so pena de violar el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad demandada.”*

Agrega que esos argumentos son respaldados por el dictamen de Opzion Company.

Concluye que deben negarse las pretensiones 1.20 y 1.21 porque el cambio de trazado correspondiente a la construcción de la calzada en la Unidad Funcional 9.2, obedeció al cumplimiento de un deber legal que cubre tanto a la ANI como al Concesionario, más que a una orden unilateral impartida por la ANI, según el artículo 47 de la Ley 1682 y la sección 8,2(b) de la PGC.

En cuanto a la pretensión 1.23 manifestó que debe accederse de acuerdo con el literal C de la sección 4.5 de la PEC sobre el valor de las redes, y la disposición sobre ecuación contractual y asignación de riesgos.

Frente a la pretensión 1.24 dijo que debe ser negada por cuanto conforme a la sección 5.1(a) del AT1 los diseños fase II le servirán de referencia al Concesionario.

Sobre la pretensión 1.25 concluyó que debe prosperar, por cuanto era previsible para el Concesionario que los costos por traslado de redes fueron asumidos en la forma indicada en la Sección 8.2(e)(i)(ii)(iii).

Agregó que *“...cuando el concesionario elaboró estudios fase III definitivos y optó por trasladar las redes existentes en la UF9, al ser la opción de menor costo, lo que hizo fue dar cumplimiento a la ley y al contrato, más que evitarle un daño a la ANI, motivo por el cual la pretensión 126 deberá ser negada.”*

Pidió no acceder a las pretensiones 1.29 y 1.30 por cuanto *“tienen en común declarar que no es un riesgo a cargo de la concesionaria el impacto económico generado por los ajustes o modificaciones a los diseños de la UF9 y el generado por la modificación de la licencia ambiental... la sección 13.2 de la PGC que contiene los riesgos a cargo del Concesionario, toda vez que esta norma es clara en señalar en su ordinal a) vi) que los efectos favorables o desfavorables derivados de los “Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño”, se encuentran a cargo del Concesionario.”*

3.5 Consideraciones del Tribunal

Para la decisión de estas pretensiones el Tribunal aborda los siguientes temas: 3.5.1) El alcance de la Unidad Funcional 9 a la luz del Contrato APP 013 de 2015; 3.5.2) Lo sucedido con ocasión de la recopilación de información para el inventario de redes en la Unidad Funcional 9 y sus efectos frente a la construcción de la segunda calzada; 3.5.3) La presentación del Estudio de trazado y diseño geométrico para la Unidad Funcional 9; 3.5.4) A quién corresponde asumir los costos del cambio en el trazado en la Unidad Funcional 9; 3.5.5) Las Excepciones 3.1.2 y 3.1.3; 3.5.6) La presentación de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico con base en el trazado estructurado, no constituyó error del Concesionario; 3.5.7) Las pretensiones 1.28, 1.29, 1.30 y 1.31 y el trámite de la licencia ambiental y su modificación; 3.5.7.1) Modificación de la licencia ambiental; 3.5.7.2) Nueva solicitud de modificación de Licencia Ambiental. 3.5.7.3) Los efectos del procedimiento adelantado para la modificación de la licencia ambiental y, 3.5.8) La pretensión 1.23.

3.5.1 El alcance de la Unidad Funcional 9 a la luz del Contrato APP 013 de 2015

El Contrato APP 013 de 2015 *“de concesión bajo un esquema de asociación pública privada [de iniciativa pública] 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, lleva a cabo el Proyecto...”*⁴⁶⁴ cuyo alcance, *“corresponde a los*

⁴⁶⁴ Punto 2.1 de la Parte General.

estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión del corredor vial Bucaramanga – Barrancabermeja – Yondó de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato.” (Punto 3.2 de la Parte Especial).

El proyecto fue sectorizado en 9 Unidades Funcionales⁴⁶⁵, identificadas por los puntos de inicio y terminación, longitud, y el tipo de intervención. Específicamente para la Unidad Funcional 9 Portugal - Lebrija con una extensión de 12,40 km, el objeto se concretó en el mejoramiento de la vía existente y construcción de la segunda calzada⁴⁶⁶:

9	Portugal - Lebrija	Portugal - Lebrija	Lisboa K105+000 1283177.898N 1088026.885E	Portugal K105+000 1278275.898N 1094776.592E	12.40 Km	Mejoramiento de la vía existente y construcción de la segunda calzada	Empalme con la concesión ZMB en el PR60
---	--------------------	--------------------	--	--	----------	---	---

Acorde con los términos del artículo 12 de la Ley 1682, el alcance de las intervenciones de mejoramiento y construcción, están definidas en el punto 4.2(a) del Apéndice Técnico ¹⁴⁶⁷, así:

“(i) Obras de Construcción: Son las Intervenciones en las cuales, el Concesionario deberá ejecutar un sector de vía donde no existe un carretable definido, bien sea por necesidad de construir una variante a un centro poblado, ampliar la capacidad de la vía existente desdoblándola a segunda calzada (formando un sistema de par vial o doble calzada) o generando un nuevo corredor alternativo para garantizar una nueva conexión entre el origen y destino. Para este tipo de Intervención, se debe cumplir con lo establecido en el Manual de Diseño Geométrico de INVIAS y lo relacionado en el Apéndice 3 y en los requerimientos de la Ley 105 de 1993, a menos que en los requerimientos solicitados en este documento, se establezcan diferentes características. La Construcción comprende la ejecución como mínimo de las siguientes actividades: Desmonte y limpieza, explanaciones, puentes, túneles, obras de drenaje, de protección y estabilización, afirmados, subbase, base, carpetas de rodadura, señalización, sistemas inteligentes de transporte, etc.

“(ii) Mejoramiento: Son las Intervenciones en las cuales, el Concesionario deberá mejorar las condiciones de una vía existente con el objetivo de llevarla a unas características técnicas determinadas y de mayor estándar que los que presenta la vía, de tal manera que mejore la capacidad o el nivel de servicio, bien sea, mediante la ejecución de actividades que mínimo logren: aumentar la velocidad de diseño, rectificar o mejorar alineamientos horizontales o verticales puntuales o continuos, ampliar las secciones geométricas de las vías, ampliación de calzadas existentes o nuevos carriles,

⁴⁶⁵ “Unidad Funcional. Se refiere a cada una de las divisiones del Proyecto tal como se presentan en la Parte Especial, que corresponden -cada una- a un conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo con lo establecido en el Apéndice Técnico 4. (Punto 1.159 de la Parte General.”

⁴⁶⁶ Punto 3.3. Parte Especial.

⁴⁶⁷ Ley 1682, art. 12: En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: ... Construcción. Son aquellas obras nuevas que incluyen el levantamiento o armado de algún tipo de infraestructura de transporte.

“...Mejoramiento. Cambios en una infraestructura de transporte con el propósito de mejorar sus especificaciones técnicas iniciales. Estas actividades están sujetas a reglamentación dentro de los ciento veinte (120) días calendario siguientes.”

minimizar los impactos de sitios críticos o vulnerables, pavimentar incluyendo la estructura del pavimento, construir, entre otros”.

Como punto neural de sus argumentos, la Convocante ha insistido en que la construcción de la segunda calzada para la Unidad Funcional 9, fue prevista por el estructurador como adosada a la vía existente (hecho 107 de la reforma a la demanda), hecho expresamente admitido por la Convocada al contestar la reforma de la demanda, con la aclaración de que:

“ES CIERTO. Como lo menciona el concesionario, para la estructuración del proyecto en general, se realizan estudios de factibilidad, mientras que al Concesionario corresponde atendiendo sus obligaciones, elaborar y entregar estudios y diseños con el lleno y cumplimiento de la Ley y normatividad aplicable, como efectivamente lo hizo, los presentó y se les dio la no objeción por parte de la interventoría.”

Y que también encontró demostrado el señor Agente del Ministerio Público⁴⁶⁸ en su concepto, además de que fue corroborado con varias pruebas, a saber:

i. El dictamen pericial elaborado por un equipo a cargo de la Ingeniera Civil Luz Mérida Gamboa Mesa, y presentado por la Convocante, que da cuenta de:

“87. Dentro de los documentos aportados por la ANI en la Fase de licitación, se encuentran los documentos técnicos de la fase Estructuración⁴⁶⁹, los cuales, al consultarse para el desarrollo del presente dictamen, evidencian que lo previsto en la Fase de estructuración por la ANI para la segunda calzada de la Unidad Funcional 9 era de una calzada nueva adosada a la ya existente como se relaciona a continuación. Segunda calzada que se construiría mediante desdoblamiento, según las proyecciones de la estructuración del proyecto por parte de la ANI.”

En su declaración la perito en respuesta al Tribunal reiteró que los diseños Fase 2 incluían la construcción de la segunda calzada adosada a la existente:

“Doctora, porque estaba el diseño base, el diseño base fase dos que estructuró, que entregó la Agencia Nacional de Infraestructura en la etapa precontractual, y ahí aparece que la calzada la segunda calzada, en su gran mayoría, está adosada a la calzada existente, o sea que a la calzada existente se le va a hacer mejoramiento y se le construye la segunda calzada al lado, eso está en los estudios y diseños que llamamos base.⁴⁷⁰”

ii. El dictamen pericial de contradicción elaborado por Opzion Company – Oscar Andrés Rosas Páez, presentado por la Convocada como de contradicción al elaborado por la ingeniera Luz Mérida Gamboa Mesa, dijo al respecto:

“A pesar de que evidentemente en el subsector UF 9.2 se encontró una mayor cantidad de redes con la potencialidad de afectar la construcción según el trazado base establecido por el estructurador técnico de la concesión (no por el concesionario); así mismo se hizo evidencia, que técnicamente la solución óptima para gestionar la situación del número de posibles interferencias encontradas, fue la de generar un ajuste

⁴⁶⁸ Concepto del señor Agente del Ministerio Público, pág. 78.

⁴⁶⁹ Nota original del dictamen: “Anexo B. No. 60. Diseño Geométrico UF9 proyectado por la ANI.”

⁴⁷⁰ Declaración rendida en audiencia de 17 de octubre de 2024.

de diseño relacionado plantear la segunda calzada ya no adosada a la existente, sino una segunda calzada como par vial.”⁴⁷¹

iii. Algunos declarantes informaron sobre tal aspecto, confirmando que en la estructuración del proyecto la segunda calzada se construiría adosada a la vía existente.

El señor Alberto Toledano Sánchez, ingeniero civil vinculado al proyecto de 2016 hasta septiembre de 2021 porque trabajaba para el consorcio Constructor, al responder el interrogatorio formulado por el señor apoderado de la Convocada, dijo:

DR. PEÑA: [00:24:00] Quisiera hacer una pregunta sobre esto que usted nos menciona y es, ¿cuál es el alcance contractual establecido para la Unidad Funcional No. 9?

SR. TOLEDANO: [00:24:11] La Unidad Funcional 9 contemplaba mejoramiento de la calzada existente, y duplicación o construcción de una nueva calzada adosada a la vía existente.

DR. PEÑA: [00:24:21] Bueno, quisiera hacer otra pregunta frente a esto último que usted nos dice, ¿el Contrato de Concesión establece si para la Unidad Funcional No. 9, si la vía debe estar adosada? Según lo que usted recuerda, digamos, del contenido del Contrato de Concesión.

SR. TOLEDANO: [00:24:41] Sí.

DR. PEÑA: [00:24:44] ¿En qué parte del Contrato lo dice, usted recuerda?

SR. TOLEDANO: [00:24:50] Si no recuerdo mal, o sea, en el alcance contractual debe estar, o sea, donde se dice duplicación de la calzada existente...”⁴⁷²

En el mismo sentido fue la respuesta dada al Tribunal por los señores Andrés Cuevas Gerez, ingeniero civil que trabajó para el consorcio Constructor desde octubre de 2015⁴⁷³; Gabriel Gonzáles Anton, ingeniero de caminos, canales y puertos, quien fungió como representante legal del consorcio constructor desde 2018 a 2020⁴⁷⁴ y John Eduardo Mendoza, ingeniero civil, quien también trabajaba con el consorcio constructor⁴⁷⁵.

El director de la Interventoría Ingeniero Civil Gustavo Alberto Montes, en relación con el tema, afirmó en cambio de la segunda calzada que podía ser adosada o par vial, según su interpretación de los términos del contrato:

“en alguna parte del contrato también lo dice la segunda calzada puede ser una calzada adosada o en par vial, que es la palabra que utilizamos nosotros. Y creo que hay alguna otra condición que también está prevista ahí en las definiciones de lo que es una segunda calzada, una segunda calzada no necesariamente es una calzada que esté adosada a la existente”

El análisis de las pruebas relacionadas, periciales, documentales y testimoniales referidas, junto con la expresa admisión del hecho en la respuesta a la demanda, traen certeza al Tribunal sobre el hecho de que en la estructuración del proyecto que se puso a disposición

⁴⁷¹ Dictamen de contradicción a los dictámenes presentados por la sociedad Ruta del Cacao S.A.S., en el marco del trámite arbitral 141913, elaborado por Opzion Company – Oscar Andrés Rosas Páez, ingeniero civil. Pag. 49.

⁴⁷² Declaración rendida en audiencia de 20 de mayo de 2024.

⁴⁷³ Declaración rendida en audiencia de 17 de junio de 2024.

⁴⁷⁴ Declaración rendida en audiencia de 28 de mayo de 2024

⁴⁷⁵ Declaración rendida en audiencia de 24 de mayo de 2024

de los interesados en el proceso de selección del contratista, la calzada nueva se proyectó adosada a la existente.

Por tanto, el Tribunal accederá a la pretensión 1.12.⁴⁷⁶

Por otro aspecto, la información suministrada al Concesionario en relación con la existencia de redes de hidrocarburos y gas identificadas en el trazado de la Unidad Funcional 9 como aparecía en estudios Fase 2, se plasmó en el Apéndice Técnico 5⁴⁷⁷ que contiene las obligaciones del Concesionario en lo relacionado con la identificación, inventario, manejo, protección y/o traslado de las Redes que se vean afectadas con el Proyecto.

Tal información corresponde a la “Tabla 7 – Redes identificadas en la Unidad Funcional 9”:

TRAMO	ABSCISA		TIPO DE RED CON QUE ENTRA EN CONFLICTO	ENTIDAD PROPIETARIA	DESCRIPCIÓN DEL CONFLICTO
	INICIO	FIN			
Portugal - Lebrija	K107+793	K107+826	Línea de Gas y Poliducto	TRANSORIETE (Ecopetrol)	Cruces sesgados de la tubería
	K108+030	K108+096			
	K108+222	K108+287			
	K108+390	K108+943			
	K108+480	K108+603			
	K108+800	K108+920			
	K109+220	K109+270			
	K109+370	K109+900			
	K109+590	K110+200			
	K110+800	K111+170			
	K111+310	K111+560			

En el mismo Apéndice Técnico 5, fue incluida la definición de Afectación o interferencia de las redes, así como la responsabilidad exclusiva del Concesionario de determinar qué constituye una afectación o interferencia, así:

“(a) Para efectos del presente Apéndice, se presumirá que una Red se ve afectada por una Intervención cuando por causa o con ocasión de su implementación se pudieren causar impactos que pongan en peligro la integridad de una Red y/o la prestación del servicio asociada a la misma.”

La regulación contractual de las obligaciones del Concesionario y de la ANI en el tema de Redes, así como la asignación del riesgo en ese aspecto, corresponde al punto 8.2 de la Parte General del Contrato, de acuerdo al cual:

“8.2 Redes

“(a) Conforme a lo señalado en el presente Contrato, durante la Fase de Preconstrucción

⁴⁷⁶ 1.12. Que se declare que en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015 que dio lugar a la celebración del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, se contempló, para la Unidad Funcional 9, la construcción de una segunda calzada de manera adosada a la calzada existente.

⁴⁷⁷ Carpeta 02 PRUEBAS, 01 DEMANDA INICIAL + REFORMA, 01 CONTRATO Y APÉNDICES

el Concesionario deberá efectuar un inventario de las Redes que se encuentren dentro del Corredor del Proyecto antes de cualquier Intervención, que constará en un acta debidamente suscrita por las Partes y el Interventor. Además de la información correspondiente a las entidades que puedan ser titulares de dichas Redes, el Concesionario deberá realizar sondeos y adoptar los procedimientos que de acuerdo con el estado de la técnica, le permitan identificar la real existencia de Redes que puedan ser afectadas por las Intervenciones o que puedan tener incidencia en la ejecución del Proyecto

“(b) Al momento de efectuar los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, el Concesionario deberá analizar la pertinencia de afectar Redes existentes aplicando los criterios previstos en el artículo 47, numeral 1, de la ley 1682 de 2013.

“(c) El Concesionario deberá asumir los costos del traslado o protección de las Redes (salvo cuando dichos costos deban ser asumidos por los titulares de las Redes o por otro tercero, de conformidad con cualquier convenio suscrito entre ANI y dicho tercero o con la Ley Aplicable), mediante el traslado de los recursos necesarios al Patrimonio Autónomo (Cuenta Proyecto- Subcuenta Redes). Se estima que el valor del traslado o protección de las Redes corresponde a la suma que se indica en la Parte Especial, (“Valor Estimado de Redes”), suma que deberá estar disponible en la Subcuenta Redes en las fechas previstas en la Parte Especial. Estos valores se actualizarán con la fórmula de la Sección 3.9(b) de esta Parte General en la fecha de su traslado a la Subcuenta Redes.

“(d) Los recursos de la Subcuenta Redes serán utilizados única y exclusivamente para el traslado o protección de Redes que adelante el Concesionario necesarios para la ejecución del presente Contrato. Al finalizar la Etapa Preoperativa, el remanente de los recursos de la Subcuenta Redes, de haberlo, será distribuido entre el Concesionario y la ANI en una proporción sesenta (60)/ cuarenta(40) respectivamente. Los remanentes a favor de la ANI, serán transferidos a la Subcuenta Excedentes ANI. El valor de todas las inversiones y gastos que deban realizarse con los recursos de la Subcuenta Redes, deberá ser previamente aprobado, para cada caso, por el Interventor, con el fin de verificar que ese valor corresponde a condiciones normales de mercado vigentes para ese momento.

“(e) Si el Valor Estimado de Redes llegare a ser insuficiente, los costos adicionales al cien por ciento (100%) del Valor Estimado de Redes serán asumidos por las Partes serán aportados de la siguiente manera:

(i) Si el valor correspondiere a un cuantía superior al cien por ciento (100%) y hasta el ciento veinte por ciento (120%) inclusive, el Concesionario asumirá en su totalidad los costos adicionales al Valor Estimado de Redes con relación a la fracción que exceda el cien por ciento (100%).

(ii) Si el valor correspondiere a un cuantía superior al ciento veinte por ciento(120%) y hasta el doscientos por ciento (200%) inclusive, con relación a la fracción que exceda el ciento veinte por ciento (120%) el Concesionario asumirá el treinta por ciento (30%) de los costos adicionales y la ANI el setenta por ciento (70%) de los costos adicionales al Valor Estimado de Redes..

(iii) Si el valor correspondiere a un cuantía superior al doscientos por ciento (200%), la ANI asumirá en su totalidad los costos adicionales al Valor Estimado de Redes con relación a la fracción que exceda el doscientos por ciento (200%)”

En complemento, el Punto 13.3 (i) de la Parte General, precisa sobre la asignación de ese riesgo a la ANI:

“(i) Parcialmente, los efectos desfavorables del riesgo de insuficiencia del Valor Estimado de Redes, en la medida en que la asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, la obligación de la ANI de hacer los desembolsos de lo que corresponda al porcentaje en que la ANI asume dicho riesgo, en las condiciones, plazos y montos previstos expresamente en este Contrato, estrictamente de conformidad con lo previsto en las Secciones 8.2(e) y 8.2(f) de esta Parte General.”

El valor estimado de las redes fue de \$7.679.108.702 — Parte Especial, Punto 4.5 (c)—:

“4.5 Fondeo de Subcuentas del Patrimonio Autónomo

“(c) Subcuenta Redes

“El Valor Estimado de Redes que el Concesionario deberá aportar a la Subcuenta Compensaciones Redes corresponde a la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS DOS (\$7.679.108.702) Pesos del Mes de Referencia, los cuales deberán estar disponibles en la Subcuenta Redes según se establece a continuación:...”

En otro aspecto, al Concesionario por regla general está asignado el riesgo de Diseño según lo establece el Apéndice Técnico 1:

“CAPITULO V ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES TÉCNICAS PARTICULARES Y ESPECÍFICAS ADICIONALES DEL CONCESIONARIO EN CADA ETAPA

“5.1 Diseño

“Para los diseños Fase III de las obras incluidas en esta Concesión se podrán tomar como referencia los diseños Fase II realizados por el Estructurador Técnico de Concesión. El Concesionario será responsable por la interpretación, revisión, adopción y modificación de los mismos, **en la medida que el riesgo de diseño está a su cargo**. Sin embargo, debe resaltarse que en los diseños para la vía alterna Puente La Paz – Lisboa de la Unidad Funcional 5 y los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 2, se contempla una solución de doble calzada, mientras que el alcance de la Concesión para dichos subsectores comprende únicamente la Construcción de una calzada...”

Salvo que se trate de costos asociados a cambios de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, cuando son decididos autónoma y exclusivamente por la ANI —Punto 13.3(r) de la Parte General—:

“13.3 Riesgos de la ANI

“Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):

“... (r) **Los costos asociados a cambios de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño incluyendo la realización de obras no previstas en este contrato, siempre que i) sean decididos autónoma y exclusivamente por la ANI, ii) que no sean necesarios para cumplir con este Contrato (especialmente con las Especificaciones Técnicas) y iii) que no correspondan a los descritos en la Sección 6.3 de esta Parte General, en tanto estos últimos son realizados a cuenta y riesgo del Concesionario. La forma de asunción de estos costos y la fuente de recursos será determinada autónomamente por la ANI. De no contar la entidad con la disponibilidad de esos recursos, no se ejecutarán esos cambios ni obras no previstas.**” (Resaltado del Tribunal).

Los trámites para la obtención de la Licencia ambiental corresponde adelantarlos al Concesionario por su cuenta y riesgo:

“Licencia Ambiental Es el acto administrativo emitido por la Autoridad Ambiental mediante el cual se autoriza la ejecución de obras del Proyecto, de una Unidad Funcional o Intervención, en el caso en que dicha Licencia sea exigida conforme a la Ley Aplicable y cuyo trámite y costo estará a cargo del Concesionario, por su cuenta y riesgo, incluidas las acciones de seguimiento a la misma.” (PGC 1.92)

Además, en el punto 1.162 de la Parte General se dispuso sobre el valor del Contrato:

“Es la suma señalada en la Parte Especial que corresponde al presupuesto estimado de inversión en los términos de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 26 del Decreto 1467 de 2012 y tendrá el significado y los efectos señalados expresamente en la Ley 1508 de 2012 y en sus decretos reglamentarios, además de los que se señalen de manera expresa en este Contrato, en particular -pero sin limitarse a ellos-, los previstos en la Sección 2.2 de esta Parte General.”

Asociada a la asignación de riesgos y al Valor del Contrato, en la Parte General se incluyó la declaración del Concesionario de haber investigado plenamente los riesgos asociados al proyecto y de suficiencia de la Retribución para cumplir con la totalidad de las obligaciones previstas en el Contrato y sus Apéndices:

“2.6 Declaraciones y Garantías de las Partes

“(a) (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 considera que tales apartes fueron debidamente aclarados de manera que en el presente Contrato no existen apartes confusos ni contradicciones o de existirlos, están claramente solucionados con base en los criterios y reglas de interpretación contenidos en el mismo Contrato. El Concesionario declara que acepta los términos y condiciones del Contrato en la medida en que los ha estudiado y ha valorado con la diligencia necesaria 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.

“(a) (vi) Suficiencia de la Retribución: el Concesionario declara y garantiza que el valor de la Retribución, calculado con base en la Oferta presentada en el Proceso de Selección y las demás condiciones aquí establecidas, es suficiente para cumplir con la totalidad de las obligaciones previstas en el presente Contrato y sus Apéndices y para asumir los riesgos que le han sido asignados sin que la ocurrencia de los mismos afecte la suficiencia de dicha Retribución. El Concesionario declara y garantiza que la eventual aplicación de Deduciones y Multas o Descuentos en virtud de lo dispuesto en el presente Contrato no afecta la suficiencia de la Retribución.”

3.5.2 Lo sucedido con ocasión de la recopilación de información para el inventario de redes en la Unidad Funcional 9 y sus efectos frente a la construcción de la segunda calzada

El contrato dispuso la existencia de dos etapas, la Preoperativa y la de operación y mantenimiento. La primera a su vez dividida en dos fases, la de Preconstrucción y la de Construcción⁴⁷⁸.

Según las pruebas que obran en el expediente, lo sucedido en la Fase de Preconstrucción en relación con la Unidad Funcional 9, corresponde a lo siguiente:

El acta de inicio del contrato fue suscrita el 13 de octubre de 2015⁴⁷⁹, con lo cual se dio inicio a la etapa Preoperativa Fase de Preconstrucción, en la que el Concesionario tenía a su cargo, de acuerdo al Punto 4.2 de la Parte General del Contrato, entre otras obligaciones y en lo que concierne al tema discutido en relación con la Unidad Funcional 9, las obligaciones de:

- Preparar y presentar para revisión del Interventor, los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, cumpliendo con las especificaciones técnicas, dentro de los doscientos diez (210) días siguientes a la fecha de inicio (Parte General, puntos 4.2 (g) y 6.1).
- Una vez obtenida la no objeción del Interventor sobre los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y dentro de los mismos 210 días, presentar para revisión del Interventor 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 (4.2 (h)).
- Establecer bajo su propia responsabilidad la necesidad de obtener las Licencias Ambientales necesarias para adelantar las Intervenciones (4.2 (j)).
- Tramitar y obtener ante las Autoridades Estatales y/o Autoridades Ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar el Proyecto y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales. Así mismo, preparar todos los estudios que le soliciten tales Autoridades (4.2 (k)).
- Realizar un inventario de las Redes que puedan verse afectadas por las Intervenciones, indicando el estado de las mismas y listar la totalidad de las Redes incluyendo las que no hayan sido identificadas en el Apéndice Técnico 5. Este inventario constará en un acta que será suscrita por las Partes y el Interventor. Al finalizar la Fase de Construcción se deberá actualizar dicho inventario y garantizar que las Redes se encuentren en iguales o mejores condiciones que las registradas en el inventario inicial, salvo por el desgaste propio de dichas Redes

⁴⁷⁸ Punto 2.1(a) de la Parte General.

⁴⁷⁹ Documento allegado por la Convocante, visible en carpeta 02 PRUEBAS, 01 DEMANDA INICIAL + REFORMA, 03

por el uso y el paso del tiempo. El manejo de los riesgos asociados con el costo del traslado o manejo de Redes, según corresponda, se hará conforme a lo previsto en este Contrato, en especial en la Sección 8.2. (4.2 (m)).

- Presentar a la ANI y al Interventor un plan para el traslado y/o manejo de Redes dentro del plazo señalado en la Parte Especial (4.2 (n)).

En la Fase de Preconstrucción, en cuanto concierne a la Unidad Funcional 9 el Concesionario adelantó simultáneamente actuaciones relacionadas con la entrega del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, con la recopilación de información para la elaboración del inventario de redes de hidrocarburos y gas, y con la solicitud de la licencia ambiental ante la ANLA.

La Entrega de Estudio de Trazado y Diseño Geométrico de todas las unidades funcionales, la hizo el Concesionario el 11 de mayo de 2016⁴⁸⁰, a los 210 días de la firma del acta de inicio, con base en los diseños del estructurador para la Unidad Funcional 9, que incorporaban la construcción de la segunda calzada adosada a la vía existente.

Así lo afirmó la Convocante en el hecho 130 de la demanda:

“HECHO 130. El 11 de mayo de 2016, a los 210 días de iniciada la Fase de Preconstrucción, el CONCESIONARIO entregó a la Interventoría los Estudios y Diseños de Trazado Geométrico, en el que se contempló la construcción de la segunda calzada de la Unidad Funcional 9, de manera adosada a la calzada existente, tal como se había previsto por la ANI en sus diseños fase II (Etapa Precontractual). Como se mencionó previamente, con base en esos mismos diseños, se procedió con el Estudio de Impacto Ambiental.”

Hecho al cual la Convocada, respondió así:

“HECHO 130. ES CIERTO, sin embargo, se precisa que, lo anunciado por el concesionario corresponde al componente estudio de trazado y diseño geométrico para cumplir con la obligación contractual pactada de entrega de los mismos a los 210 días de iniciada la Fase de Preconstrucción, el cual de manera posterior y también como parte de sus obligaciones contractuales fue modificado por el Concesionario para las Unidades Funcionales 8 y 9, en los estudios y diseños de detalle entregados por cada una de las Unidades Funcionales en que está dividido el proyecto, los cuales fueron no objetados por la interventoría.

Ese hecho y su respuesta, demuestran la entrega por parte del Concesionario de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico con base en el trazado estructurado para la Unidad Funcional 9, es decir con la segunda calzada adosada a la vía existente. Por tanto, se accederá a la pretensión 1.14.

Para la fecha de presentación de los Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, el Concesionario adelantaba las averiguaciones que mostraban en la Unidad Funcional 9 la existencia de interferencias con redes de hidrocarburos y gas que no estaban identificadas en la relación contenida en el Apéndice Técnico 5 del Contrato.

⁴⁸⁰ Comunicación de 11 de mayo de 2016 de RDC a la ANI. Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.

Muestra la prueba documental que el Concesionario se dirigió a Ecopetrol⁴⁸¹ y a Promioriente⁴⁸² en busca de información de redes los días el 11 y 12 de febrero de 2016. La respuesta informó sobre la existencia en la Unidad Funcional 9 de redes de hidrocarburos y gas, en tal magnitud que evidenciaba la insuficiencia de la información suministrada en el Apéndice Técnico 5 y que podía afectar la construcción del proyecto conforme fue estructurado.

Así lo puso de presente Ecopetrol al responder al Concesionario el 28 de marzo de 2016⁴⁸³. En su respuesta esa entidad informó:

“1. Tipología y caracterización de la red

“En la zona de influencia del proyecto vial se puede identificar interferencias con el poliducto Galán – Chimita, tiene una longitud del orden de 97 km, a lo largo de su recorrido el poliducto pasa por los municipios de Barrancabermeja, Lebrija, Girón, San Vicente de Chucurí, Betulia del Departamento de Santander.

“2. Inventario de elementos que conforman la red o activo objeto de protección, traslado o reubicación

“De acuerdo con el análisis realizado a la fecha y con fundamento en la información suministrada por la sociedad Ruta del Cacao S.A.S., se evidencia interferencias con los siguientes activos:

“Tuberías de 12” API 5LX60/, 6” API 5LX42

“Estos sistemas cuentan, además, con válvulas instaladas para permitir el aislamiento de segmentos de la tubería durante situaciones de mantenimiento de línea o de emergencia, sistema de protección catódica, poste de kilometraje, trampa de raspadores, válvulas y cheques con sus respectivos elementos de instrumentación, control y protección.

“El inventario definitivo y la identificación de las áreas de interferencia se concretará conjuntamente durante el desarrollo de los comités técnicos y actividades en campo previos a las actividades de intervención proyectadas por la Sociedad Ruta del Cacao S.A.S...”

Previno sobre los costos de traslado de las redes:

“5. El análisis y cuantificación de los costos asociados estimados a la protección, traslado o reubicación del poliducto

“Con el objeto de establecer los costos asociados estimados unitarios a las obras y medidas de mitigación necesarias para garantizar la integridad de la infraestructura de transporte en las zonas de interferencia, se relaciona a continuación los costos clase IV, tomando como referencia la tubería, podría existir una variación a los costos unitarios:

“...”

“...Los valores definitivos estarán supeditados a cada solución técnica particular, avalada previamente por el Comité técnico establecido entre la Concesionaria Ruta del Cacao y Ecopetrol

“Acorde a lo establecido en la ley de 1682 de 2013 en su Artículo 50, la Asignación de los costos de protección, traslado o reubicación de redes y activos con ocasión del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, serán asumidos por el proyecto de infraestructura de transporte”

⁴⁸¹ Comunicación con radicado No. RDC-191-09022016, CARPETA 02 PRUEBAS, 01 DEMANDA INICIAL + REFORMA, 5_DOCUMENTOS UF9.

⁴⁸² Carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado Excepciones.11.

⁴⁸³ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_DocumentoS UF9

Y sugirió revisar el trazado y establecer la posibilidad de realizar ajustes al diseño:

“Al respecto, se considera conveniente revisar el trazado y establecer la posibilidad de realizar ajustes del diseño a fin de minimizar los impactos sobre la infraestructura de transporte de hidrocarburos de la filial Cenit S.A.S, operada y mantenida por la Vicepresidencia de Transporte y Logística de Ecopetrol S.A.

“Finalmente, con el objeto de establecer las medidas de protección, traslado y/o reubicación de la infraestructura de transporte con ocasión del proyecto vial, es necesario el envío del trazado del proyecto definitivo por parte de la Concesionaria, así como el desarrollo de una ingeniería que defina la mejor alternativa de solución, y a partir de esta, establecer los costos estimados de obra. Es de aclarar que los costos asociados a los permisos, autorización y/o licencias, la constitución de servidumbre y dicha ingeniería, estarán a cargo del proyecto vial...”

Por su parte, Promioriente informó el 28 de abril de 2016⁴⁸⁴ que realizada la revisión de los trazados de cada uno de los tramos viales que hacen parte de la concesión, identificó algunos sectores en donde podría haber interferencia entre el trazado proyectado de la vía entre el municipio de Lebrija y el sector de La Sorda y los gasoductos de Promioriente Payao-Bucaramanga de 6 y 8 pulgadas de diámetro. Dio cuenta de la longitud estimada de interferencia, Payao-Bucaramanga 6” 5.691 m y Payao-Bucaramanga 8” 2.294m. Igualmente de la Longitud estimada cambio tramo, Payao-Bucaramanga 6” segundo 5.247m, condicionado 444m; Payao-Bucaramanga 8” seguro 1.548m, condicionado 746m.

Con esa información el Consorcio Constructor Ferrocol – Santander, contratado por el Concesionario, le presentó a éste un presupuesto de “Costos estimados interferencia gasoductos-Promioriente/poliducto Ecopetrol, UF9” por valor de \$124.226.139.347 y le informó en relación con las interferencias en la Unidad Funcional 9 con los gasoductos de Promioriente y los poliductos de Ecopetrol:

“... 4. De acuerdo al Anexo 3 del presente documento (Medición interferencia UF9), se tiene que las interferencias entre el trazado proyectado de la vía entre Lebrija y La Sorda del Concesionario Ruta del Cacao y los gasoductos de Promioriente Payao-Bucaramanga de 6 y 8 pulgadas, y el Poliducto Galán Chimita Ecopetrol es de un total aproximado de trece mil trescientos cuatro (13.304) metros, tal como se puede evidenciar en el Anexo 4 (Planos interferencia UF9).

“5. El literal (c) de la sección 4.5 de la parte especial del Contrato de Concesión indica que el valor estimado de redes es de siete mil seiscientos setenta y nueve millones ciento ocho mil setecientos dos (\$7.679.108.702) pesos.

“Por todo lo anterior prevemos que la duración y el valor de la Unidad Funcional 9 deberán ser incrementados considerablemente, razón por la cual consideramos relevante tener en cuenta los literales (e) y (f) de la sección 8.2, del Contrato de Concesión, que establece :...”⁴⁸⁵

Esto es, que el cálculo estimado por el Concesionario a través del constructor del costo del traslado de las redes existentes que presentaban interferencias en el trazado proyectado

⁴⁸⁴ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.

⁴⁸⁵ Comunicación de 18 de mayo de 2016 de Consorcio Ferrocol Santander. Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.

en la Unidad Funcional 9, en la suma de \$124.226.139.347 excedía en más del 200% el valor estimado en el contrato para ese tema que es de \$ 7.679.108.702.

El Concesionario informó a la ANI sobre tal situación mediante comunicación de 20 de mayo de 2016⁴⁸⁶ y propuso la realización de mesas de trabajo sobre el tema:

“... superados los trámites de valoración e inventarios de redes para el Concesionario se ha evidenciado que el valor de su traslado, solamente en la Unidad Funcional 9 presenta un valor que supera ampliamente el valor que la Agencia Nacional de Infraestructura asignó a este riesgo en la totalidad del proyecto.

“Es claro para el Concesionario el momento específico en que el Contrato prevé la información de la Agencia Nacional de Infraestructura sobre el costo de redes, pero constituye uno de los principales factores de debida diligencia, la planeación que se derive de la anticipación con que se advierta el inconveniente, razón por la cual nos permitimos trasladar a la Agencia el planteamiento del Contratista EPC para concertar mesas de trabajo sobre el tema, pues no tendría ningún sentido esperar a que los recursos sean insuficientes para atender la situación que desde ya se presenta como un importante elemento a tener en cuenta dentro de la gestión contractual que adelanta la Entidad con relación a este Contrato de Concesión.”

Frente a esa información, la ANI descartó la construcción conforme al trazado inicial estructurado dado el costo que representaba el traslado de las redes y que superaba ampliamente el rubro destinado para el efecto en relación con todo el contrato y junto con la Interventoría optaron porque se procediera a analizar alternativas al trazado del estructurador en la Unidad Funcional 9, esto es la construcción de la segunda calzada adosada a la vía existente. Instruyeron en tal sentido al Concesionario. Así lo informan los siguientes documentos:

i. Acta de la reunión de 1 de julio de 2016⁴⁸⁷ entre el Concesionario, la ANI y la Interventoría

Uno de los puntos tratados fue el de problemas principales de redes en las Unidades Funcionales 8 y 9. La Interventoría se refirió a la necesidad de formular alternativas al trazado previsto por el estructurador y propuso generar un par vial. El Concesionario mencionó que una de las alternativas era la construcción de una variante y la ANI le solicitó al Concesionario trabajar en el desarrollo de las dos opciones planteadas:

“OIL AND GAS

CONCESIONARIO. Se presenta un problema de interferencias específico en el K107 800 en el que el recorrido del poliducto actual está definiendo el trazado de la vía existente y por una longitud aproximada de 6 km, por lo que, al generar la segunda calzada, la afectación de redes es altísima lo cual se informó por escrito.

INTERVENTORÍA: El concepto en relación con dicha afectación fue remitido por parte de la Interventoría a la ANI. Dado que se encuentran redes a ambos costados de la calzada actual. Es necesario proponer alternativas al trazado previsto por el estructurador, toda vez que los costos del traslado o protección de estas redes es muy alto.

CONCESIÓN: una de las alternativas planteadas es la construcción de una variante.

⁴⁸⁶ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.

⁴⁸⁷ Copia de esa acta en CARPETA 02 PRUEBAS, 01 DEMANDA INICIAL + REFORMA, 5_DOCUMENTOS UF9

INTERVENTORIA: se propone el análisis de la opción de generar un par vial, con la característica de que la vía existente tenga un alcance exclusivo de rehabilitación sin ampliación a la ley 105

CONCESIÓN: Sería necesario definir que parámetros del apéndice técnico se podrían aplicar al par vial para el diseño de la opción.

ANI: Se solicita que el concesionario trabaje en el desarrollo de las dos opciones planteadas. Para presentárselo a interventoría y a la ANI.” (Resaltado del Tribunal).

ii. Reunión de 28 de octubre de 2016 entre la ANI, el Interventor, el Concesionario y el constructor

En esa oportunidad la ANI reiteró que en consideración a los sobrecostos que presentaba el proyecto base debido a la gran cantidad de redes, el Concesionario debía proponer otras alternativas.

En el hecho 151 de la reforma de la demanda se incluyó parte del acta correspondiente a esa reunión:

“HECHO 151. El 28 de octubre de 2016, en reunión sostenida entre el CONCESIONARIO, el CONSORCIO CONSTRUCTOR, la ANI y la INTERVENTORÍA, la ANI reiteró que no debía ejecutarse la obra con el trazado original, sino que era preciso ejecutar una alternativa, con el fin de mitigar los costos que estarían a cargo de la ANI. Así se dejó constancia en el acta de esa reunión:

“La ANI reiteró que el proyecto base presenta costos elevados debido a la cantidad de redes que requieren actuación, según la información preliminar entregada por el Concesionario quien debe cumplir con su obligación contractual de mitigar, en la medida de lo posible las afectaciones a redes, por lo que debería proponer otras alternativas que crea viables, caso existan y evaluando **la opción con menor costos total**” (Negrilla y Subrayas fuera del Texto)”

Hecho al que la ANI respondió explicando que el dicho de la ANI estaba dentro del marco legal:

“HECHO 151. ES PARCIALMENTE CIERTO. Se resalta, que el texto corresponde a comentarios propios del concesionario. **Lo reiterado por la ANI corresponde a la aplicación de lo previsto en la Ley y normatividad aplicable, en cumplimiento de la Ley de Infraestructura y el Contrato de Concesión.**” (Resaltado del Tribunal).

iii. Acta de Comité Mensual de 24 de mayo de 2017, con la asistencia de la ANI, la Interventoría y el Concesionario

En el punto 4.6 de esa acta consta que la ANI puso de presente que no era solución bajar costos de redes y aumentar los de construcción y la Interventoría recordó que desde junio de 2016 se había puntualizado que no era válido volver a los diseños base:

“... 4.6 Otro SI UF 8/ UF9

“RDC: Se presentarán de forma separada, la otra semana se entregará la justificación para el Otrosí de la UF8 por medio de comunicación y estimativamente se presentará la justificación para el Otrosí de la UF9 en la semana del 05/06/17

“ANI: el contrato es claro con la petición al concesionario cuando se trata de las redes, se debe buscar la mejor solución para disminuir los costos, no es una solución bajar costos de redes, y aumentar costos de construcción. Se recuerda que el riesgo de diseño es del concesionario, si este diseña una alternativa más costosa será asumida por él.

“Interventoría: Se hace la aclaración y memoria que, desde el mes de junio de 2016, se dijo que la solución de volver a los diseños base no es válida.

“RDC: Manifestó que no está de acuerdo con la interpretación realizada por la ANI y la Interventoría y que estudiará el asunto.” (Resaltado del Tribunal)

iv. Requerimientos de la Interventoría al Concesionario y la información que transmitía a la ANI en relación con la modificación al trazado en la Unidad Funcional 9

El seguimiento por parte de la interventoría al tema de presentación de alternativas al trazado de la Unidad Funcional 9, está documentado con varias comunicaciones que obran en el expediente, a saber:

- De 11 de mayo de 2017 el Interventor solicitó al Concesionario la entrega de información de alternativas de las Unidades Funcionales 8 y 9 y le advirtió que le correspondían los riesgos derivados del diseño:

“Asunto: Solicitud entrega de información alternativa Unidades Funcionales 8 y 9

“No obstante haberse entregado por parte del Concesionario a través de la comunicación 20160040000771 información parcial con cifras tentativas correspondientes a la Unidad Funcional 9, a la fecha no ha sido entregada la información completa correspondiente a los estudios y diseño de detalle definitivos para que esta interventoría efectúe su respectiva revisión, análisis y concepto. En consecuencia, por medio de la presente ratificamos el requerimiento para que sea entregada la información correspondiente a los estudios y diseños de detalle cumpliendo con lo previsto en el contrato y sus apéndices técnicos, en cuanto a su contenido, soportes y justificación de las soluciones implementadas.

“Recordamos que de acuerdo a lo establecido en el numeral (vi) de la Sección 13.2 “Riesgos asignados al Concesionario”, éste asumió “Los efectos favorables o desfavorables derivados del diseño, sobre la programación de obra, sobre costos y/o en general sobre cualquier actuación que pueda verse afectada como consecuencia de la ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el Contrato.”⁴⁸⁸

- De 23 de mayo de 2017 en la que, en la misma línea, la Interventoría en comunicación dirigida al Concesionario admitió que las variantes propuestas por éste eran la mejor opción para garantizar el objeto del contrato, sin que engendren mayor valor dado el valor del contrato y su modalidad de global:

“...Así las cosas, debe decirse que sobre este punto compete a la interventoría conceptualizar acerca del cumplimiento de los diseños respecto de los requisitos previstos para el efecto en el pliego de condiciones y en el contrato, así como vigilar su cumplimiento. Mas no modificar o alterar lo contractualmente regulado.

⁴⁸⁸ Carpeta 02 Pruebas, 03 Contestación Ani Reforma, Pruebas y Anexos ANI TA RDC VS ANI 14923, 3 Anexos contestación UF), PB 2.2

“2. Dentro de ese marco y frente a la información remitida a la fecha, esta Interventoría mantiene su posición en relación con que el trazado analizado inicialmente en múltiples mesas de trabajo, remitido por ustedes con oficio 201610040000161 y no objetado, con oficio CBBY-469-2015-284-16 del 12 de octubre de 2016. Es decir las variantes propuestas, corresponde a la mejor opción técnica que garantiza el objeto contractual, con la menor afectación a redes conforme el numeral 1 del artículo 47 de la ley 1682 de 2013. Empero, esa manifestación tiene como presupuesto el respeto del contrato, dentro de lo cual el valor del mismo y su modalidad de global resultan fundamentales. En otras palabras, es viable acometer los diseños que desde la perspectiva técnica sean idóneos en tanto en cuanto no engendren un mayor valor ya que en este caso se estaría por fuera del contrato e implicaría una modificación al acuerdo, respecto de lo cual esta interventoría carece de atribuciones y facultades legales y contractuales.”⁴⁸⁹

- De 8 de agosto de 2017,⁴⁹⁰ con la que el Concesionario presentó al Interventor los Estudios de Detalle de la Unidad Funcional 9 con la variación en la construcción de la segunda Calzada y en la que expresamente anuncia que se reserva el derecho a reclamar por el efecto negativo que origine el trazado no objetado respecto del trazado estructurado:

“... Al respecto y como es de conocimiento, los estudios a radicar desarrollan el trazado NO Objetado por la Interventoría el pasado octubre de 2016, trazado que difiere del trazado base estructurado y fue motivado:

“1. Por la aparición de una gran cantidad de redes no contempladas en el Apéndice Técnico N° 5 del contrato de concesión y,

“2. Obedece a la opción de menores costos e impactos globales para el proyecto vial...”

“No obstante, con la entrega de los estudios de detalle de la UF9 queremos hacer expresa la reserva de realizar solicitudes y/o reclamaciones ante la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) o ante la Interventoría, que se deriven de cualquier efecto negativo que origine este trazado no objetado respecto al trazado base estructurado...”

- De 28 de diciembre de 2017 dirigida a la ANI por la Interventoría⁴⁹¹ en la cual se refiere a la causa del cambio en el trazado presentado por el Concesionario para la construcción de una segunda calzada nueva como par vial a la existente, dadas las limitaciones generadas por las redes de hidrocarburos existentes paralelas a la misma:

“Asunto: Concepto en relación con el oficio 201710040008831 del concesionario, Solicitud de Otrosí UF 9

“... a) Consideraciones técnicas

“El Concesionario presenta un trazado en donde reduce sustancialmente las interferencias con redes de transporte de hidrocarburos que se encuentran a lo largo de esta UF debajo de las cunetas y/o muy cercanas a la plataforma de la calzada (en aproximadamente 7 km de los casi 12 Km que hacen parte de la UF9), cumpliendo entonces con la gran disminución de los costos por traslado de redes con cargo a la sub cuenta redes y los tiempos de ejecución de los trabajos de construcción de la vía.

“El trazado presenta una solución mediante la construcción de una segunda calzada nueva como par vial de la existente, en la cual por las limitaciones generadas por las redes de hidrocarburos existentes paralelas a la misma, se ven limitadas las

⁴⁸⁹ Carpeta 02 Pruebas, 03 Contestación Ani Reforma, Pruebas Y Anexos ANI TA RDC vs ANI 14923, 3 Anexos contestación UF), PB 2.2

⁴⁹⁰ Comunicación No. 201710040005141, CARPETA 02 PRUEBAS, 05 PRUEBAS CRC TRASLADO EXCEPCIONES. 39

⁴⁹¹ Carpeta 02 Pruebas, 03 Contestación Ani Reforma, Pruebas y Anexos Ani TA RDC vs ANI 14923, 3 Anexos contestación UF9, PB 2.2

intervenciones de mejoramiento conforme a lo establecido en la Guía Metodológica para el Diseño de obras de mejoramiento de pavimentos asfálticos de carreteras 2008”.

En esa comunicación la Interventoría además informa sobre la diferencia presentada por el Concesionario entre los presupuestos del trazado base y el trazado propuesto, siendo más costosa la solución propuesta:

“b) Consideraciones presupuestales

“El Concesionario presenta los presupuestos entre el trazado base y el trazado propuesto, en donde se hace comparativos siendo más costosa la solución propuesta (rehabilitación del tramo central del PK107+720 al PK112+180) con respecto a la base (mejoramiento de la calzada existente y construcción de segunda calzada con velocidades entre 30-60 KPH)”

Información que complementó con su análisis jurídico sobre los riesgos en la ejecución el contrato, que entienda, afectarán al Concesionario:

“De lo anterior se desprende que, en el marco de un Contrato de Concesión, es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la prestación del servicio público, de la exploración del bien de propiedad pública o de la construcción de la obra, según el caso. En efecto, vale la pena remitirse al capítulo 13 de la parte general del Contrato en donde se le asignan la mayoría de los riesgos al Concesionario, y ante contadas excepciones, los riesgos son compartidos o asumidos, exclusivamente por la ANI.

“Así las cosas, por regla general, el que asume los riesgos en la ejecución del Contrato de Concesión No. 013 de 2015 suscrito entre la ANI y Ruta del Cacao S.A.S. será el Concesionario. Es por ello que los efectos positivos y negativos que se llegaren a presentar en el marco de la ejecución del referido contrato, afectarán al concesionario, por lo que, en caso que los costos o gastos se vuelvan más onerosos, será esta parte del contrato la que deberá asumirlos, y, correlativamente, en caso que los costos y gastos se disminuyan, será el Concesionario el que se verá favorecido de la anterior situación.”

- De 10 de agosto de 2018 dirigida a la ANI por la Interventoría, en la que expresamente reconoce las ventajas económicas que tiene para el proyecto la modificación del trazado presentada por el Concesionario para la construcción de la segunda calzada como un par vial en lugar de una vía adosada a la existente:

“Una vez revisado el informe de la comunicación en asunto, nos permitimos informar a la Agencia Nacional de Infraestructura, que el mismo ha sido ajustado por el Concesionario de acuerdo a las observaciones y reuniones conjuntas para tal fin, en lo que a la componente de redes se refiere.

“Los inventarios y presupuestos fueron realizados a nivel conceptual, por lo que una vez se cuenta con las soluciones reales y sus componentes productos de los acuerdos finales y la ingeniería de detalle establecida con los Operadores de las mismas, serán sujeto de ajustes.

“En resumen al comparar los costos de los traslados de esas redes, ejecutar la solución variante significa una reducción en costos de \$115.022 millones de pesos correspondientes a un ahorro del 85% (pasa de \$135.335 millones de pesos en el trazado base a 20.303 millones en el trazado alternativo).”⁴⁹²

⁴⁹² Comunicación CBBY-1-469-1011-18 CARPETA 02 Pruebas, 03 Contestación Ani Reforma, Pruebas Y Anexos ANI TA RDC vs ANI 14923, 3 Anexos contestación UF9, PB 2.2

Los hechos así demostrados, ponen en evidencia que el costo que representaba el traslado de las redes para la construcción de la segunda calzada adosada a la vía existente, dada la existencia de interferencias con redes de hidrocarburos y gas que no estaban identificadas en la relación contenida en el Apéndice Técnico 5, superaba ampliamente el rubro destinado en el contrato para el traslado de redes a que hubiera lugar en todas las Unidades Funcionales y que la constatación de esa situación llevó a la ANI y a la Interventoría a pedir al Concesionario el análisis de alternativas diferentes al trazado del estructurador.

Circunstancia que se une a la obligación legal que pesa sobre el Concesionario como ejecutor del proyecto, de analizar en cada caso *“la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del petróleo o de tecnologías de la información y de las comunicaciones como consecuencia del desarrollo de estos proyectos o de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura. En todo caso deberá primar la opción que implique menores costos e impactos generales.”*⁴⁹³

Destaca el Tribunal que conforme a la norma indicada, esa obligación recaía en primer lugar en la ANI a cuyo cargo estuvo la estructuración del proyecto, comoquiera que el precepto está destinado tanto a la formulación como a la ejecución del proyecto, tema que es objeto de análisis adelante en la determinación de la responsabilidad por los costos que generó la decisión de construir la segunda calzada como par vial y no adosada a la vía existente.

En consecuencia, el Tribunal encuentra demostrado que en el cambio de construcción de una segunda calzada adosada a la vía existente a un par vial, incidieron por una parte, las solicitudes tanto de la ANI como de la Interventoría frente al Concesionario de proceder con una solución diferente a la calzada adosada, dado el elevado costo que suponía el traslado de las redes existentes y, de otra parte, la obligación que por disposición legal recae en el Concesionario de ejecutar la opción que implicara menores costos.

Esto es, que la decisión del cambio en la construcción de una segunda calzada adosada a la vía existente a un par vial, no provino solo de la solicitud de la ANI y de la Interventoría como se pide declarar en la pretensión 1.20, y en cambio aparece como producto de un lado, de las instrucciones impartidas por éstas y de otro, del cumplimiento por parte del Concesionario de la obligación que le corresponde en los términos del artículo 47 de la Ley 1682. Con esta precisión, el Tribunal accederá a la pretensión 1.20 de la demanda reformada.

Igualmente, el Tribunal accederá a la pretensión 1.21 de la demanda reformada.

3.5.3 La presentación del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico para la Unidad Funcional 9

Como ya lo tiene averiguado el Tribunal, la Entrega del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico de todas las unidades funcionales, incluido la Unidad Funcional 9 con base en el trazado de estructuración la hizo el Concesionario el 11 de mayo de 2016.

⁴⁹³ Ley 1682, artículo 47.

Sobre tal Estudio de Trazado y Diseño Geométrico el Concesionario no recibió observación alguna, por lo cual debe entenderse que el Interventor no tenía comentarios —6.2(a) PGC—, así como que se venció el plazo que tenía para objetarlos sin que lo hubiera hecho, de acuerdo a lo previsto en el punto 6.2(c) de la parte general del contrato:

“6.2 Revisión de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, y los Estudios de Detalle

“(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.

“(b) El Interventor, dentro del plazo aquí previsto, advertirá y comunicará al Concesionario y a la ANI cualquier inconsistencia entre dichos estudios y la posibilidad de obtener los resultados requeridos en el Contrato, en especial en las Especificaciones Técnicas. Dicha comunicación del Interventor, no se entenderá como aprobación o desaprobación de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o de los Estudios de Detalle y no servirá de excusa al Concesionario para el no cumplimiento de los resultados requeridos en dichas Especificaciones Técnicas o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo el Contrato.

“(c) Si el Interventor no se pronuncia sobre los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o los Estudios de Detalle dentro del plazo previsto se entenderá que no tiene comentarios sobre dichos documentos.

“(d) Las observaciones presentadas por el Interventor al Concesionario a propósito de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y de los Estudios de Detalle, son consideraciones técnicas formuladas a manera de recomendación con el objeto de conseguir los resultados exigidos en el Contrato, en especial los contenidos en las Especificaciones Técnicas.

“(e) El Interventor podrá objetar los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y/o los Estudios de Detalle únicamente cuando los mismos no se ajusten a las previsiones del Contrato y/o sus Apéndices, siempre que (i) lo haga dentro del plazo previsto en la Sección 6.2(a) anterior; y (ii) el Concesionario no haya efectuado los ajustes solicitados por el Interventor o no existiere acuerdo entre el Concesionario y el Interventor en relación con la pertinencia de los comentarios”.

En aplicación de esa regla contractual, entiende el Tribunal que el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico presentado el 11 de mayo de 2016, no recibió del Interventor advertencia de cualquier inconsistencia en dichos estudios, lo cual lleva consigo el entendimiento de que el Interventor no tenía comentarios sobre estos y que no los objetó en el término de 45 días previsto en el contrato para el efecto.

El 7 de octubre de 2016, el Concesionario presentó a la Interventoría propuesta de Trazado y Diseño Geométrico para las Unidades Funcionales 8 y 9, con las modificaciones derivadas de la mitigación del impacto de las mayores cantidades identificadas en intervención de redes:

“Asunto: Solicitud de estudio y presentación de propuesta de Trazado y Diseño Geométrico para las Unidades Funcionales 8 y 9

“A través de la presente comunicación, nos permitimos presentar para su evaluación la propuesta de trazado y diseño geométrico para las Unidades funcionales 8 y 9, en

donde se incluyen modificaciones derivadas de la mitigación del impacto de las mayores cantidades identificadas en intervención de redes, cantidades que no se encontraban previstas en el apéndice técnico No. 5 del contrato de concesión en dichas Unidades Funcionales.

“En atención a la generación de esta nueva propuesta la actuación sobre la vía ha tenido que ser modificada así:

	PROPUESTA BASE	NUEVA PROPUESTA
UNIDAD FUNCIONAL 8		
CALZADA 1	Mejoramiento	Construcción
CALZADA 2	Construcción	Construcción
UNIDAD FUNCIONAL 9		
CALZADA 1	Mejoramiento	Rehabilitación
CALZADA 2	Construcción	Construcción

“En adición a los diseños y memorias que se adjuntan, les informamos que para la Unidad Funcional 9, en donde la actuación sobre la vía disminuye pasando de mejoramiento a Rehabilitación, el constructor aplicará las medidas que se enuncian a continuación, con el fin de garantizar mayor seguridad a los usuarios de la vía:

“...

“En lo relativo a los tramos de la vía existente en la UF8 (km99+040 – km 102 +490) y en la UF9 (km 107+600 – km 112 +860) con esta propuesta los mismos serían entregados a la ANI y retirados del inventario de infraestructura transferida.

“Adjunto a esta comunicación enviamos en medio magnético el trazado y diseño geométrico propuesto para estas dos unidades funcionales y quedamos atentos a cualquier duda o inquietud al respecto.”⁴⁹⁴

El 12 de octubre de 2016, el Estudio de Trazado y Diseño Geométrico recibió NO OBJECCIÓN de la Interventoría⁴⁹⁵:

“Acorde a lo estipulado en el Contrato de Concesión parte general numeral 4.4. “...” y después de haber celebrado las instancias de revisión estipuladas en la sección 6.2 y 6.4 del contrato de Concesión parte general, la Interventoría emite la NO OBJECCIÓN de los estudios de trazado y diseño geométrico”.

El pronunciamiento de NO OBJECCIÓN se dio después de que el 7 de octubre de 2016 el Concesionario presentara “la propuesta de trazado y diseño geométrico para las Unidades funcionales 8 y 9, en donde se incluyen modificaciones derivadas de la mitigación del impacto de las mayores cantidades identificadas en intervención de redes” y por tanto se refería a esta.

Así lo dijo expresamente la Interventoría en comunicación de 19 de octubre de 2016, en la cual solicitó al Concesionario la entrega de actualización de Inventario de Redes. Advirtió que la solicitud se fundaba en la propuesta alternativa presentada el 7 de octubre de 2016:

⁴⁹⁴ Carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado Excepciones, 25.

⁴⁹⁵ Comunicación CBBY-469-2015-284-16 de 12 de octubre de 2016, de la Interventoría a RDC. Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.26.

“ASUNTO: Solicitud entrega de actualización Inventario de redes y plan de manejo y/o traslado de redes.

“Debido a las propuestas alternativas y/o ajustes contenidos en las últimas entregas de Estudio de Trazado y Diseño Geométrico, en especial las relacionadas con las UFs 8 y 9 elaboradas por su contratista de estudios y diseños Ferropol Santander y adjuntos a su comunicación 2016-10040000161 del 7 de octubre de 2016, se solicita y requiere la presentación de la versión actualizada de los inventarios de redes y el Plan de Manejo y/o Traslado de Redes correspondientes a esta nueva condición de diseño.”⁴⁹⁶

También el constructor Consorcio Ferropol – Santander se refiere a la NO OBJECCIÓN sobre el trazado alternativo para la Unidad Funcional 9, en comunicación de 13 de junio de 2017⁴⁹⁷ dirigida al Concesionario:

“El 12 de octubre se recibió en comunicado CBBY-469-2015-284-16 la no objeción por parte de la interventoría a estos trazados variantes o alternativos a la solución base”.

En igual sentido obra constancia en el Acta de inicio de la fase de construcción suscrita el 8 de noviembre de 2016:

“... Mediante la comunicación del 12 de octubre de 2016 No. CBBY-469-2015-284-16 de la Interventoría, se declaró la NO OBJECCIÓN de estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General del proyecto...”⁴⁹⁸

Los Estudios de Detalle de la Unidad Funcional 9 fueron entregados por el Concesionario al Interventor el 8 de agosto de 2017⁴⁹⁹ a través de comunicación en la cual refiere como la causa por la cual en la Unidad Funcional 9 el trazado difiere del trazado base estructurado, la aparición de gran cantidad de redes no contempladas en el Apéndice Técnico No. 5 del Contrato, y por ser esa la opción de menores costos e impactos globales para el Proyecto:

“... nos permitimos hacer entrega de los estudios de detalle de la UF9. Al respecto y como es de conocimiento, los estudios a radicar desarrollan el trazado NO Objetado por la Interventoría el pasado octubre de 2016, trazado que difiere del trazado base estructurado y fue motivado

“1. Por la aparición de una gran cantidad de redes no contempladas en el Apéndice Técnico N° 5 del contrato de concesión y,

“2. Obedece a la opción de menores costos e impactos globales para el proyecto vial...”

“No obstante, con la entrega de los estudios de detalle de la UF9 queremos hacer expresa la reserva de realizar solicitudes y/o reclamaciones ante la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) o ante la Interventoría, que se deriven de cualquier efecto negativo que origine este trazado no objetado respecto al trazado base estructurado...”

En respuesta, la Interventoría invocando el Capítulo 13.2 de la Parte General, advirtió al Concesionario que éste actuó bajo su responsabilidad costo y riesgo en la evaluación de los costos asociados a redes y afirmó:

⁴⁹⁶ Carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas Crc Traslado Excepciones, 27.

⁴⁹⁷ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9. Interventoría

⁴⁹⁸ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9

⁴⁹⁹ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9

“Que desde ya se manifiesta, que no se reconocerá un Evento Eximente de Responsabilidad, por cuanto es evidente que el Concesionario no ha actuado con la total debida diligencia en esta gestión.”⁵⁰⁰

Por otra parte, está demostrado que el Interventor le dio el trato de modificación de trazado a la modificación frente al diseño Fase 2 del estructurador para la construcción de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9. A pesar de haber invocado en algunas comunicaciones dirigidas tanto a la ANI como al Concesionario, el riesgo de diseño para imputar al Concesionario el costo del cambio, de un lado dio NO OBJECCIÓN al Estudio de Trazado y Diseño Geométrico que incluía el cambio y por otra parte, en varias comunicaciones se refirió al tema como cambio de trazado.

Así, en comunicación de 22 de agosto de 2017 dirigida por el Interventor al Concesionario, en respuesta a la entrega de Estudios de Detalle de la Unidad Funcional 9, señaló:

“El alcance de esta unidad funcional es el “Mejoramiento de la vía existente y construcción de segunda calzada”.

“En cuanto al Volumen 17_ Redes UF9, las siguientes observaciones:

“Como propuesta de cambio de trazado por redes, dentro del informe de redes aún se presentan los presupuestos con el siguiente comentario:

“Se aclara, que se presupuestaron todas las interferencias, como si el concesionario tuviera que hacerse cargo de los costos.

“En este orden de ideas, el Concesionario todavía tiene pendiente la presentación de los debidos análisis de información de acuerdo a la Ley 1682 de 2013. Artículo 50. Asignación de los costos de protección, traslado o reubicación de activos de redes, y sus soportes, con los cuales debió determinar sin lugar a error las responsabilidades y asignación de los costos de traslado de redes.

“Tampoco acordó con los operadores las soluciones técnicas que elaboró como propuesta y no llegó a realizar un análisis comparativo detallado, los cuales le permitirían definir las obras a realizar y por lo tanto la elaboración de presupuestos más detallados, pues evidentemente los realizados no obedecen a ningún tipo de ingeniería y son comparables con un trazado conceptual, en base a supuestos y sin las consideraciones de si la obra a ejecutar se trataba de una Variante o simplemente de Realineamientos localizados, los cuales difieren enormemente en sus costos.

“...NO obstante, el Contrato en su parte General, Capítulo 13.2 Riesgos asignados al Concesionario, dice textualmente lo siguiente:

(x) Salvo por las coberturas a cargo de la ANI expresamente previstas en el presente Contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado o intervención de Redes.

“Así las cosas es claro que el Concesionario ha actuado bajo su responsabilidad costo y riesgo, en la evaluación de los costos asociados a Redes. Que desde ya se manifiesta, que no se reconocerá un Evento Eximente de Responsabilidad, por cuanto es evidente que el Concesionario no ha actuado con la total debida diligencia en esta gestión.

“Las observaciones específicas a la información presentada serán enviadas dentro de los términos respectivos.

“2. Sobre su comentario sobre una eventual reclamación, que se derive de cualquier efecto negativo que origine este trazado no objetado respecto del trazado estructurado, los siguientes comentarios:

⁵⁰⁰ Comunicación CBBY-2-369-0683-17 de 22 de agosto de 2017, de BBY a RDC.

“ **1. El concesionario presentó para la UF9 una propuesta de modificación del trazado**

“ 2. No fue objetada como “propuesta” por la interventoría

“ 3. El concesionario no presentó estudios de trazado para la UF9, acorde a la estructuración.

“ 4. No existe forma de que la interventoría analice y compare las alternativas, ni de que se genere objeción o no.

“5. El concesionario desde octubre de 2016 a la fecha tan solo ha realizado entregas parciales de información adicional y solo hasta la comunicación del asunto se envía los Estudios de Detalle

“Así las cosas y teniendo en cuenta los términos del contrato, los efectos positivos o negativos que se pudieran tener, son de responsabilidad única y exclusiva del Concesionario, por cuanto es de su entera responsabilidad

“Reforzando lo anterior, debe ser claro que son riesgo del concesionario, de acuerdo al Contrato Parte General Capítulo 13.2 Riesgos asignados al Concesionario, los siguientes:

“ (a) (vi) ...

“ (a) (xxiii) Los efectos favorables o desfavorables derivados de las modificaciones a los estudios de detalle y estudio de trazado y diseño geométrico o cualquier otro componente de diseño durante la Fase Construcción en los términos de la Sección 6.3 de esta parte General.

“ (b) La retribución del Concesionario incluye...

“Según el apéndice técnico No. 5, Capítulo 2. Identificación de redes potencialmente afectadas por el proyecto (b)...” Esta información no podrá interpretarse como una sugerencia por parte de la ANI en relación con el diseño y/o construcción de las intervenciones ni con la naturaleza, alcance o magnitud de las actividades constructivas necesarias para resolver la posible afectación de las Redes. Así tampoco, este listado constituye una garantía sobre la existencia efectiva de las Redes listadas o su nivel de afectación con el desarrollo del Proyecto.”⁵⁰¹ (Resaltado del Tribunal)

La demostración de la entrega por el Concesionario del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico con base en los diseños Fase 2 del estructurador para la Unidad Funcional 9, del silencio guardado por la Interventoría frente a esos estudios, de la modificación presentada por el Concesionario para pasar de una calzada adosada a un par vial que recibió NO Objeción por parte de la interventoría, y de la posterior entrega del Estudio de Detalle para la Unidad Funcional 9 sobre el cambio NO Objetado, llevan a despachar desfavorablemente la excepción 3.1.7. “Inexistencia de cambio de trazado”, fundamentada en la afirmación de que “lo realizado por este, no se trata de ninguna manera de un cambio de trazado sino de un ajuste a su propio diseño geométrico, por lo que el Concesionario puede realizar todos los ajustes que considere necesarios cuando sea necesario o así lo considere, con lo que se confirme entonces, no hay cambio de trazado.”

Por otro aspecto, las pruebas recaudadas, todas analizadas por el Tribunal y de las cuales ha citado las más relevantes, no dan cuenta de que la Interventoría o la ANI, hayan reprochado al Concesionario, como un error de diseño, considerar el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la calzada existente, en el primer Estudio de Trazado y Diseño Geométrico que presentó.

⁵⁰¹ Carpeta 02 Pruebas, 02 Contestación ANI, 3. Anexos Contestación Demanda UF 9. Anexos resp Demanda UF9

Entre las pruebas traídas al proceso, no hay requerimiento o reproche alguno de la Interventoría al Concesionario frente al Estudio de Trazado y Diseño Geométrico entregado el 11 de mayo de 2016 con base en los Diseños Fase II. Lo constatado es el silencio de la Interventoría en relación con ese Estudio y su expresa NO OBJECIÓN a la propuesta de variación del Estudio de Trazado y Diseño Geométrico para las Unidades Funcionales 8 y 9, oportunidad en la cual incluyó algunas recomendaciones, sin que indicara que en el Estudio original hubiera existido un error de diseño.

Cabe agregar para abundar en razones que sustentan la anterior conclusión del Tribunal, que en la respuesta a la reforma a la demanda la Convocada expresamente manifestó que se opone a la pretensión 1.17, pero aclaró que no se habla ni se ha hablado de error de diseño geométrico:

“La entidad se opone a esta pretensión. No se ha hablado ni se habla de ningún error de diseño geométrico, la realidad es que el Concesionario dentro de su autonomía contractual realizó y presentó los estudios y diseños de detalle con una segunda calzada no adosada a la calzada existente, estudios y diseños que fueron no objetados por la interventoría y en los cuales se cumple y atiende con el alcance y están de acuerdo con lo previsto en la Ley, respecto de minimizar las afectaciones a la infraestructura de redes existentes”

Conforme al análisis que antecede, el Tribunal accederá a la pretensión 1.17 con la precisión de que la declaración se hará acotada sobre las pruebas que obran en el proceso.

La decisión de las pretensiones 1.15 y 1.22, relacionadas con el tema que se analiza en este acápite, tiene en cuenta que fueron consignadas así en la reforma de la demanda:

1.15. Que se declare que el primer estudio de trazado y diseño geométrico presentado por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., recibió la NO OBJECIÓN de la interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, sin observaciones respecto del trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9.

1.22. Que se declare que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, NO FUE un error en los primeros estudios de trazado y diseño geométrico presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., que además habían recibido la NO OBJECIÓN de la Interventoría.

Así mismo, toma en consideración el Tribunal la manifestación de la Convocante en los alegatos de conclusión en el sentido de hacer una precisión frente a estas pretensiones, en los siguientes términos:

*“315. La precisión consiste en que el primer estudio de trazado y diseño geométrico presentado por el CONCESIONARIO, ese presentado en mayo de 2016, a los 210 días de iniciado el CONTRATO, **no recibió la no objeción de la Interventoría.** Es decir el postulado de la pretensión no es correcto.*

“316. Por el contrario, para obtener la no objeción de la interventoría, fue necesario cambiar el trazado contenido en los estudios de factibilidad y en esos primeros

presentado por el CONCESIONARIO, que precisamente se basaban en el trazado de los diseños Fase II.

“317. Luego, como ya se indicó más arriba, el trazado que recibió la no objeción fue el modificado.

“320. Lo anterior, es aplicable a la última frase de la pretensión 1.22: (...)

“321. Para el caso el H. Tribunal bien puede acceder parcialmente a la pretensión. De cualquier manera, como se explicó respecto de la pretensión 1.15, la imprecisión referida no afecta la prosperidad de las demás pretensiones.”

Conforme a la expresa manifestación de la Convocante, será negada la pretensión 1.15 y por estar demostrada, se accederá a la 1.22 únicamente en cuanto declarar que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, NO FUE un error en los primeros estudios de trazado y diseño geométrico presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S.

3.5.4 A quién corresponde asumir los costos del cambio en el trazado en la Unidad Funcional 9

Las partes no lograron acuerdo sobre a quién correspondía asumir los mayores costos generados por el cambio en la construcción de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 como par vial y no adosada como estaba en los diseños Fase II del estructurador.

El Concesionario los reclamó de la ANI con el argumento central de que el cambio fue dispuesto unilateralmente por ésta en su propio beneficio, dado el costo que le significaba el traslado de las redes existentes y que corría por su cuenta. La ANI en cambio, entiende que son a cargo del Concesionario, por cuanto el cambio corresponde a una propuesta suya que se enmarca en los términos del art. 47 de la Ley 1682 y correspondió a un cambio de diseño cuyo riesgo está atribuido al Concesionario. En la correspondencia cruzada están plasmadas estas posiciones.

Las gestiones de las partes y el Interventor en torno a la suscripción de un Otrosí sobre este tema aparecen documentadas.

Entre otras comunicaciones, se refiere el Tribunal a las siguientes:

- De 18 de diciembre de 2017 del Concesionario a la Interventoría, con solicitud de tramitar el Otrosí:

“Tras lo expuesto, este consorcio constructor, declara que la solución No Objetada es algo más costosa que la solución base (ver anexo 1: valoración entre trazado base y trazado variante). Sin embargo, a pesar de ello y puesto que se trata de la solución globalmente más barata y con el fin de no afectar el equilibrio económico contractual,

solicito la tramitación de otro SI que permita legalizar el cambio de alcance sin variación económica en el CAPEX que debe recibir por sus trabajos.”⁵⁰²

- De 26 de julio de 2022, del Interventor al Concesionario Comunicación CBBY-2-469-1159-22, en la cual se refiere a comunicación que éste dirigió a ANI con observaciones y requerimientos referentes al borrador de Otrosí para la Unidad Funcional 9:

“- El documento “Otrosí UF9”, es un documento que se ha venido trabajando conjuntamente en mesas de trabajo entre el Concesionario y su EPC (Ferrocol), esta Interventoría y la ANI.

“- El Otrosí UF9 es un documento que ha tenido modificaciones y ajustes, en las cuales ha incidido los cambios que ha tenido la parte Gerencial y Representación Legal del Concesionario y su EPC (Ferrocol).

“... De acuerdo a lo anterior, la ANI y esta Interventoría hemos estado dispuestos al trámite del documento en cuestión, y ha sido por situaciones internas entre la Concesionario y su EPC, que el Concesionario realizó cambios sustanciales al mismo (Otrosí UF9, Versión 5)”⁵⁰³

De 31 de marzo de 2021 del Concesionario a la ANI con radicado No. RDC-2021-03-01236-S, en la cual manifiesta: *“...De manera atenta y dando alcance a la comunicación de asunto, volvemos a adjuntar borrador del documento del asunto para proceder a su suscripción...”*

Igualmente, en correos electrónicos cruzados entre funcionarios del Concesionario, el 23 de julio de 2021, 25 y 30 de enero de 2023⁵⁰⁴, éstos se refieren a algunos aspectos relacionados con la suscripción de un Otrosí.

Para la decisión de este aspecto, el Tribunal tiene en cuenta que el análisis de las pruebas que obran en el proceso permite llegar a las siguientes conclusiones en relación con lo ocurrido con la ejecución del contrato en la Unidad Funcional 9:

- i. En la estructuración del proyecto se incluyó la construcción de la segunda calzada adosada a la vía existente.
- ii. Los datos sobre la existencia de interferencias de redes de hidrocarburos y gas en el trazado proyectado en la Unidad Funcional 9 contenidos en el Apéndice Técnico 5, no correspondían con lo encontrado por el Concesionario cuya magnitud era mucho mayor. La información sobre redes en la Unidad Funcional 9 incluida en los estudios de estructuración Fase 2 fue totalmente insuficiente.
- iii. Desde el 20 de mayo de 2016 en la Fase de Preconstrucción, el Concesionario informó a la ANI la situación real sobre existencia de poliductos y gasoductos por el trazado establecido por el estructurador para la segunda calzada en la Unidad Funcional 2.
- iv. El valor estimado en el contrato para redes de todo el proyecto correspondía a la suma de \$7.679.108.702 y el costo del traslado de las redes de hidrocarburos y gas

⁵⁰² Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5 Documentos UF9

⁵⁰³ Carpeta 02 Pruebas, 02 Contestación ANI, 3. Anexos Contestación Demanda UF 9. Anexos resp Demanda UF9

⁵⁰⁴ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial+ Reforma, 5 Documentos UF9

encontradas en el trazado estructurado de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 fue calculado por el Constructor en la suma de \$ 124.226.139.347.

- v. Frente al elevado costo del traslado de las redes de hidrocarburos y gas encontradas por el Concesionario en la Fase de Preconstrucción, la ANI pidió buscar alternativas para no seguir con el trazado para la segunda calzada como fue diseñado por el estructurador.
- vi. La alternativa acogida de construcción de un par vial fue presentada por el Concesionario en cumplimiento de la obligación contenida en el art. 47 de la Ley 1682 y a petición de la ANI y la Interventoría.
- vii. Ni la ANI ni la Interventoría han argumentado en la relación contractual, que consideraran que constituía un error de diseño el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la existente.

Con base en esas premisas, la definición de a quién corresponde asumir los mayores costos generados con el cambio, impone la revisión de la atribución de tales costos y de asignación de riesgos en el Contrato.

El costo de traslado o protección de las Redes (salvo cuando dichos costos deban ser asumidos por los titulares de las Redes o por otro tercero, de conformidad con cualquier convenio suscrito entre ANI y dicho tercero o con la Ley Aplicable) fue atribuido al Concesionario —PGC, 8.2(c)(e)—, en tanto corresponda a no más del 120% del Valor Estimado de Redes que el Concesionario deberá aportar a la Subcuenta Compensaciones Redes, esto es la suma de \$7.679.108.702.

Si el valor excede el 120% del valor Valor Estimado de Redes y hasta el 200%, con relación a la fracción que exceda el ciento veinte por ciento (120%) el Concesionario asumirá el treinta por ciento (30%) de los costos adicionales y la ANI el setenta por ciento (70%) de los costos adicionales al Valor Estimado de Redes —PGC, 8.2(e)(ii)—.

Si el valor correspondiere a una cuantía superior al doscientos por ciento (200%), la ANI asumirá en su totalidad los costos adicionales al Valor Estimado de Redes con relación a la fracción que exceda el 200% — PGC, 8.2(e)(ii) PGC, 8.2(e)(iii)—.

El contenido de esa disposición contractual, lleva al Tribunal a acceder a las pretensiones 1.18, 1.19 y 1.25, en tanto se demostró que conforme al inventario de redes realizado por el Concesionario el costo real del traslado de las Redes de hidrocarburos y gas encontrados alcanzaba la suma de \$ 124.226.139.347, según lo informó el Concesionario a la ANI mediante comunicación de 20 de mayo de 2016⁵⁰⁵ . Suma que aplicada sobre el valor estimado para redes en el Contrato, supera con creces el 200% de ese valor.

La demostración de que la información sobre la existencia de interferencias de redes de hidrocarburos y gas en la Unidad Funcional 9 incluida en el Apéndice Técnico 5 y puesta a disposición de los interesados en el proceso de selección, resultó no corresponder con lo

⁵⁰⁵ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5_Documentos UF9.

encontrado *in situ*, lo que impuso el cambio de trazado, constituyen elementos estructurales en la definición de si a la ANI corresponde asumir el costo generado por tal variación como se pretende en la demanda, o, si en cambio, corresponde asumirlas al Concesionario como parte del riesgo de cambios de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y de Detalle, según lo pregona la ANI a través de las excepciones 3.1.2 y 3.1.3.

3.5.5 Las excepciones 3.1.2 y 3.1.3

Con invocación del régimen legal que rige los contratos de Asociación Pública Privada, la Convocada propuso las siguientes excepciones, para atribuir al Concesionario los costos generados por el cambio en la segunda calzada estructurada como adosada por un par vial.

- **“3.1.2 Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista”**

Señaló la Convocada que en un contrato de concesión la evaluación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se debe acompañar a la asignación de riesgos, pues por la naturaleza propia de este tipo de contratos estatales y su desarrollo de tracto sucesivo, los eventos extraños o que afectan el desarrollo del contrato están previstos desde la oferta del contrato, para analizar su posible impacto en su desarrollo normal.

Invocó el artículo 4 de la Ley 1150 así como el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 1508 y específicamente sobre el tema de redes en proyectos de infraestructura de transporte, el artículo 47 de la Ley 1682.

Igualmente citó en su apoyo las siguientes disposiciones contractuales:

- APÉNDICE TECNICO 1 CAPÍTULO “V ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES TECNICAS PARTICULARES Y ESPECÍFICAS ADICIONALES DEL CONCESIONARIO EN CADA ETAPA. “5.1. Diseño. (a)
- La Sección 8.2 de la Parte General.

Con base en esas normas y para fundamentar la excepción, manifestó que un año después de iniciado el Contrato de Concesión, en diciembre de 2016, el Concesionario presentó el inventario de redes junto con las necesidades de ajustes a su diseño geométrico, lo que ocasionó la solicitud de modificación de licencia ambiental, todo ello a cuenta y riesgo del Concesionario según la sección 13.2 de la parte general del contrato de concesión.

Dentro de los riesgos asumidos por el Concesionario, 13.2(a), relacionó los siguientes:

“(i) los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura correspondiente al proyecto en el estado en que sea entregada por la ANI en tanto sus obligaciones de resultado para la entrega de las intervenciones y para la operación y mantenimiento —aun en la etapa preoperativa— no se reducirán, ni la Retribución se aumentará por dichas condiciones cualesquiera que ellas sean.(vi) los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos, y/o en general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las

etapas, en los términos establecidos en el presente Contrato... (x) salvo por las coberturas a cargo de la ANI expresamente previstas en el presente contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado e intervención de Redes... (xiv) En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico... (xxiii) Los efectos favorables y desfavorables derivados de las modificaciones a los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño durante la Fase de Construcción en los términos de la Sección 6.3 de esta Parte General... (b) La Retribución del Concesionario incluye el costo de la asunción de todos los riesgos asignados al Concesionario. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos asignados al Concesionario o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, en cualquier proporción o cuantía, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la Retribución, ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones por parte de la ANI y favor del Concesionario. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en la Sección 13.1(b)”

Concluyó que en los contratos de Concesión y específicamente en éste, se entregó la información suficiente para que el Concesionario efectuara sus propios estudios y estimaciones conforme lo pactaron las partes.

La Convocante se opuso en síntesis, con base en que (i) NO es cierta la afirmación de la suficiencia de la información en materia de redes; (ii) que el riesgo de redes se pactó de manera compartida, y de ninguna manera exclusivamente a cargo del Concesionario, y, (iii) que en atención a la afectación real que evidenció el Concesionario, que fue puesta de presente a la ANI, sería esta última quien asumiría en una mayor proporción el mayor costo del traslado de redes, por cuanto el presupuesto de la afectación real superaba 20 veces el valor estimado por la ANI para el traslado de redes; (iv) que fue la ANI quien en interés unilateral requirió la modificación de los diseños con el único propósito de evitar la afectación económica que le implicaría el diseño base, elaborado por ella misma como estructuradora del proyecto; (v) que tal cambio por requerimiento de la ANI y en su propio interés, ocasionó un mayor costo en la ejecución del proyecto con cargo al Concesionario y ese no es un riesgo asumido por la Convocante y por tanto la naturaleza del contrato de concesión no se opone a la reclamación presentada en la demanda reformada.

- ***“3.1.3. De la naturaleza del contrato estatal de concesión bajo el esquema de asociación público privada: el traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los indicadores de disponibilidad, seguridad, calidad y nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos”***

La Convocada no se refiere específicamente en esta excepción a las pretensiones relacionadas con la Unidad Funcional 9 y en cambio al finalizar alude a la Unidad Funcional 1 y los subsectores 1.2 y 1.3, pero dados sus términos generales el Tribunal la analizará también frente a estas pretensiones.

En síntesis, para sustentarla la Convocada dijo que desde su concepción en el documento CONPES 3615 de 2009, las APP se han entendido como mecanismos de transferencia de riesgos por medio de los cuales, se asumen mayores cargas a las de un contrato Estatal tradicional.

Que en ese orden el Documento Conpes 3760 de 2013, propuso lineamientos para la estructuración de las concesiones 4G a partir de los principios de la Ley 1508, con énfasis en los siguientes aspectos: “i) una mayor maduración de los estudios previos para la estructuración del proyecto, manteniendo la delegación de la responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario para así incentivar la optimización del trazado y de la ingeniería del proyecto; ii) el desembolso de la retribución de acuerdo con el cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura; y iii) el mejoramiento de los criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado que cuenta con mayor capacidad de administrarlos y mitigarlos.”

Para oponerse, la Convocante expuso que sus pretensiones están fundadas en dos premisas indiscutibles: el alcance limitado de las obligaciones a su cargo, y en la previsibilidad de los riesgos que le pueden ser asignados, premisas propias de los contratos de concesión, por lo que la demanda en nada desconoce cuándo se pretende imponer al Concesionario obligaciones de carácter tributario ilimitado y la asunción de riesgos imprevisibles.

Frente a lo expuesto por las partes y que el Tribunal sintetiza en el párrafo que antecede señala que el contrato APP 013 de 2015, es un contrato de asociación pública privada de iniciativa pública, y por tanto estructurado por la ANI a través de otro contratista encargado de elaborar los estudios fase II puestos a disposición del Concesionario.

A diferencia de los contratos de iniciativa privada en los que el originador del proyecto puede coincidir con el contratista seleccionado para su ejecución, en los de iniciativa pública, la entidad estatal actúa como estructurador del proyecto actividad regida por el principio de planeación, que impone a las autoridades “la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar entre muchos aspectos relevantes: ... (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;...”⁵⁰⁶

El mayor margen de atribución de riesgos al Concesionario en los contratos de APP atiende, entre otros aspectos, a su origen, si de iniciativa privada y el originador es el mismo contratista de la ejecución tendrá un más amplio espectro de atribución de riesgos por cuanto se encargó de estructurar el proyecto, por lo que “el privado es quien cuenta con mayor información sobre el proyecto a desarrollar y se encuentra en mejor posición para la correcta administración de riesgo.”⁵⁰⁷

Si en cambio es de iniciativa pública, en la atribución de riesgos resulta relevante la completitud en los estudios realizados en la estructuración del proyecto de tal manera que

⁵⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14.287.

⁵⁰⁷ Conpes 3760, pág. 57.

permitan identificar los riesgos y su asignación a quien se encuentre en mejor capacidad de gestionarlos.

Análisis que debe ser incorporado en la estructuración de los Diseños Fase II puestos a disposición de los interesados en el proceso de selección del contratista que lo ejecutará, como una información que genera expectativas legítimas en relación con su alcance y viabilidad definidos por la entidad contratante.

La más amplia asignación de riesgos al Concesionario que caracteriza los contratos APP, no exonera a la Entidad Contratante de cumplir con el deber de planeación el cual desarrolla entre otros aspectos a través de la identificación y análisis integral durante la etapa de estructuración, de la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto de las redes y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin que se libere de las consecuencias provenientes de fallas en esa etapa que estuvo a su cargo, bajo el supuesto de que el Concesionario acepta ejecutar el proyecto por su cuenta y riesgo.

La Ley 1682, distinguió tres fases en los estudios de ingeniería propios de estos contratos, a saber: Fase 1 Prefactibilidad, Fase 2. Factibilidad y Fase 3 Estudios y diseños Definitivos. Los procesos de selección del contratista que ejecutará el proyecto, como sucede en este caso, solo pueden abrirse si las entidades cuentan como mínimo con esos estudios en Etapa de Factibilidad⁵⁰⁸, salvo: a) Cuando excepcionalmente la entidad pública requiera contratar la elaboración de estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento y/o mantenimiento que se contemplen de manera integral, o, b) Para la revisión y verificación previas de proyectos de asociación pública-privada de iniciativa privada previstas en la Ley 1508 de 2012 o la norma que la modifique, sustituya o reemplace evento en el que podrá iniciarse el trámite con estudios y diseños en etapa de prefactibilidad.

Específicamente en el tema redes, la ley 1682 consagra a cargo de entidades públicas o personas de derecho privado, responsables de **formular** y **ejecutar** proyectos de infraestructura de transporte, el deber de analizar en cada caso la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del petróleo o de tecnología de la información y de las comunicaciones como consecuencia del desarrollo de los proyectos o de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura.

Deber que de acuerdo con la regulación legal aplica desde la estructuración del contrato en tanto la norma está destinada también a ser cumplida en etapa de formulación del proyecto y que desarrolla el principio de planeación en relación con el tema de redes, tanto en la etapa de formulación como en la etapa de ejecución del proyecto.

Perentoriamente la Ley 1682 en el artículo 7, impone al responsable de la planeación de proyectos de infraestructura de transporte realizar la identificación y análisis de las redes de servicios públicos, infraestructura de petróleo y de tecnologías de la información y las comunicaciones, con el objetivo de establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten:

⁵⁰⁸ Ley 1682, artículo 16

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

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

“... ”

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

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

Disposición que la misma Ley complementa en el artículo 47 por cuya virtud impone tanto al responsable de la formulación del proyecto de infraestructura de transporte como a quien lo ejecuta, el deber de analizar:

“1. La pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del Petróleo o de tecnologías de la información y de las comunicaciones como consecuencia del desarrollo de estos proyectos o de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura. En todo caso deberá primar la opción que implique menores costos e impactos generales.

“2. Las condiciones técnicas, legales y financieras bajo las cuales se efectuará dicha protección, traslado o reubicación.

“3. La existencia de convenios o acuerdos para la protección, traslado o reubicación de redes y activos con prestadores de servicios públicos u operadores de redes, activos y servicios de tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la Industria del Petróleo.”

Deber que en lo que concierne a la entidad contratante debe cumplirse en la Fase 2 de Factibilidad como requisito previo a la apertura del proceso de selección del contratista que ejecutará el proyecto y en la cual tiene a su cargo *“diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución”*

La prueba recaudada y analizada muestra fallas evidentes en la estructuración del proyecto en la Unidad Funcional 9 en lo que atañe a la identificación de las interferencias con redes de hidrocarburos y gas existentes.

La ANI como responsable de la planeación no identificó las interferencias del trazado de una segunda calzada adosada a la vía existente, con redes de hidrocarburos y gas existentes en el área de influencia directa del proyecto.

En la estructuración del proyecto no se hizo el análisis sobre la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de la industria del petróleo y gas que podrían verse afectadas como consecuencia del desarrollo del proyecto a través de la construcción de una segunda calzada adosada a la vía existente.

En la estructuración del proyecto se incluyó información insuficiente sobre la existencia de interferencia de redes de hidrocarburos y gas en la Unidad Funcional 9, al punto que se contempló el trazado de la segunda calzada adosada a la vía existente, el que no pudo ejecutarse dada la realidad sobre la existencia de redes constatada por el Concesionario.

Carece de respaldo legal la afirmación de la Convocada en relación con la información sobre redes que incluyó en el Apéndice Técnico 5 cuando afirma que **“La información con el inventario e identificación de redes es tan (sic) es de referencia y que corresponde a un estimado, que el contrato prevé y pacta la manera como serán cubiertos los mayores valores por cuenta de las afectaciones a las redes, productos estos sí de los estudios y diseños de detalle elaborados por el concesionario en cumplimiento de las obligaciones pactadas. Estudios y diseños cuyo riesgo y efectos son a cargo del concesionario, menos en lo que tiene que ver con el tema predial y con el tema de afectación de redes, para los cuales el contrato prevé como será su tratamiento.”**⁵⁰⁹

Ello se opone al rigor que en la planeación de los contratos imponen el ECAP, las Leyes 1508 y 1682 y el documento Conpes 3760 que contiene los lineamientos de política del programa de cuarta generación de concesiones viales.

Al contrario, una finalidad que buscó la Ley 1508 fue la aplicación de:

“mejores prácticas internacionales en materia de estructuración de proyectos, con el objetivo de corregir las deficiencias anteriormente presentadas, centrándose entre otros aspectos en los siguientes:

“i) Mayor maduración de estudios previos en la estructuración técnica, ambiental, social, legal y financiera del proyecto, manteniendo la delegación de la responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario con el objetivo de incentivar la optimización del trazado, la ingeniería del proyecto y la gestión predial, social y ambiental asociada al mismo.

*“... iii) Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos. Una correcta administración de riesgos mejora considerablemente las condiciones de financiación.”*⁵¹⁰ (Resaltado del Tribunal)

Lo que trae como consecuencia que el proponente que participa en el proceso de selección para la ejecución del proyecto de un contrato APP de iniciativa pública, tiene la legítima

⁵⁰⁹ Oposición a la pretensión 1.24 de la demanda reformada, pág. 31 de ese escrito

⁵¹⁰ Documento Conpes 3760 de agosto de 2013, pág. 15.

expectativa de que los diseños Fase 2 que la contratante pone a disposición en ese trámite, cumplen con los parámetros definidos por el legislador, y que en consecuencia la entidad responsable de la planeación del proyecto identificó y analizó integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia de redes en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, con el objetivo de establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten y que especialmente analizó la viabilidad del proyecto.

Todo lo cual le permite al participante en el proceso de selección hacer un cálculo real del costo de ejecución del contrato y no estar expuesto a situaciones que no se le advirtieron y bien pudieron preverse en la planeación del contrato y que alteran su valor.

En conclusión, como la situación que se presentó con la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 que llevó a que se construyera como un par vial y no adosada a la existente como estaba en la estructuración del proyecto, obedeció a la insuficiente información de existencia de redes en esa etapa, los riesgos asignados al Contratista en el punto 13.2(a) de la Parte General del Contrato APP 013, no cobijan tal situación por cuanto:

- No corresponde a los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura.

- No corresponde a los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño elaborado por el Concesionario.

- De haberse ejecutado la segunda calzada conforme a lo previsto en la estructuración, el costo del traslado de las redes existentes hubiera sido mayoritariamente a cargo de la ANI por superar ampliamente el 200% del Valor Estimado para redes.

- No corresponde a los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarias para la cabal ejecución del Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico.

- El Concesionario, con base en la información sobre redes suministrada por la ANI, tenía la legítima expectativa sobre la viabilidad de la construcción de la segunda calzada como vía adosada a la existente, razón por la cual cuando presentó los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico con base en esa opción, no incurrió en un error.

- La retribución no abarca los efectos derivados de las falencias que se presentan en la estructuración del proyecto y que inducen a error a quienes participan en el proceso de selección del contratista que ejecutará el proyecto.

Las consideraciones que anteceden llevan al Tribunal a negar, en relación con las pretensiones relacionadas con la Unidad Funcional 9, las excepciones 3.1.2 Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista y 3.1.3. De la naturaleza del

contrato estatal de concesión bajo el esquema de asociación público privada: el traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los indicadores de disponibilidad, seguridad, calidad y nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos.

Así mismo, dan lugar a acceder a las pretensiones 1.16 y 1.24.

3.5.6 La presentación de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico con base en el trazado estructurado, no constituyó error del Concesionario

La certeza que se deriva de la actuación de las entidades públicas sometidas en sus funciones al cumplimiento de las disposiciones legales, permitía al Concesionario presentar Estudios de Trazado y Diseño Geométrico dentro del plazo de 210 días establecido en el contrato, con base en los Diseños Fase II que incluían la construcción de la doble calzada adosada a la existente.

Actuación que no constituyó un error de diseño del Concesionario como nunca se le reprochó ni por la ANI ni por la Interventoría. Incluso la ANI, lo invitó a usar los Diseños Fase II para para tramitar la licencia ambiental, en comunicación de 7 de marzo de 2016⁵¹¹.

Sin perjuicio del deber que la ley también impone en la ejecución de los proyectos de infraestructura de analizar la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del petróleo o de las tecnologías de la información y las comunicaciones, deber acorde con el cual actuó el Concesionario frente a la real situación de existencia de redes que encontró en la Unidad Funcional 9.

En este aspecto no comparte el Tribunal el reproche del señor Agente del Ministerio Público en relación con la que entiende como demora del Concesionario en la actividad relacionada con la identificación de redes, en tanto la realizó en la Fase de Preconstrucción que corresponde a la dispuesta para el efecto en el contrato (4.2 (j)).

En consecuencia, el Tribunal accederá a las pretensiones 1.13 y 1.26.

3.5.7 Las pretensiones 1.28, 1.29, 1.30 y 1.31 y el trámite de la licencia ambiental y su modificación

Bajo los numerales 1.28, 1.29, 1.30 y 1.31 de la reforma de la demanda, la Convocante formuló las siguientes pretensiones relacionadas con el trámite de la modificación de la Licencia Ambiental, a las cuales se opuso la Convocada, con base en los argumentos que se transcriben a continuación de cada una de ellas:

1.28. Que se declare que por razón de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, fue necesaria la modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto, lo que derivó en mayores costos que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir, según como quede probado en el proceso.

⁵¹¹ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5 Documentos UF9

OPOSICIÓN DE LA ANI: Esta Entidad se opone a la prosperidad de la pretensión. En lo que corresponde a la modificación de la Licencia Ambiental, se informa que no es procedente atender la solicitado, considerando que cualquier proceso de modificación de la Licencia Ambiental corresponde a un trámite de gestión que debe ser realizado a cuenta y riesgo por la Concesionaria Ruta del Cacao asumiendo los costos asociados como fue definido en la Sección 1.78 y la Sección 8.1 Literal (a) Sección 8.1 Literal (c) romano (i) de la Parte General del Contrato de Concesión, y del Apéndice Técnico 6 del Contrato de Concesión lo establecido en la Sección 2.1 romano (iii), Sección 2.2 literal (a), literal (b), y literal (f) y este último cita:

“(…)

“2.2. Obligaciones del Concesionario relacionadas con la Autoridad Ambiental

“(…)

“(f) El Concesionario **deberá adelantar, a su cuenta y riesgo, los estudios o documentos de carácter ambiental requeridos para el trámite y obtención** de las Licencias y Permisos de carácter ambiental **y/o las modificaciones a que haya lugar**, así como los requerimientos que de estas se deriven...”

1.29. Que se declare que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños de Unidad Funcional 9, incluido el impacto económico que se deriva de la modificación de la Licencia Ambiental, según como quede demostrado en el proceso.

OPOSICIÓN DE LA ANI: Esta Entidad se opone a la prosperidad de la pretensión. El Contrato de Concesión establece en la Sección 13.2. Riesgos asignados al Concesionario lo siguiente:

“(a) Salvo en los aspectos previstos en la Parte Especial, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices) o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario:

“(i) Los efectos favorables o desfavorables derivados de **las condiciones de la infraestructura correspondiente al proyecto en el estado en que sea entregada por la ANI, en tanto sus obligaciones de resultado** para la entrega de la Intervenciones y para la Operación y el Mantenimiento —aun en la Etapa Preoperativa— no se reducirán, ni la Retribución se aumentará por dichas condiciones cualesquiera que ellas sean.

(…)

“(vi) **Los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudio de Trazado y Diseño Geométrico** o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos, y/o en general cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el presente contrato.

(…)

1.30. Que se declare que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños, y el impacto económico de la modificación de la Licencia Ambiental otorgada el proyecto, en tanto tales ajustes o modificaciones a los diseños, tuvieron lugar para evitar un mayor

costo para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y en cualquier caso, por hechos que le son ajenos y no imputables o por los que no debe responder.

OPOSICIÓN DE LA ANI: Esta entidad se opone a la prosperidad de la pretensión. En lo que corresponde a la modificación de la Licencia Ambiental, y considerando lo presentado en atención al componente ambiental de la pretensión 1.28 se informa que no es viable atender la solicitud, ya que el capítulo XIII (Ecuación Contractual y Asignación de Riesgos) sección 13.2 romano (ix) define la gestión ambiental como un riesgo asumido por la Concesionaria Ruta del Cacao:

“(…)

“13.2 Riesgos asignados al Concesionario

“(…)

“(ix) Salvo las coberturas a cargo de la ANI expresamente previstas en el presente contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados de la Gestión Social y Ambiental, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario efectuar la Gestión Social y Ambiental y cumplir al respecto con la Ley aplicable.”

1.31. Que se declare que le corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumir los mayores costos que implicó el ajuste o modificación de los diseños de la Unidad Funcional 9, así como la consecuencial modificación de la licencia ambiental otorgada al proyecto, según como quede demostrado en el proceso.

“OPOSICIÓN DE LA ANI: Esta Entidad se opone a la prosperidad de la pretensión. En lo referente a la modificación de la Licencia ambiental en la UF9, no es de recibo la postura de la concesión en cuanto a que estos costos sean asumidos por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. En ninguno de los trámites que en que la concesionaria ha realizado, reiterando que contractualmente que la obtención de los permisos ambientales es una obligación de la Gestión Ambiental a cuenta y riesgo de la Concesionaria Ruta del Cacao.”

El acervo probatorio muestra que la decisión adoptada frente a la Unidad Funcional 9, de no construir la nueva calzada adosada sino como un par vial, llevó consigo la necesidad de tramitar modificación de licencia ambiental, que el Concesionario adelantó simultáneamente en relación con la Unidad Funcional 8.

El artículo 40 de la Ley 1682 permite que en el Contrato se incluya pacto sobre a quien corresponde la responsabilidad de gestión y obtención de la licencia ambiental, si a la entidad pública o al Concesionario.

En esa línea, la cláusula 3.2 de la parte especial del Contrato, dentro del alcance del proyecto a cargo del Concesionario, incluyó la gestión ambiental:

“De conformidad con el Objeto del Contrato dispuesto en la Parte General, el Alcance del Contrato corresponde a los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión del corredor vial Bucaramanga – Barrancabermeja – Yondó de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato”.

Aspecto que se concretó en los puntos 1.56⁵¹², 1.92⁵¹³, 4.2 (j)⁵¹⁴, 4.2 (k)⁵¹⁵, 4.5 (f)⁵¹⁶, 8.1 (a)⁵¹⁷ de la Parte General, Apéndice Técnico 6 (2.2) por cuya virtud, el Concesionario asumió como una de sus obligaciones el trámite a su costo, por su cuenta y riesgo para la obtención de la licencia ambiental. Durante la Fase de Preconstrucción, el Concesionario debía establecer bajo su propia responsabilidad la necesidad de obtener las licencias ambientales necesarias para las intervenciones y tramitar y obtener ante las autoridades ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar el Proyecto y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales⁵¹⁸. Esa obligación se extendía a la fase construcción, cuando así se requiriera⁵¹⁹.

El acervo probatorio da cuenta de que recién suscrita el Acta de Inicio —13 de octubre de 2015— tanto la ANI como la Interventoría, requirieron al Concesionario en relación con el cumplimiento de los trámites ambientales durante la fase de preconstrucción e incluso, le recomendaron presentar el licenciamiento ambiental del proyecto en fase II.

Así lo informan las siguientes comunicaciones:

- De 26 de noviembre de 2015⁵²⁰, dirigida por la ANI a RDC, en la que puntualmente señaló:

“El propósito de la comunicación es recordar al Consorcio los trámites ambientales que deben cumplirse durante la fase de preconstrucción, según el cronograma establecido, para poder iniciar las actividades de construcción de manera oportuna. Además, se destaca la necesidad de completar los trámites ambientales necesarios dentro de los

⁵¹² “Estudio de Impacto Ambiental” Es el documento elaborado por el Concesionario que haya sido requerido por la Autoridad Ambiental como fundamento para la aprobación y expedición de una Licencia Ambiental.

⁵¹³ Licencia Ambiental” Es el acto administrativo emitido por la Autoridad Ambiental mediante el cual se autoriza la ejecución de obras del Proyecto, de una Unidad Funcional o Intervención, en el caso en que dicha Licencia sea exigida conforme a la Ley Aplicable y cuyo trámite y costo estará a cargo del Concesionario, por su cuenta y riesgo, incluidas las acciones de seguimiento a la misma.

⁵¹⁴ Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción. Establecer bajo su propia responsabilidad la necesidad de obtener las Licencias Ambientales necesarias para adelantar las Intervenciones.

⁵¹⁵ Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción Tramitar y obtener ante las Autoridades Estatales y/o Autoridades Ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar el Proyecto y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales. Así mismo, preparar todos los estudios que le soliciten tales Autoridades.

⁵¹⁶ Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Construcción. Tramitar y obtener ante las Autoridades Estatales y/o Autoridades Ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar las Intervenciones de cada Unidad Funcional y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales. Así mismo, preparar todos los estudios que le solicite la Autoridad Ambiental, necesarios para el trámite y obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) o los estudios adicionales solicitados por la Autoridad Ambiental o cualquier otra Autoridad Estatal durante la ejecución del Proyecto, así como asumir todos los costos y tiempos requeridos para la realización de tales estudios.

⁵¹⁷ “La Gestión Social y Ambiental requeridas para la ejecución de las Intervenciones estará a cargo del Concesionario, quien desarrollará dicha labor atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en los Apéndices Técnicos 6 y 8 del presente Contrato, de conformidad con la ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y demás normas concordantes y vigentes en la materia, así como la Constitución Política de Colombia –y las normas que la desarrollen– en lo relativo a consultas con comunidades indígenas y afro-descendientes, de acuerdo con la Ley Aplicable.

⁵¹⁸ Parte General del Contrato. 4.2(k)

⁵¹⁹ Parte General del Contrato 4.5 (f)

⁵²⁰ Comunicación con radicado No. 2015-603-028127-1, carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado excepciones, 01

plazos establecidos, para evitar retrasos en el proyecto y asegurar el cumplimiento de las fechas de entrega de las obras...”

- De 23 de diciembre de 2015⁵²¹, dirigida por la Interventoría a RDC, en el sentido de reiterar que la Gestión Ambiental es Obligación del Concesionario de acuerdo al Apéndice Técnico 6 Gestión Ambiental, numeral 2.1 Obligaciones Generales del Concesionario, literal (iii) y proponer un cronograma para ese trámite con estudios Fase II:

“1. Teniendo en cuenta que el licenciamiento ambiental del proyecto se puede presentar en Fase II, a continuación, recomendamos el Cronograma de entrega para la revisión de los estudios de impacto ambiental y así cumplir los plazos establecidos en el Contrato por la ANI.

“ . Plazo para entrega a la interventoría: Lunes 18 de enero de 2016

“ . Plazo para revisión de la interventoría (15 días): lunes 18 de enero de 2016 al 1 de febrero de 2016...”

“Toda la información mencionada anteriormente, debe ser evaluada por la Concesionaria y entregada el 11 de febrero de 2016 de acuerdo a lo contemplado en el Apéndice Técnico 6 Gestión Ambiental, numeral 3.1 Obligaciones generales durante la Fase Preconstrucción que se cita a continuación...” (Resaltado del Tribunal)

En esta comunicación, la Interventoría además recomendó la presentación de varios EIA, *“que permitan el licenciamiento por tramos o grupos de Unidades Funcionales por separado. Esto permitirá disminuir la ocurrencia del riesgo “demoras en la obtención de licencias y/o permisos” contemplado por el estructurador del proyecto, y permite, además, que al presentarse la suspensión en el trámite de un solo EIA por causas internas o externas atribuibles o no la gestión del Concesionario, los demás procesos continúen sin verse afectados hasta su licenciamiento, permitiendo el inicio de los trabajos en la etapa de Construcción.”*

El Concesionario entregó a la ANI el cronograma que contiene los mecanismos y procedimientos previstos para la obtención de las licencias ambientales el 11 de febrero de 2016⁵²².

El 31 de agosto de 2016 la Interventoría emitió no objeción al EIA que le fuera presentado por el Concesionario según consta en comunicación de esa fecha CBBY-469-215-182-16⁵²³ que le dirigió a éste:

“Como resultado del proceso de entrega, revisión y ajuste de observaciones, así como el trabajo conjunto Concesionario – Interventoría – ANI, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo 3.1 Literal (a), subliteral (iii) numeral (2) del apéndice técnico 6 del Contrato de Concesión, se procede a “No Objetar” el Estudio de Impacto Ambiental EIA entregado con el comunicado citado en el asunto, el cual cumple en lo fundamental las observaciones realizadas al mismo.

Es claro que la obligación del resultado, es decir el licenciamiento y permisos por parte de la Autoridad Ambiental, quien finalmente será quien se manifestará al respecto, continúa a cargo del Concesionario.

⁵²¹ Comunicación GESAC-469-15-059, carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado excepciones, 03

⁵²² Comunicación RDC-231-11022016, carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado excepciones, 24 Carpeta 02 Pruebas, 05 Pruebas CRC Traslado excepciones, 35

⁵²³ Carpeta 02 PRUEBAS, 01 Demanda Inicial + Reforma, 5 Documentos UF9

“Con el fin de dar continuidad al proceso de trámite del EIA, el Concesionario debe proceder a la radicación a la ANI del documento en medio físico y digital.”

A través de la Resolución No. 763 de 30 de junio de 2017, la ANLA otorgó licencia ambiental para todo el proyecto “Concesión Vial Ruta del Cacao”, que incluía el trazado original para la segunda calzada adosada en la Unidad Funcional 9.

3.5.7.1 Modificación de la licencia ambiental

Mediante auto 00590 de 29 de febrero de 2018⁵²⁴, la ANLA dio inicio al trámite administrativo de modificación de la Licencia Ambiental, otorgada mediante Resolución 763 de 30 de junio de 2017, para la ejecución del proyecto denominado “Concesión vial Ruta del Cacao”, trámite originado en solicitud presentada por el Concesionario el 8 de febrero de 2018 respecto de las Unidades funcionales 8 y 9 localizadas desde el sector de Lisboa (Cruce con la vía a San Vicente de Chucurí) hasta el caserío de Portugal y desde este último hasta el casco urbano del municipio de Lebrija:

“... 3.2.1. Descripción del trazado

“UF8 y UF9 Tramo Lisboa-Portugal-Lebrija

“... Por otra parte, la UF9 tiene una longitud aproximada de 11.99 km y plantea un diseño combinando en un primer sector la construcción de una segunda calzada adosada a la vía existente seguida de un planteamiento de par vial conservando la vía existente y construyendo la segunda calzada, para concluir con un pequeño tramo de vía nueva en doble calzada y segunda calzada adosada a la vía existente. Se desarrolla en un terreno montañoso y ondulado, descendiendo hacia el casco urbano del municipio de Lebrija...” (Resaltado del Tribunal).

Esta solicitud fue negada mediante la Resolución 1034 de 9 de julio de 2018⁵²⁵ confirmada a través de la Resolución 00225 de 25 de febrero de 2019⁵²⁶, a través de la cual la ANLA decidió el recurso de reposición propuesto por el Concesionario.

En ese acto administrativo en firme, revestido de presunción de legalidad en tanto en el proceso no existe prueba de que haya sido anulado —CPACA art. 88—, la ANLA reiteró los defectos que encontró en la solicitud de modificación de la licencia ambiental para las Unidades Funcionales 8 y 9, presentada por el Concesionario y que llevaron a su negativa, a saber:

i. La falta del Diagnóstico Ambiental de Alternativas NECESIDAD DE PRESENTAR - DAA-

Para responder a los argumentos del recurso en este aspecto, centrados en que no era necesaria la presentación de Diagnóstico Ambiental de Alternativas como ya lo había definido la autoridad ambiental en relación con la licencia otorgada, la ANLA destacó el hecho de que tal Diagnóstico no era necesario frente a la solicitud inicial de licencia pero que frente a los cambios propuestas para las Unidades Funcionales 8 y 9, tal insumo era exigible:

⁵²⁴ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9

⁵²⁵ Así lo afirma ANLA en el Auto 02337 de 2 de mayo de 2019, analizado en esta providencia

⁵²⁶ Carpeta 02 Pruebas, 02 Contestación ANI, 3. Anexos Contestación Demanda UF 9. Anexos resp Demanda UF9

“Esta Autoridad deja claro que en lo que respecta a las Unidades Funcionales 8 y 9, se autorizó un trazado adosado a la vía existente. De esta forma, se garantizaba una menor afectación y la intervención al medio se haría en las proximidades de la vía existente; esta condición fue el principal sustento para el pronunciamiento de viabilidad del proyecto en su momento.

“El realineamiento de las Unidades Funcionales 8 y 9 propuesto en la solicitud de modificación, desvirtúa el sustento del análisis bajo el cual se soportó el otorgamiento de la licencia ambiental del proyecto, ya que al estar adosada la segunda calzada, los impactos o afectaciones por su construcción se generarían en una zona intervenida; mientras que para el realineamiento propuesto, no es claro si el mismo, corresponde a la mejor opción (alternativa) desde el punto de vista ambiental, ya que precisamente cuando esta Autoridad definió que no se requería la presentación de un Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA, se fundamentó en que el trazado iba adosado a la vía existente, por lo tanto se indicó que vía modificación de la licencia ambiental, no se puede pretender variar el trazado de tal forma que invalide la decisión tomada al respecto de no requerir DAA...

“Como se mencionó anteriormente, para esta Autoridad la principal condición ambiental que sustentó la toma de la decisión de otorgamiento de la licencia ambiental del proyecto fue su carácter de adosado, ya que, de esta forma, los impactos ambientales que se generarían por la construcción de la segunda calzada en todo el tramo se esperarían fuesen de menor magnitud.

“Vale la pena indicar, que la referencia respecto al DAA que se hizo en el trámite de solicitud de modificación de licencia ambiental, fue como antecedente para establecer que las condiciones planteadas para esos tramos, habían cambiado tan notoriamente que en esta evaluación, la solicitud no tendría en cuenta los criterios evaluados en su momento en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas- DAA

“..Como se observa en las figuras y utilizando las herramientas de medición del SIG Web – ANLA, el trazado propuesto por la Concesionaria en la modificación de licencia se aleja del trazado autorizado en la Resolución 763 del 30 de junio de 2017 en varios tramos, principalmente de la UF 8 alrededor de 2 km de distancia..

“Esta Autoridad considera que la Concesionaria no dio cumplimiento a la zonificación de manejo ambiental estipulada en el Artículo Sexto de la Resolución 763 del 30 de junio de 2017, con respecto a los nacimientos y su ronda de protección hídrica. Esto queda evidenciado en la evaluación de la solicitud de modificación de licencia, en la cual el equipo evaluador procedió a superponer las rondas de protección de los manantiales identificados por la Concesionaria Ruta del Cacao, en la documentación aportada en la GDB, capa “Puntos Hidrogeológicos” y la solicitud de aprovechamiento forestal capas “AprovechaForestalPG” y “AprovechaForestalPT”. Esta autoridad no consideró procedente autorizar el aprovechamiento forestal en las áreas correspondientes a Bosque de Galería con predominio de árboles del Oroboma bajo de los Andes, Bosque fragmentado con vegetación secundaria del Oroboma bajo de los Andes y Vegetación secundaria alta del Oroboma bajo de los Andes que se interceptaban con las rondas de protección de 24 manantiales, ya que dicho aprovechamiento forestal se encontraba dentro de las rondas de protección de 100 m a la redonda a partir de la periferia de los mismos.

“...Para el caso en particular y tal como se ha expuesto a lo largo del presente acto administrativo, las medidas ambientales presentadas que pudieran disminuir o mitigar

los posibles impactos que se causarían, fueron insuficientes conforme a la evaluación efectuada por esta Autoridad.

“...Aunado a lo anterior, en el marco del licenciamiento ambiental del proyecto, esta Autoridad reconociendo la posibilidad de que en la zona de la calzada existente se identificasen durante el desarrollo de la segunda calzada adosada puntos de aguas subterráneas a menos de 100 m, impuso en la Zonificación de Manejo Ambiental, el requerimiento de identificar dichos manantiales, reportarlos a la ANLA y establecer medidas de manejo para los mismos, a fin de minimizar su afectación. Sin embargo, en el Expediente LAV0060-00-2016, para el tramo de las UF8 y 9, no se encuentran reportes o comunicación donde se informe la identificación de manantiales...”

“...Esta Autoridad solicitó la información adicional que se consideraba necesaria para decidir frente a la solicitud de modificación de licencia, dicha solicitud de información adicional quedo plasmada en el acta No. 31 del 12 de abril de 2018, la cual realizó 12 requerimientos para los capítulos como objetivos y generalidades, descripción del proyecto, caracterización del área de influencia, zonificación de manejo ambiental y evaluación económica ambiental, los requerimientos realizados fueron los siguientes...”

“...Dichos requerimientos fueron solicitados por esta Autoridad con el fin de evaluar la pertinencia e integralidad de la información solicitada, buscando presentar, complementar, aclarar, y/o precisar la información requerida para el pronunciamiento de viabilidad o no de la modificación de licencia para las unidades funcionales 8 y 9, pues en el complemento del Estudio de Impacto Ambiental presentado mediante comunicación con radicación 2018012521-1-000 del 8 de febrero de 2018, no fue suficiente, adicionalmente a lo observado en la visita de evaluación al área del proyecto, se hizo necesario requerir la información adicional antes mencionada, buscando así emitir un pronunciamiento de fondo...”

ii. Sobre la zonificación de manejo ambiental estipulada en el Artículo Sexto de la Resolución 763 del 30 de junio de 2017, con respecto a los nacimientos y su ronda de protección hídrica

En este tema la ANLA comenzó por precisar que:

“considera las áreas correspondientes a rondas de protección hídrica de las corrientes de agua incluida su vegetación asociada, así como los manantiales, nacederos...” y que, igualmente “considera que los manantiales, ya que son flujos de agua subterránea que afloran a la superficie de forma natural, donde los caudales pueden ser variables a constantes dependiendo del medio de surgencia o temporada climática.”

Luego recordó lo establecido en la Resolución 763 como zonas de exclusión:

“De acuerdo a la zonificación de manejo ambiental determinada en el Artículo Sexto de la Resolución No. 763 del 30 de junio de 2017, establece como zonas de exclusión (...)”
”2.2 Cualquier cuerpo hídrico subterráneo como nacimientos, manantiales y/o pozos subterráneos, en caso de identificarse deberán respetarse las rondas establecidas en 100 m a la redonda para este tipo de cuerpos de agua y establecer estrictas medidas de manejo sobre las obras más próximas a fin de evitar cualquier impacto al recurso. En el caso de identificarse algún cuerpo de agua de esta índole deberá informarse a esta Autoridad y presentar soportes del manejo ambiental respectivo.” (...).

Para concluir que:

“Esta Autoridad considera que la Concesionaria no dio cumplimiento a la zonificación de manejo ambiental estipulada en el Artículo Sexto de la Resolución 763 del 30 de junio de 2017, con respecto a los nacimientos y su ronda de protección hídrica. Esto queda evidenciado en la evaluación de la solicitud de modificación de licencia, en la cual el equipo evaluador procedió a superponer las rondas de protección de los manantiales identificados por la Concesionaria Ruta del Cacao, en la documentación aportada en la GDB, capa “Puntos Hidrogeológicos” y la solicitud de aprovechamiento forestal capas “AprovechaForestalPG “y “AprovechaForestalPT

“...Para el caso en particular y tal como se ha expuesto a lo largo del presente acto administrativo, las medidas ambientales presentadas que pudieran disminuir o mitigar los posibles impactos que se causarían, fueron insuficientes conforme a la evaluación efectuada por esta Autoridad.”

iii. Sobre la caracterización Geológica e Hidrogeológica, la ANLA formuló el siguiente reproche:

“Para esta Autoridad, las condiciones estructurales son menospreciadas, no se realizó un análisis de diaclasas en cuanto a frecuencia, relleno y la disposición local de los esfuerzos principales y su relación con la orientación de las fallas y las fracturas permite definir las estructuras y segmentos de falla que favorecen el transporte de fluidos y la existencia de acuíferos en medios fracturados. Así mismo, los sistemas de fallas ya sea de tipo regional o local, generan amplias zonas de fracturas y diaclasamiento en las unidades; por ende, un aumentó en la porosidad de la mismas, que facilitan el ingreso de agua al sistema y aumentan las potencialidades hidrogeológicas de estas. Para los medios fracturados, el trabajo de campo debe incluir el levantamiento detallado de datos estructurales georreferenciados, tomando además de la disposición estructural (rumbo y buzamiento) de cada discontinuidad estructural, otros parámetros necesarios como: densidad de fracturamiento; continuidad de las fracturas; apertura y tipo de relleno, entre otros.

“Si bien, la empresa identifica y cartografía los sistemas de fallas en la caracterización ambiental, no describe el comportamiento hidráulico que permita definir de manera conceptual la dinámica hidrogeológica en la zona de influencia de estos sistemas, más aún, cuando se trata de simular la respuesta de la cuenca hidrogeológica a las actividades constructivas de infraestructura de corte y relleno.

“Así mismo se tiene subvalorado lo relacionado con el componente geomorfológico ya que los movimientos de tierra son considerables, igualmente no se valoran de forma real los cambios en la oferta del recurso hídrico, en las características fisicoquímicas y bacteriológicas del recurso hídrico, los cuales son generados por la construcción de las obras en superficie.

“... Otra característica de vital importancia en la caracterización hidrogeológica es la identificación de las zonas y el valor de la recarga, por lo que, en el EIA no se estima el valor de la recarga neta en mm³/año, no se establece las áreas de recarga potencial basada en una metodología que integre factores físicos y bióticos relevantes que incidan para la recarga, con el fin de establecer aquellas zonas de protección sensibles a cualquier tipo de intervención para el área de influencia del proyecto, generando incertidumbres en la categorización de sensibilidad e importancia de la zonificación ambiental.

“En cuanto a las conexiones hidráulicas, descripción del movimiento dirección de flujo, EIA no construye un plano de isopiezométrico en el área de influencia del proyecto en el que se defina claramente las líneas de flujo del nivel freático que pueda verse afectado por las obras o actividades en superficie y que describa el camino que seguiría el agua de precipitación que llega a la zona meteorizada y cómo ésta se incorporaría al sistema hidrogeológico regional.

“... En cuanto a la definición de manantial, esta Autoridad le aclara que esta enunciación es de vital importancia y relevante para la evaluación, ya que no debe ser subjetivo; sin embargo, la falencia en la caracterización y en el número de usuarios de puntos de agua subterránea, como se evidenció en la revisión y evaluación de la información presentada en el documento de EIA y GDB, **conlleva a determinar que el área de influencia directa del proyecto no se caracterizó de manera adecuada aportando toda la información disponible y actualizada para plantear las medidas de manejo efectivas para mitigar o prevenir los impactos que se generarían por la construcción del proyecto vial...**”(Resaltado del Tribunal).

Y se reafirma en que:

“De igual manera, en el presente documento se mantiene la consideración respecto a la subvaloración en cuanto a la identificación y evaluación de impactos de reconocida importancia en el área del proyecto, tales como los relacionados con los aspectos hídrico subterráneo, causados por una posible reducción drástica del caudal, cambio en la dinámica hídrica subterránea y/o generación de expectativas sociales como se evidenció en la audiencia pública ambiental, entre otros y la ausencia de análisis para otros (como los asociados a la captación, el conflicto por el recurso hídrico y efectos sobre la comunidad) por la disminución del caudal y el incremento en la acumulación de sedimentos.

“... Por lo cual esta Autoridad considera que, al no evaluar las condiciones del medio, no es posible validar la interpretación de los datos para la construcción del modelo geológico – geofísico y se encuentra sesgada; no es posible validar el alcance del estudio geofísico y sus respectivas conclusiones. De acuerdo con las consideraciones expuestas como respuesta, la ANLA reitera su consideración sobre la evaluación realizada en el componente hidrogeológico....

“... En tal sentido, esta Autoridad encuentra en el componente hidrogeológico diversas inconsistencias que no le permitieron conocer las condiciones reales del área de estudio aun cuando se solicitó información adicional.

“Para la ANLA se debió establecer claramente el potencial real de los sistemas acuíferos presentes en el área de influencia directa y se debe involucrar todos los elementos identificados y caracterizados, tales como: el comportamiento estructural de la cuenca sedimentaria, el grado de fracturamiento de las unidades geológicas aflorantes, se debe integrar el tipo, caudal y modo de surgencia de los manantiales identificados en el inventario presentado.”

iv. Sobre la valoración económica de los impactos

Dijo la ANLA:

“... esta Autoridad reitera lo considerado en la Resolución 1034 de julio 9 de 2018, en el sentido de que los resultados de la Relación Beneficio Costo (RBC) sugieren que el

proyecto sería viable desde el punto de vista del bienestar social. No obstante, algunas de las valoraciones económicas no se pudieron validar, por lo cual, el resultado del indicador es susceptible de variación y no proyecto, aunado a las consideraciones del grupo evaluador respecto a la afectación del recurso hídrico subterráneo del cual se abastecen las comunidades del área de influencia para su sostenimiento vital y el desarrollo de actividades económicas.”

La autoridad ambiental también registró la existencia de falencias en la comunicación con las comunidades, sin que en los documentos presentados “se evidencian acciones en pro de mejorar estos canales de comunicación o procesos que resuelvan las dudas de los participantes a estas reuniones y comunidad en general.”

3.5.7.2 Nueva solicitud de modificación de Licencia Ambiental

Mediante Auto 02337 de 2 de mayo de 2019⁵²⁷ la ANLA dio inicio al trámite administrativo de modificación de la Licencia Ambiental, otorgada mediante Resolución 763 de 30 de junio de 2017, para la ejecución del proyecto denominado “Concesión vial Ruta del Cacao”, en virtud de solicitud radicada por el Concesionario el 25 de abril de 2019⁵²⁸, en el sentido de evaluar la viabilidad de los ajustes al diseño para las Unidades Funcionales 8 y 9.

El referido trámite dio lugar a la expedición de la Resolución 02594 de 31 de diciembre de 2019⁵²⁹, mediante la cual la ANLA modificó la licencia ambiental otorgada mediante resolución 763 de 30 de junio de 2017:

“ARTÍCULO PRIMERO. Modificar el artículo Primero de la Resolución 763 de 2017, el cual quedará así:

“ARTÍCULO PRIMERO Otorgar a la Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S...licencia ambiental para la ejecución del proyecto denominado “Concesión Vial Ruta del Cacao”, localizado en los municipios de Barrancabermeja, San Vicente de Chucuri, Betulia, Girón y Lebrija, en el departamento de Santander, el cual tiene una longitud aproximada de 92,05 km entre las siguientes abscisas:

“... ”

“PARÁGRAFO. Se autoriza ambientalmente dentro del proyecto vial Ruta del Cacao construir las UF 8 y 9 acorde a lo señalado a continuación:

“Coordenadas de la Concesión vial Ruta del Cacao con respecto a las UF 8 y 9...”

Esa decisión quedó ejecutoriada el 30 de junio de 2020, según constancia emitida por la ANLA el 1 de julio de 2020⁵³⁰, demora que obedeció a la interposición de recurso de reposición en su contra por el señor Germán Augusto Rueda reconocido como interviniente en ese trámite. El recurso fue decidido mediante la Resolución 0585 de 1 de abril de 2020⁵³¹.

⁵²⁷ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9.

⁵²⁸ Así consta en el Auto 02337 de 2 de mayo de 2019.

⁵²⁹ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9.

⁵³⁰ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9

⁵³¹ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9

3.5.7.3 Los efectos del procedimiento adelantado para la modificación de la licencia ambiental

Lo reclamado a través de las pretensiones 1.28, 1.29, 1.30 y 1.31, corresponde a los costos de los trámites para la modificación de la licencia ambiental y al impacto económico derivado del desplazamiento en el tiempo del inicio de las intervenciones en la Unidad Funcional 9, por las demoras en el trámite de modificación de la licencia ambiental, según lo manifestado en la demanda reformada:

“HECHO 185. A partir de la notificación de la ANLA de la resolución confirmatoria de la aprobación de la modificación de la Licencia Ambiental, el CONCESIONARIO pudo dar inicio a las intervenciones en la Unidad Funcional 9, desplazándose así la ejecución de esta Unidad Funcional en aproximadamente 2 años.

“HECHO 196. Los ajustes a los diseños, así como la consecuente modificación de la licencia ambiental, significaron mayores costos al CONCESIONARIO. Tales costos no hubieran tenido lugar, de no haber mediado el requerimiento de la ANI y la Interventoría, consistente en ajustar los diseños, CON EL PROPÓSITO de evitar mayores costos a cargo de la ANI, por cuenta del traslado o protección de las redes. Los mayores costos en los que incurrió el CONCESIONARIO, fueron notificados a la Interventoría”

Consecuencialmente, en la pretensión 2.4 el Concesionario pidió en relación con la Unidad Funcional 9:

“2.4. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. las sumas en las que esta haya incurrido por concepto de mayores costos derivados de los ajustes o modificaciones a los diseños de la Unidad Funcional 9 y de la consecuencial modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto.”

Pretensión que, a la luz del juramento estimatorio, comprende varios ítems concernientes a lo sucedido con la Unidad Funcional 9, a saber:

“En relación con las reclamaciones asociadas a la Unidad Funcional 9.

a. Por concepto de mayor permanencia en los costos Administrativos para la unidad Funcional 9: \$26.518.832.552 pesos corrientes.

b. Por concepto de mayores cantidades de obra: \$8.199.865.570 pesos corrientes.

c. Por concepto de costos de estudios y diseños sobre el diseño alternativo para la Modificación de la Licencia ambiental: \$826.597.045 pesos corrientes.

d. Por concepto de ajuste de precios del CAPEX: \$23.353.586.318, pesos corrientes. Corresponde a la diferencia entre los precios de la obra cuando debió ejecutarse (2017) y los precios de cuando efectivamente se empezó a ejecutar (2020), en atención a la variación del Índice de Costos de la Construcción Pesada ICCP (hasta diciembre de 2021) y el índice de Costos de la Construcción de Obras Civiles ICOCIV (desde enero de 2022); índices publicados por el DANE.

e. Por concepto de sobrecostos financieros: \$15.222.875.265, pesos corrientes. Corresponde al mayor costo de financiación que debe reconocer la ANI, producto del mayor valor invertido por el CONCESIONARIO, por cuenta de la mayor permanencia, mayores cantidades de obra, y el ajuste de precios”.

Y que, conforme a la respuesta a la pregunta 16 del dictamen pericial Técnico y Financiero elaborado por la Ingeniera Civil Luz Mélida Gamboa Mesa y presentado por el

Concesionario⁵³², se originan en el hecho de que según la programación inicial la Unidad Funcional 9 debió terminar el 9 de noviembre de 2020, pero como consecuencia del cambio de trazado y su impacto en la modificación de la licencia ambiental, solo se pudo ejecutar entre diciembre de 2020 y junio de 2023, lapso que el dictamen tomó para cuantificar “costos administrativos por la mayor permanencia en obra”, “mayores costos de CAPEX de la Unidad Funcional 9 por la diferencia de precios”, y la financiación “de un mayor valor de CAPEX al inicialmente previsto”:

“Sírvese cuantificar el mayor costo, que representa para el CONCESIONARIO el impacto programático y de obra civil de la UF9.”

“Como consecuencia del cambio de trazado en la UF9, debido a la alta interferencia de redes de servicios públicos, su impacto programático y de obra civil ocasionaron unos mayores costos para la CONCESIONARIA RDC, que financieramente relacionan así

“1. La CONCESIONARIA RDC incurrió en mayores costos administrativos por la mayor permanencia en obra. De acuerdo con el Plan de Obras inicial, estaba previsto finalizar la construcción de la Unidad Funcional 9 en noviembre de 2020. No obstante, el Plan de Obras de la Unidad Funcional 9 se desplazó en el tiempo debido al cambio de trazado y su impacto en licencia ambiental pues fue necesario solicitar modificación a la Licencia Ambiental otorgada por la ANLA 763, y su finalización fue en el mes de junio de 2023 (carta Interventor CBBY-2-469-1571-22551). Esto ha generado la necesidad de incurrir en costos fijos administrativos asociados a la Unidad Funcional 9 durante un periodo de tiempo mayor al inicialmente previsto, desde diciembre de 2020 hasta junio de 2023, tal como se expuso en la ilustración 47 Impacto Programático UF 9.

“2. LA CONCESIONARIA RDC ha incurrido en mayores costos por mayores cantidades de obra frente a las inicialmente previstas en el trazado inicial de la UF9, debido a su modificación por la alta interferencia de redes de servicios públicos no previstas ni previsibles al momento de su oferta.

“3. La CONCESIONARIA RDC ha incurrido en mayores costos de CAPEX de la Unidad Funcional 9 por la diferencia en precios entre el cronograma inicialmente previsto desde el 2017 al 2020 y el realmente ejecutado desde el 2020 hasta el 2023.

“4. La CONCESIONARIA RDC ha incurrido en mayores costos por concepto de Estudios y Diseños y modificaciones a la licencia ambiental debidos al cambio de trazado de la Unidad Funcional 9.

“5. Dados los mayores costos en los que ha incurrido la CONCESIONARIA RDC, descritos en los numerales 1 a 3 anteriores, la CONCESIONARIA RDC debió financiar un mayor valor de CAPEX al inicialmente previsto.”

Por su parte la Convocada se opone a su prosperidad, con fundamento en el hecho de que el riesgo ambiental fue asignado al Concesionario, quien (i) “deberá adelantar, a su cuenta y riesgo, los estudios o documentos de carácter ambiental requeridos para el trámite y obtención de las Licencias y Permisos de carácter ambiental y/o las modificaciones a que haya lugar, así como los requerimientos que de estas se deriven...”; (ii) corresponden al Concesionario “(ix) Salvo las coberturas a cargo de la ANI expresamente previstas en el presente contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados de la Gestión Social y

⁵³² Dictamen Pericial Técnico y Financiero de la ingeniera Luz Mérida Gamboa Mesa, pag. 390 y ss.

Ambiental, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario efectuar la Gestión Social y Ambiental y cumplir al respecto con la Ley aplicable.”

Hechas las precisiones que anteceden, para la decisión de estas pretensiones toma en cuenta el Tribunal que en el Contrato las partes acordaron como una obligación a cargo del Concesionario, la gestión ambiental⁵³³, que corresponde a adelantar a su costo, por su cuenta y riesgo, los trámites a que haya lugar ante la autoridad ambiental, para lo cual unas de sus principales obligaciones a ser cumplidas en la Fase de Preconstrucción corresponde a *“establecer bajo su propia responsabilidad la necesidad de obtener licencias ambientales necesarias para adelantar las intervenciones”*⁵³⁴; elaborar el EIA⁵³⁵, así como *“Tramitar y obtener ante las Autoridades Estatales y/o Autoridades Ambientales, todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar el proyecto...”*⁵³⁶.

En aplicación de las reglas contractuales mencionadas, los trámites ambientales son una obligación a cargo del Concesionario a quien también se atribuyó el riesgo de su resultado como lo alega la Convocada al oponerse a estas pretensiones.

El proyecto en su integridad con el trazado concebido por el estructurador, obtuvo licencia ambiental mediante la Resolución 763 de 30 de junio de 2017.

Pero, dada la demostración de que el Concesionario adelantó el trámite de modificación de esa licencia con ocasión de los cambios que debió hacer en un sector de la Unidad Funcional 9, debido a la existencia de redes de hidrocarburos y gas en la zona las cuales no habían sido identificadas en la estructuración del proyecto, y que impusieron la construcción de un par vial, los costos asociados a tal cambio, incluidos los referidos al trámite de la modificación de la licencia ambiental, son a cargo de la Convocada.

Esto es, que el cambio en la construcción de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 tuvo su génesis en una falla en la planeación del contrato, que en su fase de estructuración dispuso la construcción de la segunda calzada adosada a la vía existente a pesar de que no podía ejecutarse por la existencia de gran cantidad de interferencias de redes de hidrocarburos y gas cuyo traslado era altamente costoso.

Así, las pruebas recaudadas demuestran que la modificación en la Unidad Funcional 9 se hizo con respecto al trazado de la segunda calzada adosada incluido en la estructuración en los diseños Fase 2.

Consideraciones que en principio llevan a la conclusión de que corresponde a la ANI asumir los costos asociados a la modificación de la licencia ambiental en relación con la Unidad Funcional 9 y derivados de ella, pero que analizados en relación con lo sucedido en el trámite de modificación de la licencia ambiental, liberan parcialmente a esa Entidad de algunos de tales costos, puntualmente de los concernientes al desplazamiento de dos años en la ejecución de la construcción, por cuanto tal demora es atribuible a insuficiencia en la

⁵³³ PGC - 1.78, 1.56, 1.92, 4.2 (j), 4.2 (k), 4.5 (f), 8.1 (a). Apéndice Técnico 6 (2.2).

⁵³⁴ PGC - 4.2 - (j).

⁵³⁵ PGC - 1.56.

⁵³⁶ PGC - 4.2 - (k).

documentación presentada por el Concesionario en ese trámite y, por ende se subsume en el riesgo ambiental que le fue asignado.

A pesar de que el primer trámite de modificación de la licencia ambiental no corresponde a la concreción del riesgo ambiental a cargo del Concesionario en tanto se vio impelido a realizar tal trámite por acto solo imputable a la ANI, no sucede igual con el segundo trámite de modificación de licencia ambiental, cuya ocurrencia tiene como causa la negativa de la ANLA en relación con el primer trámite de solicitud de modificación, a través de un acto administrativo en el cual señala inobservancia del Concesionario en el cumplimiento de algunos requisitos para obtener su aprobación.

Por tanto, como la causa de la existencia del segundo trámite lo fue el fracaso del primer procedimiento, situación que se enmarca dentro del riesgo ambiental asignado contractualmente al Concesionario, los “mayores costos que el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO” debió asumir por la mayor permanencia en obra debido al tiempo que se tomó obtener la aprobación de la ANLA a la modificación de la licencia ambiental, no serán reconocidos, por cuanto tal demora no es imputable a la falla de la ANI en la estructuración del proyecto, sino a un trámite fallido de modificación de la licencia ambiental adelantado por el Concesionario y comprendido en el riesgo ambiental a su cargo.

En efecto, de acuerdo al análisis contenido en el punto 3.5.7.1. de este laudo, el Concesionario debió adelantar dos trámites para obtener la necesaria modificación de la licencia ambiental con ocasión del cambio en la construcción de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 de adosada a la vía existente a un par vial. El primer trámite entre el 8 de febrero de 2018 cuando el Concesionario presentó la solicitud de modificación ante la ANLA y el 25 de febrero de 2019, cuando fue expedida la Resolución 0225 que confirmó la Resolución 1034 de 9 de julio de 2018 a través de la cual fue negada la modificación y, el segundo, entre el 25 de abril de 2019 fecha en la que el Concesionario radicó nueva solicitud de modificación de licencia ambiental y el 30 de junio de 2020 cuando quedó ejecutoriada la Resolución 0585 de 1 de abril de 2020 a través de la cual fue confirmada la Resolución 02594 de 31 de diciembre de 2019 que aprobó la modificación.

El acontecer en ese procedimiento permite deducir que si el trámite de modificación de la licencia ambiental iniciado el 8 de febrero de 2018, se hubiera surtido con el lleno de requisitos echados de menos por la autoridad ambiental y que le impidieron acceder a la petición formulada por el Concesionario, la construcción de la segunda calzada en la Unidad Funcional 9 pudo haber empezado en febrero de 2019 cuando la ANLA decidió sobre la primera solicitud de modificación y haber terminado 30 meses después, que era el término contractualmente establecido para el efecto, según lo puso de presente el contratista constructor Consorcio Ferrocol – Santander al Concesionario, en comunicación de 31 de mayo de 2017:

“Traslado oficialmente la propuesta del consorcio constructor para la ejecución de obras para la Unidad Funcional 8, donde tb se presentaba posible sobre costo de redes. Igualmente se habla de que para ello será necesario modificar la licencia ambiental: “También y como consta en los antecedentes expuestos, es necesario modificar la licencia ambiental (tramitada con la solución base) por lo cual es necesario contar con el mismo plazo de ejecución de obra estimado contractualmente de 30 meses desde una

vez modificada la misma, siempre terminando la Unidad Funcional antes que la apertura de peaje de la Unidad Funcional 9 según es requerido en el Apéndice Técnico 1 del contrato de concesión. Se estima un comienzo a primeros de Noviembre de 2017 y una finalización a primeros de mayo de 2020 (fecha máxima apertura peaje UF9)”

De haber tenido éxito el primer trámite de modificación de la licencia ambiental, con diseños del Concesionario para la construcción de la segunda calzada como par vial en la Unidad Funcional 9, la construcción se hubiera realizado entre febrero de 2019 —fecha de la decisión de la ANLA— y agosto de 2021, tomando solo una parte del periodo reclamado por la Convocante de mayor permanencia entre diciembre de 2020 y junio de 2023.

En consecuencia, la mayor permanencia en la obra con la construcción de la Unidad Funcional 9 a partir del 30 de junio de 2020, solo es imputable a la ANI hasta agosto de 2021, de ahí en adelante y hasta su terminación en junio de 2023, la mayor permanencia debe ser asumida por el Concesionario, por cuanto se estructuró el riesgo ambiental derivado de la necesidad de adelantar el segundo trámite de modificación, debido a que en el primero la ANLA echó de menos el cumplimiento, por parte del Concesionario, de las reglas y requisitos exigidos por el efecto.

En este punto se refiere el Tribunal a los efectos de los Eventos Eximentes de Responsabilidad y a la suspensión de la ejecución de las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo en la Unidad Funcional 9, ocasionados por los trámites ante la ANLA.

En los alegatos de conclusión la Convocante en relación con la demora en el trámite de modificación de la licencia ambiental, afirmó:

“294. La modificación de la licencia ambiental, como ya es bien conocido por el Tribunal, presentó demoras. Es decir, la obtención de la licencia ambiental que permitiera la ejecución de las obras correspondientes a la Unidad Funcional 9, no solo fue impactada por la necesidad de modificar la licencia inicialmente otorgada, sino porque también se presentaron demoras en el trámite de modificación.

“295. No es del interés del suscrito entrar en los detalles de la demora en el trámite de modificación de la licencia ambiental, porque no es necesario. Y no es necesario porque, como se indicó desde la contestación de la demanda, tales demoras obedecen a Eventos Eximentes de Responsabilidad debidamente declarados y una suspensión acordada por las partes.

“296. Desde el punto de vista jurídico está definido contractualmente que no existe responsabilidad del CONCESIONARIO en esa demora, por lo que no es admisible ninguna discusión al respecto. El Tribunal debe partir de la premisa de que no le es imputable al CONCESIONARIO la mayor permanencia durante la modificación de la licencia.”

La documentación allegada al expediente demuestra que los trámites ambientales, unidos a otros aspectos, dieron lugar a la suscripción por las Partes de dos Eventos Eximentes de Responsabilidad —EER—, así como a que acordaran la suspensión de las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo, exclusivamente respecto de las Unidades Funcionales 8 y 9, así:

El primer Evento Eximente de Responsabilidad fue acordado por las partes el 24 de enero de 2018, a solicitud del Concesionario presentada el 12 de esos mismos mes y año con base en la demora en el trámite inicial de licencia ambiental otorgada el 30 de junio de 2017 mediante la Resolución 763. Las partes acordaron:

“PRIMERO: las Partes reconocen, aceptan y acuerdan que lo informado por la CONCESIÓN RUTA DEL CACAO S.A.S a la ... ANI mediante comunicación ... del 12 de enero de 2018, constituye un Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos descritos en la presente acta, los conceptos emitidos por el Consorcio BBY, Interventoría del proyecto ... la Vicepresidencia de Planeación, Riesgos y Entorno de la ANI y en los términos dispuesto en el Contrato...”

“SEGUNDO: Como consecuencia de la ocurrencia y declaratoria del Evento Eximente de Responsabilidad, las Partes acuerdan que el plazo para el inicio de las actividades de obra establecidas en el Plan de Obras respecto de las Unidades Funcionales Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 estuvo suspendido en ciento ochenta y tres (183) días calendario, término que se repondrá al finalizar el plazo inicialmente pactado...”

La solicitud del Concesionario para que se declarara este evento y que fue presentada antes que la solicitud de modificación de la licencia ambiental ante la ANLA —8 de febrero de 2018— no estuvo motivada en la necesidad de modificación de la licencia ambiental por el cambio de trazado en la Unidad Funcional 9 y tuvo lugar en relación con el trámite inicial de esa licencia, según el aparte de su solicitud transcrita en el acta en la cual se plasmó el EER1:

“...ante una solicitud de ANLA de consolidar la red de monitoreo final del agua subterránea no contemplada para el proceso constructivo de obras a cielo abierto, se derivó la necesidad de presentar un recurso administrativo que implicó (99) días adicionales en la emisión de la licencia.

“De otra parte, el trámite de Levantamiento de Vedas duró un total de (293) días, de los cuales doscientos doce (212) días correspondieron a los tiempos de gestión en cabeza del MADS/Dirección de bosque y Biodiversidad y ochenta y uno (81) días en cabeza del Consorcio Ferrocol Santander y de la Concesionaria, generándose un tiempo adicional de ciento treinta y un (131) días para la emisión del acto administrativo de levantamiento de vedas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – MADS/Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios ecosistémicos, trámite intermedio que a su vez generó un retraso en la obtención de la licencia ambiental final por parte del ANLA.

“Con lo cual al final la Concesionaria incurrió en un retraso no imputable al mismo, sino por el hecho de un tercero de doscientos (230) días...”

El segundo Evento Eximente de Responsabilidad, este sí referido al trámite de modificación de la licencia ambiental para las Unidades Funcionales 8 y 9, suscrito el 17 de octubre de 2018, fue declarado a partir del 3 de octubre de 2018 en acta en la cual *“la ANI reconoce y acepta la materialización del Evento Eximente de Responsabilidad – EER a partir del 3 de octubre de 2018 en los términos descritos en la presente acta...”*, relacionados con la interposición por parte del Concesionario, del recurso de reposición en contra de la Resolución 1034 de 9 de julio de 2018 que negó la solicitud de modificación de la licencia Ambiental para las Unidades Funcionales 8 y 9 y con la citación a audiencia pública ordenada por la autoridad ambiental.

Las partes acordaron “... CUARTO: La suspensión indefinida de que trata esta Acta hasta que el ANLA notifique el acto administrativo con el que resuelve el recurso de reposición interpuesto por la concesión y que define la viabilidad de la modificación de la licencia ambiental concedida, no implica la suspensión de la ejecución del Contrato de concesión en sus demás Unidades Funcionales.”

El recurso de reposición a que se refiere ese EER, fue resuelto el 25 de febrero de 2019, mediante la Resolución 00225 proferida por la ANLA.

El 18 de febrero de 2019 el Concesionario elevó solicitud a la ANI de suspensión indefinida del plazo previsto para la iniciación de las obras de las Unidades Funcionales 8 y 9 y reiteró “solicitud de declaratoria de este nuevo Evento Eximente de Responsabilidad EER sustentado en las razones expuestas y en consecuencia se declare la SUSPENSIÓN INDETERMINADA PERO DETERMINABLE sujeta a condición de obtención de aprobación a los ajustes propuestos al trazado no objetado y de la licencia ambiental para las unidades funcionales 8 y 9.”⁵³⁷

La solicitud de declaración de un EER no fue aceptada, pero sí se acordó la suspensión de las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo, exclusivamente respecto de las Unidades Funcionales 8 y 9. Así consta en el acta suscrita el 23 de abril de 2019⁵³⁸, en la cual las partes acordaron:

“CLÁUSULA PRIMERA: Suspender temporalmente las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo, cuyos alcances están especificados en el Apéndice Técnico 1 del Contrato, exclusivamente respecto de las Unidades Funcionales Nos. 8 y 9, por los motivos de interés público que se encuentran señalados en los considerandos de la presente Acta.

“PARÁGRAFO PRIMERO: La Suspensión que se acuerda en la presente cláusula no versa sobre las demás obligaciones previstas en el Contrato en relación con las Unidades Funcionales 8 y 9, las cuales deberá seguir cumpliendo el Concesionario dentro de los plazos establecidos en el Contrato.

“... CLAUSULA SEGUNDA. La presente suspensión tendrá un plazo de ciento sesenta y cinco (165) días, contados a partir de la fecha de suscripción de esta acta: tiempo que las partes estiman suficiente para que el Concesionario lleve a cabo las modificaciones necesarias a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, al Plan de Obras, a los estudios de carácter ambiental para la modificación de la Licencia Ambiental, y para llevar a cabo el trámite de Licenciamiento Ambiental y obtener la correspondiente Licencia Ambiental para las Unidades funcionales 8 y 9.

“... PARÁGRAFO SEGUNDO: el término de duración de la presente suspensión no altera la duración inicial del Contrato, ni el plazo máximo de ejecución de las Unidades Funcionales 8 y 9, establecido en la Cláusula 5.3 de la Parte Especial... En todo caso, el plazo previsto para el cumplimiento de las obligaciones suspendidas en virtud de la presente Acta de Suspensión se entenderá reiniciado una vez se levante la presente suspensión”.

⁵³⁷ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9

⁵³⁸ Carpeta 02 Pruebas, 01 Demanda Inicial + Reforma, 05 Documentos UF9

El 26 de junio de 2020, esa acta de suspensión fue aclarada en el sentido de que la suspensión se extendería hasta cuando se produjera la ejecutoria del pronunciamiento definitivo de la modificación de la Licencia Ambiental:

“PRIMERO: Que la suspensión de las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las Intervenciones de tipo constructivo, cuyos alcances están especificados en el Apéndice Técnico 1 del Contrato, exclusivamente respecto de las Unidades Funcionales Nos. 8 y 9, tendrá efectos hasta tanto se obtenga el pronunciamiento definitivo de Modificación de la Licencia Ambiental, es decir, hasta la ejecutoria del Acto Administrativo que resolvió los recursos de reposición presentados por los terceros intervinientes de acuerdo a lo establecido en el Artículo Segundo de la Resolución 0585 del 01 de abril de 2020; con lo cual se entenderán superados los motivos que dieron lugar a la suspensión.”

Tal ejecutoria se produjo el 1 de julio de 2020, conforme ya fue analizado por el Tribunal.

La constatación de la suscripción de los dos EER y de la suspensión de las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo en la Unidad Funcional 9, no inciden en la atribución al Concesionario, del desplazamiento de la construcción de la Unidad Funcional 9 al periodo comprendido entre agosto de 2021 y junio de 2023, como consecuencia de la concreción del riesgo ambiental a su cargo.

Ello por cuanto el primer EER se dio con ocasión de la obtención de la licencia ambiental y no de su modificación y el segundo, solo exonera de responsabilidad al Concesionario entre el 3 de octubre de 2018 y febrero de 2019 mientras que el reclamo por mayor permanencia corresponde al periodo comprendido entre diciembre de 2020 y junio de 2023.

Finalmente, el convenio de suspender las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución de las intervenciones de tipo constructivo respecto de las Unidades Funcionales 8 y 9, no tiene el alcance pretendido por la Convocante de que la ANI deba responder por los costos asociados a la ejecución de tales intervenciones entre diciembre de 2020 y junio de 2023, su alcance se circunscribe a la no exigibilidad al Concesionario de la ejecución de esas intervenciones hasta cuando no obtuviera la modificación de la licencia ambiental, lo cual sucedió el 30 de junio de 2020.

Las consideraciones que anteceden llevan a la prosperidad de la pretensión 1.28 en el sentido de declarar que por razón de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, fue necesaria la modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto, lo que derivó en mayores costos que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir, en los términos precisados en las consideraciones que anteceden.

Por las mismas razones, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión 1.29 en el sentido de declarar que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños de Unidad Funcional 9, incluido el impacto económico que se deriva de la modificación de la Licencia Ambiental, pero solo en cuanto referidos al primer trámite de modificación ésta.

En igual sentido será la decisión en relación con la pretensión 1.30, frente a la cual el Tribunal accederá a declarar, con las precisiones contenidas en las consideraciones que anteceden en relación con los trámites de la licencia ambiental, que no corresponde a un riesgo a cargo de la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños, y el impacto económico de la modificación de la Licencia Ambiental otorgada el proyecto, en tanto tales ajustes o modificaciones a los diseños, tuvieron lugar para evitar un mayor costo para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y en cualquier caso, por hechos que le son ajenos y no imputables o por los que no debe responder.

Por similares razones, la pretensión 1.31 será parcialmente concedida en cuanto el Tribunal declarará que le corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumir los mayores costos que implicó el ajuste o modificación de los diseños de la Unidad Funcional 9, así como en cuanto declarar que le corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumir los mayores costos que implicó el primer trámite de modificación de la licencia ambiental.

Por otro aspecto, dado que en la pretensión 1.27, subyace como causa la demora en la ejecución de la Unidad Funcional 9 como consecuencia del trámite de modificación de la licencia ambiental, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, se accederá parcialmente en el sentido de declarar que de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. para la Unidad Funcional 9, se derivaron mayores costos directos e indirectos, en CAPEX y en permanencia de obra, que la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. no está obligada a asumir, referidos al desplazamiento de la obra como consecuencia del adelantamiento del primer trámite de modificación de la licencia ambiental.

3.5.8 La pretensión 1.23

“Que se declare que no todo impacto económico producto de los ajustes en los diseños que realice la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., configura un riesgo a su cargo, en tanto se deben revisar, para cada caso, las causas de los ajustes y la magnitud de sus efectos, de conformidad con el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 y la ley.”

El Tribunal negará esa pretensión por cuanto la conclusión a la que llegó en relación con la modificación al trazado de la segunda calzada de la Unidad Funcional 9, fue la atribución a la ANI del riesgo de diseño, pero frente a la demostración de que el cambio en el trazado tuvo como una de sus causas la falla de la ANI en la estructuración del proyecto, puntualmente en la identificación de interferencias de las redes de hidrocarburos y gas existentes cuyo costo de traslado implicó la modificación del trazado.

Carece de sustento legal y contractual afirmar que la configuración del riesgo impone en cada caso revisar las causas de los ajustes y la magnitud de sus efectos.

4. SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LAS COMPENSACIONES REALIZADAS A COMERCIANTES PARTICULARES EN LA UNIDAD FUNCIONAL 3.3 Y LAS COMPENSACIONES REALIZADAS A COMERCIANTES PARTICULARES EN LA UNIDAD FUNCIONAL 8

4.1 Posición de la Convocante

Las pretensiones que se incluyen en la demanda reformada en este punto son las siguientes:

“En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 3.3.

1.32. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las reclamaciones económicas realizadas por los comerciantes que estaban ubicados en la Unidad Funcional 3.3, tuvieron como causa hechos ajenos y no imputables a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. y por los que no debe responder.

1.33. Que se declare que no hace parte de las obligaciones a cargo de CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.34. Que se declare que no hace parte de los riesgos asumidos por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.35. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las compensaciones y/o indemnizaciones económicas realizadas (sic) por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3., configura un perjuicio que el CONCESIONARIO no está obligada a soportar.

1.36. Que se declare que CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a ser compensada y/o indemnizada por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

1.36.1. Pretensión subsidiaria a la 1.36. Que DECLARE que, conforme a la matriz de riesgos, en la distribución de riesgos ambientales, por tratarse de la materialización del riesgo denominado “sobrecosto por compensación socio-ambiental”, los gastos en los que incurrió la Concesionaria para caracterizar e indemnizar los perjuicios reclamados por los comerciantes de la UF 3.3. deben ser asumidos en partes equivalentes por la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. y la ANI.

En relación con las compensaciones realizadas a comerciantes particulares en la Unidad Funcional 8.

1.37. Que se declare que no hace parte de las obligaciones a cargo de CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones realizadas a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

1.38. Que se declare que no hace parte de los riesgos asumidos por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, asumir el costo de las compensaciones y/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

1.39. Que se declare que, según como quede probado en el proceso, las compensaciones y/o indemnizaciones económicas realizaras (sic) por CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8, configuran un perjuicio que la concesionara (sic) no está obligada a soportar.

1.40. Que se declare que CONCESIONARA RUTA DEL CACAO S.A.S. tiene derecho a ser compensada y/o indemnizada por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en las Unidad Funcional 8.” (Sic).

Las pretensiones que se acaban de transcribir se fundamentan en los siguientes hechos que invoca CRC y que se sintetizan a continuación.

De conformidad con la letra (d) de la Sección 2.5. del Apéndice Técnico n.º 1 del Contrato, el alcance que se contrató para los Subsectores 3.2. y 3.3. de la Unidad Funcional 3 es de Operación y Mantenimiento, lo cual no incluye construcción de variantes.

Desde la etapa de estructuración del proyecto se previó que una vez se pusieran en operación las Unidades Funcionales 5, 6 y 7, el tráfico pesado que transitaba por la Unidad Funcional 3 sería desviado. Esa circunstancia generó reclamaciones por parte de los comerciantes que se vieron afectados por la disminución del tráfico en su zona.

A pesar de que las reclamaciones de los comerciantes no hacen parte del alcance de las obligaciones del Concesionario, este las atendió y se reunió con los reclamantes, dejando a salvo frente a la ANI que la atención de dichas exigencias no hacía parte de las prestaciones del Concesionario. A juicio de CRC, esas afectaciones tienen por causa “la forma en la que el Estado concibió el Proyecto”⁵³⁹.

Mediante comunicaciones de julio de 2022 remitidas a la ANI, CRC informó acerca de la gestión adelantada para atender las quejas de los comerciantes en las Unidades Funcionales 3.3. y 8. De igual manera, el Concesionario le manifestó a la entidad que los pagos que haría a favor de los reclamantes no implicaba que CRC asumiera ninguna responsabilidad, sino que obedecía a los requerimientos de la Interventoría y las órdenes de ANI.

En desarrollo del Contrato, las partes reconocieron que era necesario hacer un cambio de trazado respecto de los diseños originales de la Unidad Funcional 8, por causa de la presencia de zonas inestables y coluviones activos (vd. Otrosí n.º 14).

CRC señaló que la Interventoría y la ANI dieron su no objeción al cambio de trazado de la Unidad Funcional 8 por cuanto representaba beneficios al proyecto y al interés público. La Interventoría presentó la no objeción a los diseños y la ANI aprobó el Plan de Obras que fue presentado por CRC.

⁵³⁹ Hecho 201 de la Demanda Reformada.

Debido al cambio de trazado de la Unidad Funcional 8, CRC presentó ante la ANI solicitud de modificación de la licencia ambiental que originalmente fue otorgada por la ANLA mediante Resolución n.º 763 del 30 de junio de 2017.

El 31 de diciembre de 2019, la ANLA expidió la Resolución n.º 02594 por medio de la cual se modificó la licencia que había sido expedida mediante Resolución n.º 763 de 30 de junio de 2017. Dicha modificación de licencia tuvo impactos negativos en los comerciantes de la Unidad Funcional 8, quienes hicieron protestas y manifestaciones ante la falta de solución de los problemas que tuvieron que enfrentar con ocasión del cambio de trazado.

CRC manifestó que como las protestas de los comerciantes tenían por causa la construcción del peaje la Angula lo que generó bloqueos a los accesos a los frentes de trabajo, el Concesionario solicitó la declaración de un Evento Eximente de Responsabilidad y la búsqueda de una solución mediante un Panel de Amigable Composición, toda vez que, a su juicio, la situación se encontraba fuera del control de CRC.

ANI y la Interventoría no acogieron la solicitud de CRC y le solicitaron continuar con la estrategia de mitigación de riesgos.

El 28 de julio de 2022, la directora del Proyecto y los comerciantes se reunieron y celebraron acuerdos con el propósito de levantar los bloqueos y permitir el acceso a la Unidad Funcional 8, a cambio, entre otras, de pagos a los comerciantes.

La ANI negó el reconocimiento a CRC de los pagos hechos por concepto de compensaciones a los comerciantes en las Unidades Funcionales 3.3. y 8.

En respuesta a requerimientos de la Interventoría, CRC manifestó que en su entendimiento, conforme a la Resolución n.º 2594 de 31 de diciembre de 2019 por la que se modificó la Licencia Ambiental, la construcción de un parador para los comerciantes no se incluyó como obligación a cargo del Concesionario.

CRC consideró que los gastos de compensación deben girarse de la Subcuenta de Compensaciones Ambientales conforme a la letra (f) del numeral 8.1 de la Parte General del Contrato.

En sus alegaciones finales, CRC reiteró que las obligaciones ambientales y de gestión social asignadas al Concesionario –en particular en la Parte General (Sección 8.1) y en los Apéndices Técnicos 6 y 8– no se incluye el pago de compensaciones económicas a los comerciantes. El pago de dichas compensaciones tampoco forma parte de los riesgos a cargo de CRC, por lo cual el desembolso efectuado por el Concesionario “*configura un perjuicio que el CONCESIONARIO no está obligado a soportar*”⁵⁴⁰.

4.2 Posición de la Convocada

⁵⁴⁰ § 322, p. 90, alegaciones finales de CRC.

En la contestación de la demanda reformada, la ANI se opuso a cada una de las pretensiones que se examinan en este acápite.

Para la ANI, es responsabilidad del Concesionario aplicar los mecanismos para cumplir con la Gestión Social del Proyecto.

Las compensaciones para los comerciantes se originan en una decisión de última hora de CRC, en la que no participaron la ANI ni la Interventoría, por tratarse de un nuevo trazado y corredor vial para la construcción de la Unidad Funcional 8.

El valor de las compensaciones a los comerciantes está comprendido en el cumplimiento de obligaciones contractuales del área ambiental del Apéndice Técnico 6 y en la ficha del Plan de Manejo Ambiental cuyos fondos no pueden provenir de la ANI.

El cambio de trazado de la Unidad Funcional 8 fue iniciativa del Concesionario y se presentó bajo su cuenta y riesgo, según da cuenta el Otrosí n.º 14.

Para la ANI, el cumplimiento de lo establecido en los permisos ambientales, incluida la Licencia Ambiental, corresponde a la gestión ambiental que está a cargo de CRC. Se trata de costos de gestión a cargo de CRC que no pueden ser asumidos por la Entidad.

En sus alegaciones finales la ANI reiteró que la Gestión Social está a cargo del Concesionario que debe adelantarla por su cuenta y riesgo. De igual manera, reiteró que el costo de las compensaciones que fueron exigidas por los comerciantes forma parte de los riesgos del Concesionario y por tanto es un asunto ajeno a la ANI.

4.3 El concepto del Ministerio Público

En su concepto final, el Ministerio Público manifestó que, a partir de los dictámenes aportados por cada una de las partes, no le asiste razón a CRC en sus pretensiones relacionadas con las compensaciones pagadas a los comerciantes.

En el caso de la Unidad Funcional 8, los pagos tuvieron origen en compromisos adquiridos por CRC con ocasión del ajuste de diseños y la modificación de la licencia ambiental. Para el Ministerio Público no existen pruebas de que la ANI o la Interventoría hayan participado en el proceso de reconocimiento de tales compensaciones, por lo cual al ser decisiones autónomas del Concesionario, no comprometen la responsabilidad de ANI.

El Ministerio Público señaló que tampoco hay prueba de que CRC realizó pagos a los comerciantes, sino que se trata de erogaciones hechas por un tercero que no tiene relación contractual con la ANI y que no puede ser cobijado por el pacto arbitral que da origen a este trámite.

Bajo esa línea de argumentación, el concepto del Ministerio Público solicita que se nieguen las pretensiones que se examinan en este acápite.

4.4 Consideraciones del Tribunal

El laudo se ocupa de las pretensiones que se transcriben al inicio de este acápite para lo cual analizará las condiciones que dieron origen a las inconformidades y protestas de los comerciantes, así como la eventual intervención de la ANI y de la Interventoría en las decisiones relativas a esa problemática. De igual manera, se examinará si esta materia forma parte de la Gestión Social y Ambiental del Proyecto y si encuentra alguna consagración en los riesgos asignados a las partes del Contrato, punto este último en el que las partes tienen notorias divergencias.

4.4.1 Los hechos por los que reclama CRC

En cuanto a lo ocurrido en la Unidad Funcional 3.3., está reconocido por las partes que la entrada en operación de las Unidades Funcionales 5, 6 y 7 representó una desviación del tráfico pesado que transitaba por la Unidad Funcional 3. Dicha circunstancia fue plasmada en el Contrato, en los siguientes términos:

“(ii) Una vez terminadas las Unidades Funcionales 5, 6 y 7, el concepto de Transitabilidad para la Unidad Funcional 3 quedará circunscrito al paso de vehículos livianos Categoría 1, 2 y 3 de forma que segura para el usuario, en vía pavimentada y con la señalización correspondiente.”⁵⁴¹

Se trata entonces de una circunstancia que fue prevista por las partes y respecto de la cual no hay lugar a predicar imprevisibilidad por cuanto, en alguna medida, lo ocurrido con el tránsito de vehículos pesados fue contemplado por las partes como consecuencia de la construcción y operación de las Unidades Funcionales 5, 6 y 7.

El cambio del tráfico en la Unidad Funcional 3 tuvo repercusiones en las actividades de los comerciantes que se encontraban ubicados en dicha vía por cuanto, al reducirse el tráfico pesado que se desvió hacia las Unidades Funcionales 5, 6 y 7, los comerciantes experimentaron una reducción del número de visitantes o de potenciales clientes que pudieran comprar sus productos.

La circunstancia descrita tuvo como consecuencia un impacto en las actividades económicas de los comerciantes que se encontraban ubicados en la Unidad Funcional 3 quienes utilizaron mecanismos de presión tales como manifestaciones y bloqueos, en protesta por las afectaciones del comercio.

En cuanto a la Unidad Funcional 8, las partes acordaron hacer un cambio de trazado respecto de los diseños originales de dicha Unidad Funcional 8. Para ese propósito, se suscribió el Otrosí n.º 14 cuyo origen, según se lee en el propio Otrosí, es el cambio de trazado por causa de coluviones y zonas inestables, así como las protestas de la comunidad.

De igual manera, consta en dicho instrumento que, mediante escrito de 11 de octubre de 2016, CRC presentó Estudio de Trazados y Diseño Geométrico para la Unidad Funcional 8. Por su parte, mediante escrito de 13 de octubre de 2016, tales diseños fueron no objetados por la Interventoría.

⁵⁴¹ Parte Especial del Contrato, Sección 3.9.1, letra c.

En adición, el Interventor, Consorcio BBY, dio concepto favorable para la suscripción del Otrosí n.º 14, cuyo objeto principal fue la reubicación del puente peatonal y la inclusión de actividades de rehabilitación. Según pactaron las partes, dicho cambio de trazado constituye una intervención de mejoramiento, en los términos de la Sección 4.1.(a)(ii) del Apéndice Técnico n.º 1.

El 31 de diciembre de 2019, la ANLA expidió la Resolución n.º 2594 por medio de la cual se modificó la licencia ambiental que había sido expedida mediante Resolución n.º 763 de 30 de junio de 2017.

El cambio de trazado, que se refleja en la modificación de la licencia ambiental tuvo impactos negativos en los comerciantes de la Unidad Funcional 8, quienes por tal razón, hicieron protestas y manifestaciones ante la falta de solución de los problemas que tuvieron que enfrentar con ocasión de las referidas modificaciones.

4.4.2 Marco conceptual de la controversia

Con el fin de analizar y resolver las pretensiones bajo examen resulta pertinente trazar el marco contractual en el que se ubica la materia a la que se refiere esta controversia. El tema relativo a esta problemática forma parte de lo que en el Contrato se denomina Gestión Social y Ambiental, como se desarrolla a continuación.

Según la definición contenida en la Parte General del Contrato, la Gestión Social y Ambiental es *“el conjunto de obligaciones a cargo del Concesionario relacionadas con el cumplimiento oportuno y eficaz de la Ley Aplicable en materia ambiental y social con relación al desarrollo del Proyecto, así como de las mejores prácticas que garanticen un adecuado desempeño ambiental y social del mismo”*⁵⁴².

Lo primero que destaca de la definición contractual es que se trata de prestaciones que fueron asignadas al Concesionario y cuyo cumplimiento está a su cargo. Por disposición contractual, CRC es quien debe dar cumplimiento a este grupo de prestaciones de carácter ambiental y social.

Aun cuando en lo nominal y también en varios instrumentos contractuales se tratan en forma indistinta y simultánea las obligaciones en materia ambiental y social, en la propia definición se distingue el origen de este tipo de prestaciones del Concesionario: lo ambiental y lo social.

Por consiguiente, son prestaciones a cargo del Concesionario cuyo objeto es el cumplimiento de las normas legales ambientales y sociales relacionadas con el Proyecto, así como la ejecución de mejores prácticas que beneficien el desarrollo ambiental y social del mismo.

La Sección 8.1 de la Parte General del Contrato se ocupa de la Gestión Social y Ambiental y bajo la letra (a) reitera que se trata de una responsabilidad del Concesionario, *“quien desarrollará dicha labor atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y*

⁵⁴² Parte General del Contrato, núm. 1.78.

responsabilidades establecidas en los Apéndices Técnicos 6 y 8 del presente Contrato, de conformidad con la ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia, así como la Constitución Política de Colombia –y las normas que la desarrollen– en lo relativo a consultas con comunidades indígenas y afrodescendientes, de acuerdo con la Ley Aplicable”.

Para el cumplimiento de la Gestión Social y Ambiental se acordó el mecanismo de Compensaciones Ambientales (letra (c) *ibidem*) que también deben ser realizadas por el Concesionario. Respecto de los recursos con los cuales se deben efectuar dichas Compensaciones, se dispuso la Subcuenta Compensaciones Ambientales cuyos recursos serán destinados *exclusivamente* a las Compensaciones Ambientales.

Respecto de los *“demás gastos asociados a la Gestión Social y Ambiental serán asumidos por el Concesionario, a su cuenta y riesgo”*.

De las estipulaciones que se acaban de referir puede concluirse que para las Compensaciones Ambientales a cargo del Concesionario se destinaron los fondos de la Subcuenta Compensaciones Ambientales, cuyos recursos se destinan *exclusivamente* a cubrir este tipo de compensaciones, vale decir aquellas derivadas de la Gestión Ambiental.

En adición, se acordó que los demás gastos asociados a la Gestión Social y Ambiental –en particular aquellos propios a la Gestión Social– serán asumidos por cuenta y riesgo del Concesionario. Expresado en otras palabras, la Subcuenta Compensaciones Ambientales se destina a cubrir Compensaciones propias de la Gestión Ambiental *exclusivamente*, al paso que aquellas que tengan origen en la Gestión Social son por cuenta y riesgo del Concesionario.

Por su parte, el Capítulo XIII de la Parte General del Contrato se refiere a la Ecuación Contractual y Asignación de Riesgos. En la sección 13.2 se estipulan los riesgos asignados al Concesionario, entre los que resulta pertinente para la materia bajo análisis, el siguiente que se encuentra bajo la letra (a):

“(ix). Salvo por las coberturas a cargo de ANI expresamente previstas en el presente Contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados de la Gestión Social y Ambiental, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario efectuar la Gestión Social y Ambiental y cumplir al respecto con la Ley Aplicable.”

En la línea de las estipulaciones ya citadas, pero desde la asignación de riesgos, se reitera que, por regla general, el riesgo por la Gestión Social y Ambiental es del Concesionario y se adiciona que se trata de una obligación de resultado, a su cargo.

En el mismo sentido de lo dispuesto en la Parte General, el Apéndice Técnico 8 que se refiere a la Gestión Social del Proyecto estipula entre las obligaciones a cargo del Concesionario (Sección 4.1) la de ejecutar, por su propia cuenta y riesgo, la Gestión Social del Proyecto, de conformidad con la Constitución Política, la Ley Aplicable, el Contrato y sus Apéndices, sin perjuicio de lo previsto respecto de la financiación de Compensaciones Socioeconómicas y los Reasentamientos (letra (a)).

Bajo la letra (k) de la misma Sección 4.1. del Apéndice Técnico 8, se estipula como obligación del Concesionario *“Mantener indemne a la ANI por cualquier reclamación proveniente de terceros y originada en sus actuaciones de Gestión Social, en los términos señalado en la Sección 14.3 de la Parte General”* (sic). Por consiguiente, además de la obligación de llevar a cabo la Gestión Social por su cuenta y riesgo, el Concesionario debe mantener indemne a la ANI por cualquier reclamación que provenga de terceros que tenga origen en actuaciones propias de la Gestión Social.

El Apéndice Técnico Social 8, describe los objetivos de la Gestión Social entre los cuales señala el desarrollo de planes y actividades que reduzcan o mitiguen los impactos negativos en las comunidades; la articulación del impacto social y económico derivado de las intervenciones del Proyecto con el desarrollo de las comunidades; la creación de instrumentos e instancias de planeación que permitan la ordenada relación de las comunidades y su territorio con el Proyecto.

Respecto de lo acaecido con la Unidad Funcional 8, si bien no se encuentra tipificada en el Contrato obligación a cargo de CRC de efectuar pagos de compensaciones económicas a los perjudicados por la ejecución del proyecto –como lo sostiene CRC⁵⁴³–, no puede desconocerse que fue voluntad de las partes, conforme al Apéndice Técnico 8, que la Gestión Social estuviera a cargo del Concesionario, que además tiene una obligación de indemnidad frente a la ANI, según la cual la Entidad no tendría que asumir pago alguno por ese concepto.

El pago de compensaciones sociales, materia de la que se ocupa este acápite, es una forma de asumir la responsabilidad por la Gestión Social del Proyecto frente a una comunidad y bajo ese entendimiento, el hecho de que no se haya estipulado como prestación específica de CRC el pago de dichas compensaciones sociales, no puede concluirse que la Gestión Social no sea de su resorte cuando, conforme se ha relacionado en varios instrumentos contractuales, se trata de una responsabilidad que le fue asignada al Concesionario.

Bajo esa línea de análisis, no tiene respaldo en las disposiciones contractuales la argumentación de CRC según la cual, *“de existir alguna obligación atribuible al CONCESIONARIO, esta se limitaba exclusivamente a la construcción del parador, y nada más ni distinto a eso. Por tanto, resulta injustificado interpretar que dicha obligación incluyera el pago de compensaciones económicas, como ocurrió finalmente debido a las presiones ejercidas por la comunidad”*⁵⁴⁴.

Si bien los instrumentos contractuales no incorporan un catálogo en el que se asignen en forma individual las obligaciones del Concesionario derivadas de la Gestión Social, no puede interpretarse que por ello, no hay prestación alguna de CRC en este frente o cuando menos, solamente aquella que se derive de la Licencia Ambiental. Ese entendimiento privaría de eficacia estipulaciones generales que ya se han analizado y cuya observancia vincula a las partes. Dichas disposiciones contractuales se refieren, de modo general, a que la Gestión Ambiental y Social del Proyecto está a cargo del Concesionario, para lo cual se acordaron las Compensaciones Ambientales que el Concesionario debe realizar, así como la cláusula

⁵⁴³ §§ 346 y siguientes de los alegatos finales de CRC.

⁵⁴⁴ § 354 de los alegatos finales de CRC.

según la cual los demás gastos vinculados con la Gestión Social, también serán asumidos por cuenta y riesgo de CRC.

Expresado en otras palabras, sostener que el Concesionario no tiene obligación de atender las compensaciones sociales a los comerciantes por cuanto el Contrato no prevé el pago de tal resarcimiento, llevaría a desconocer la voluntad de las partes según la cual todos los gastos vinculados a la Gestión Ambiental y Social fue asumida por cuenta y riesgo del Concesionario.

En lo que se refiere a la Unidad Funcional 3, como se señaló líneas atrás, se trata de hechos respecto de los cuales no hay imprevisibilidad en tanto lo que ocurriría fue una circunstancia contemplada desde la celebración del Contrato. Por esa consideración, aparejada de las estipulaciones relativas a que la Gestión Social está a cargo del Concesionario, amén de que al suscribir el Contrato CRC no hizo reserva o salvedad alguna en relación con las responsabilidades de índole social que tuvieran origen en la transitabilidad de la Unidad Funcional 3, debe darse aplicación al régimen acordado en el Contrato respecto de la responsabilidad de la Gestión Social, con independencia de que los hechos sean o no atribuibles al Concesionario ya que su obligación es responder por la Gestión Social del Proyecto, por su cuenta y riesgo.

En cuanto a la Matriz de Riesgos del Proyecto, en la demanda reformada, bajo la pretensión 1.36.1 (subsidiaria a la pretensión 1.36) se solicita que se declare que *“por tratarse de la materialización del riesgo denominado ‘sobrecosto por compensación socio-ambiental’*, los gastos en los que haya incurrido CRC por concepto de compensaciones a los comerciantes deben ser asumidos en porciones equivalentes por ambas partes.

Con esta petición subsidiaria, CRC pretende obtener el reembolso de lo que ha pagado por compensaciones a comerciantes mediante un mecanismo excepcional al régimen de riesgos contenido en el Contrato y analizado *supra*, según el cual la Gestión Ambiental y Social así como los gastos derivados de dichas actividades se asignaron al Concesionario.

Por una parte, no se encuentra en la Matriz de Riesgos desarrollo conceptual sobre el alcance del riesgo denominado *‘sobrecosto por compensación socio-ambiental’*. Por otra, tampoco está acreditado que el pago de compensaciones a los comerciantes configure la materialización del referido riesgo y –se reitera– la configuración de una excepción a la asignación hecha en el Contrato, por lo cual no se accederá a la pretensión 1.36.1. En adición, no puede perderse de vista que en la cláusula 7 del Otrosí n.º 14 las partes expresamente acordaron que la suscripción de dicho instrumento no implica ningún cambio en la estructura de riesgos del Capítulo 13 de la Parte General.

Por último, el Apéndice Técnico 6 que se refiere a la Gestión Ambiental no incorpora una regulación específica e independiente para la Gestión Social, sino que la vincula con la Gestión Ambiental y por lo tanto, para lo que es materia de las pretensiones que se examinan, no contiene estipulaciones que resulten pertinentes.

4.4.3 La Resolución n.º 2594 de 31 de diciembre de 2019

Como quedó referido líneas atrás, el 31 de diciembre de 2019, la ANLA expidió la Resolución n.º 2594 por medio de la cual modificó la licencia ambiental que había sido expedida mediante Resolución n.º 763 de 30 de junio de 2017.

Aun cuando la resolución n.º 2594, como es natural, se ocupa en forma minuciosa de las materias ambientales relativas al cambio de trazado que fue acordado por las partes, también incluye algunas referencias específicas –y de alguna manera ocasionales– a la materia de la que se ocupa este acápite del laudo. Las partes también han hecho visibles sus diferencias en relación con el alcance de dicha resolución frente a la problemática que se analiza.

Como se indicó, las referencias son eventuales, respecto de las repercusiones de orden social que el cambio de trazado pudiera tener, la Resolución expresa lo siguiente:

“Esta Autoridad no puede desconocer que dentro del área del proyecto se desarrolla y existen actividades económicas en condiciones jurídicas diferentes, en ese sentido, la Concesionaria menciona y propone medidas de manejo para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar aquellas unidades de negocios constituidas de forma legal y que se analizarán más adelante; sin embargo, es claro que todas las unidades de negocio serán afectadas por la construcción o por la operación. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Autoridad considera necesario que para aquellas unidades de negocios no incluidas dentro de las medidas de manejo, la Concesionaria desarrollará acciones orientadas enseñar o capacitar esta población en temas de emprendimiento o empoderamiento productivos; para ello deberá incluir a estos actores en su programa de capacitación”⁵⁴⁵ (sic).

De igual manera, la resolución de la ANLA da cuenta de que en la Audiencia Pública Ambiental (que tuvo lugar el 24 de noviembre de 2019) se trató el tema de las compensaciones sociales por parte de participantes con actividades económicas en la vía.

En el artículo 10 de la parte resolutive, se impusieron obligaciones a CRC relacionadas con el cumplimiento de programas y/o fichas del Plan de Manejo Ambiental. Entre dichos programas, se incluyó la referencia al Plan de gestión social, que refiere actividades de atención a la comunidad, a la participación comunitaria y a la capacitación, educación y concientización de la comunidad, entre otros. Dichas referencias son de carácter genérico y no existe especificación de las prestaciones a cargo de CRC.

En el artículo 22, la resolución impuso la siguiente obligación a CRC: *“... desarrollar acciones orientadas a enseñar o capacitar a la población que realice actividades económicas sobre la vía existente, cuya condición sea no formal, identificados con el complemento del estudio de impacto ambiental, sobre temas de emprendimiento o empoderamiento productivos, durante los primeros 3 meses de construcción. Los temas de capacitación deberán estar entre otros enfocados al emprendimiento individual y colectivo, a la formalización de la actividad, a la creación de otras actividades productivas y al fortalecimiento de las mismas, nuevas o establecidas. Los registros documentales deberán ser presentados en el informe de cumplimiento ambiental siguiente a los primeros 3 meses de construcción.”*

⁵⁴⁵ Resolución 2594, p. 143.

El contenido de la resolución n.º 2594 bajo examen permite concluir que la problemática relativa a los comerciantes y a las compensaciones sociales se trató de manera tangencial y, por lo general, referida a las causas de orden ambiental que pudieran afectar a los lugareños. Es claro que el objeto de dicha resolución era modificar la Licencia Ambiental que fue expedida mediante Resolución n.º 763 de 30 de junio de 2017, con ocasión del cambio de trazado acordado por las partes.

En ese contexto, conforme a la resolución bajo examen, no existe obligación a cargo de la ANI respecto de la problemática social que pudiera generarse como consecuencia del cambio de trazado. Por el contrario, del texto de la resolución –cuyos apartes pertinentes se transcriben *supra*– se concluye que la responsabilidad y las actividades de orden social que pudieran originarse por el cambio de trazado y en las nuevas condiciones ambientales que fueron avaladas por la ANLA están a cargo del Concesionario.

Como quedó transcrito, la resolución da cuenta de que fue el propio Concesionario el que propuso medidas de manejo para prevenir, mitigar, corregir, e incluso la de “compensar” aquellas unidades de negocios que resultaran afectadas por la construcción y la operación de la vía. Del referido acto administrativo no puede inferirse que la ANI haya asumido alguna obligación, carga o responsabilidad frente a dichos comerciantes, conclusiones que se armonizan con las estipulaciones contractuales que disciplinan la materia y que fueron examinadas en precedencia.

4.4.4 Pruebas documentales

En la demanda reformada y en sus alegaciones finales, CRC cita varias comunicaciones en las que el propio Concesionario expone su entendimiento respecto de la materia relativa a las compensaciones sociales y le manifiesta a la ANI, en esencia, que las obligaciones atinentes al pago de compensaciones sociales no forman parte del alcance de sus prestaciones y que, bajo ese entendimiento, le corresponde a la Entidad asumir el valor respectivo. A manera de ejemplo, respecto de lo ocurrido en la Unidad Funcional 3 pueden citarse las siguientes comunicaciones, ambas de 2022.

Comunicación RDC-2022-07-02814-S de 11 de julio de 2022 mediante la cual CRC manifiesta que como quiera que el trazado de la Unidad Funcional 3.3 fue definido por ANI, el pago de compensaciones a los comerciantes no forma parte del alcance contractual de CRC y debió ser previsto por ANI, al estructurar el Proyecto. En esta comunicación CRC insiste en que el pago de compensaciones a los comerciantes excede el alcance de las obligaciones del Concesionario, por razones similares a las que ha planteado en este trámite.

Visto en perspectiva, se trata de un documento producido durante la ejecución del Contrato y casi siete años después de su celebración, cuando CRC asumió en forma voluntaria la responsabilidad por la Gestión Social del Proyecto, a sabiendas de las implicaciones del tráfico en la Unidad Funcional 3.

CRC alude también a la comunicación de RDC-2022-07-03611 de 28 de julio de 2022 en la que le manifestó a la ANI que “*en atención a los requerimientos efectuados por la interventoría, las órdenes impartidas por la Agencia Nacional de Infraestructura...*”, el Concesionario se vio forzado a llevar a cabo las negociaciones con los comerciantes y a efectuar los pagos

correspondientes. Agregó no estar de acuerdo con dicha situación y dejó a salvo la posibilidad de efectuar las reclamaciones a las que hubiera lugar.

Respecto de este documento, se encuentra, que también fue emitido en 2022, esto es con posterioridad a la celebración del Contrato y cuando la problemática de los comerciantes ya se había presentado.

Por otra parte, obra en el expediente⁵⁴⁶ la comunicación con radicado ANI n.º 20226030189691 de 29 de junio de 2022, en la que la ANI reitera su postura de que fue el Concesionario quien se comprometió a llevar a cabo las acciones tendientes a dar cumplimiento a los compromisos con la comunidad y en la medida en que la Gestión Social es por su cuenta y riesgo, la ANI “no presenta objeción” a la metodología para el pago de compensaciones a los comerciantes.

También obra la comunicación con radicado ANI n.º 20226030271951 de 5 de septiembre de 2022 en la que la ANI ratifica su entendimiento sobre la materia bajo examen y señala que es del resorte de CRC evaluar y determinar en cada caso si procede o no la compensación toda vez que la metodología fue hecha por el propio Concesionario y, en esa medida, es un tema ajeno a ANI.

En la misma comunicación, con relación a la Unidad Funcional 8, la ANI reiteró a CRC que los compromisos frente a la comunidad son a cargo y por cuenta y riesgo del Concesionario y no son responsabilidad de la Entidad.

En la contestación de la demanda reformada ANI manifestó que varias de las comunicaciones invocadas por CRC no fueron radicadas en la Entidad. Al margen de dicha circunstancia, CRC alude a requerimientos efectuados por la Interventoría y órdenes de la ANI para negociar y asumir las compensaciones a los comerciantes. Al respecto, no se encuentra prueba que acredite las circunstancias concretas referidas por el Concesionario. Fuera del propio dicho de CRC en sus comunicaciones, no se halla otro elemento que demuestre que hubo órdenes o requerimientos provenientes de la Interventoría o de ANI hacia CRC con el propósito señalado.

En las comunicaciones provenientes de la ANI se refleja la postura de la Entidad en el sentido de que se trata de una materia que es del resorte del Concesionario y de su cuenta y riesgo, mas no se leen requerimientos u órdenes encaminadas al pago de compensaciones o a la forma en la que debería adelantarse la negociación con los comerciantes. La ANI dejó en manos de CRC la gestión de la problemática de los comerciantes sin aceptar responsabilidad o participación en las medidas de mitigación, ni mucho menos en su cumplimiento o satisfacción.

Ante esa circunstancia, el laudo acoge en este punto el planteamiento del Ministerio Público, según el cual no está acreditado que la ANI o la Interventoría hayan participado en el proceso de reconocimiento de las compensaciones a los comerciantes y por lo tanto, las

⁵⁴⁶ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 11 exhibición documentos ANI, literal n) Conceptos Int Comp UF 3.3 Y 8, Doc. 11 “20226030189691”.

decisiones del Concesionario en este frente –propias de la Gestión Social– no vinculan a la Entidad.

4.4.5 Decisión del Tribunal

Con apoyo en las consideraciones que anteceden y en los elementos de prueba reseñados, se concluye lo siguiente en relación con las pretensiones de las que se ocupa este acápite del laudo.

Pretensión 1.32.: se declarará que prospera en forma parcial. Se accederá a declarar que las reclamaciones económicas de los comerciantes que estaban ubicados en la Unidad Funcional 3.3. tuvieron como causa hechos ajenos y no imputables a CRC. Sin embargo, no se declarará que el Concesionario no debe responder por dichas reclamaciones, toda vez que la Gestión Social está a su cargo y es por su cuenta y riesgo.

Pretensión 1.33.: no se accederá a declarar que no forma parte de las obligaciones del Concesionario asumir el costo de las compensaciones e/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

Pretensión 1.34.: dentro del marco de obligaciones analizado y con el alcance descrito en las consideraciones que anteceden, no se declarará que no hace parte de los riesgos a cargo de CRC asumir el costo de las compensaciones e/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

Pretensión 1.35.: no se accederá a declarar que las compensaciones e/o indemnizaciones económicas hechas por CRC a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3. constituye un perjuicio que el Concesionario no está obligado a soportar.

Pretensión 1.36.: no se declarará que CRC tiene derecho a ser compensada e/o indemnizada por la ANI por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 3.3.

Pretensión 1.36.1. Subsidiaria a la 1.36.: no se declarará que conforme a la matriz de riesgos, por tratarse de la materialización del riesgo “sobrecosto por compensación socio-ambiental”, los gastos en los que incurrió CRC para compensar e/o indemnizar los perjuicios reclamados por los comerciantes de la Unidad Funcional 3.3. deben ser asumidos en cuotas equivalentes entre las partes.

Pretensión 1.37.: no se declarará que no hace parte de las obligaciones a cargo de CRC en el marco del Contrato, asumir el costo de las compensaciones e/o indemnizaciones realizadas a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

Pretensión 1.38.: no se declarará que no hace parte de los riesgos asumidos por CRC en el marco del Contrato, asumir el costo de las compensaciones e/o indemnizaciones exigidas por los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

Pretensión 1.39.: no se declarará que las compensaciones e/o indemnizaciones pagadas a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8 configuran un perjuicio que CRC no está obligada a soportar.

Pretensión 1.40.: no se declarará que CRC tiene derecho a ser compensada e/o indemnizada por la ANI, por los pagos que realizó a los comerciantes ubicados en la Unidad Funcional 8.

Como consecuencia de las decisiones que anteceden, se negarán las pretensiones de condena 2.5. y 2.6. de la demanda reformada encaminadas a que se condene a la ANI a pagar a CRC el valor correspondiente a las compensaciones e/o indemnizaciones realizadas a los comerciantes de las Unidades Funcionales 3 y 8.

5. SOBRE LAS PRETENSIONES DE CONDENAS

5.1. La alegada “Falta de aptitud de los dictámenes periciales de la convocante”.

Como introducción al análisis de las pretensiones de condena, el Tribunal considera importante referirse a lo planteado por la Convocada en el sentido de que CRC no tiene derecho a recibir las condenas que reclama en sus pretensiones, en tanto las sumas que persigue no fueron pagadas por CRC sino por el Contratista Constructor, Consorcio Ferrocol Santander y por razón de lo anterior, alega, además, “Falta de aptitud de los dictámenes periciales de la convocante”.

5.1.1 La posición de la Convocada y del Ministerio Público

En sus alegaciones finales, al proponer la “Falta de aptitud de los dictámenes periciales de la convocante”, la ANI manifestó lo siguiente:

“Al respecto, se debe destacar que las fuentes de información utilizada para obtener los cambios en las cantidades de obra se sustentan sobre certificados de terceros distintos a la firma concesionaria; lo cual no genera prueba de que los hechos se hayan materializado así la para Concesionaria Ruta del Cacao, es decir, no han sido pagados por el concesionario sino por el Consorcio Ferrocol Santander; quien no tiene vinculo contractual con la ANI. Por este motivo y en concordancia con el numeral 8.3.2.1 de este dictamen, la pericia dictamina que no es procedente técnica y financieramente hacer análisis adicionales”⁵⁴⁷. (sic)

Como consecuencia de este planteamiento, ANI sostiene que las pretensiones económicas de la Convocante quedan sin sustento pues el peritaje no comprueba que CRC haya “incurrido en los pagos que hoy pretende”.

En línea semejante, el concepto del señor Agente del Ministerio Público se refiere a esta materia en los siguientes términos. En cuanto a las compensaciones que se entregaron a los comerciantes en las Unidades Funcionales 3.3. y 8, el referido concepto –con apoyo en el dictamen de contradicción que fue elaborado por Oscar Andrés Rosas Páez - Opzion Company y aportado por ANI, concluye que las sumas que se han pagado por concepto de

⁵⁴⁷ Alegatos de conclusión de ANI, p. 4.

las referidas compensaciones no fueron pagadas por el Concesionario sino por el Consorcio Ferrocol Santander, que no tiene vínculo contractual con la ANI.

El concepto del Ministerio Público remata que no existe prueba de que el Concesionario realizó los pagos a los comerciantes, sino que los hizo un tercero (Consorcio Ferrocol Santander) que no tiene relación contractual con la ANI y que es ajeno al pacto arbitral.

De igual manera, al referirse a las pretensiones de condena 2.1 a 2.6 de la demanda reformada, el Concepto del Ministerio Público sostiene que los pagos por los que reclama CRC *“no han salido de su patrimonio”* sino que han sido hechos por el Consorcio Ferrocol Santander, que es ajeno a este arbitraje.

5.1.2 La posición de la Convocante

CRC en sus alegaciones finales se refirió a la temática relativa a las pretensiones de condena de la demanda reformada.

CRC reprocha el argumento de ANI por cuanto estima que la Entidad es conocedora de la calidad en la que actúa el Consorcio Ferrocol Santander en el Proyecto y de las reglas contractuales que rigen dicha relación contractual, en particular aquellas que se refieren al Contratista Constructor (Sección 1.32 de la Parte General), a quien se le traslada la ejecución material del objeto contractual.

Afirma CRC que *“es obvio”* que las acciones y omisiones del Contratista afectan la ejecución contractual, por lo cual el Contrato prevé, entre otras disposiciones, que el Concesionario es responsable por el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del Contratista y de los Subcontratistas. Por otra parte, la demora en el cumplimiento del Contratista puede configurar un Evento Eximente de Responsabilidad, conforme a las estipulaciones contractuales.

A juicio de CRC, *“el alcance de las obligaciones del Contratista no son otras que las del CONCESIONARIO”*⁵⁴⁸ (sic), por lo cual aquel debe constituir garantías en favor de este para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

En ese contexto, para CRC los mayores costos que reclama en este arbitraje son aquellos que no están previstos en el Proyecto que el Concesionario ejecuta a través del Contratista.

En el caso de las intervenciones en los subsectores 1.2 y 1.4 de la Unidad Funcional 1, se trata de costos no previstos, que exceden el alcance de las obligaciones y de los riesgos de CRC y, por lo tanto, del Contratista.

En cuanto a los mayores costos de la Unidad Funcional 9, se trata de riesgos que no fueron asignados a CRC y por ende no están dentro del alcance del Contrato que ejecuta el Contratista.

Lo mismo ocurre respecto de las compensaciones sociales correspondientes a las Unidades Funcionales 3,3 y 8.

⁵⁴⁸ § 399, alegaciones de CRC.

En el marco de esa relación entre Concesionario y Contratista se suscribieron los documentos de Acuerdo de Reconocimiento de Costos y Perjuicios por Pago entre dichas partes, en los cuales se convino: *“el reconocimiento y pago al Consorcio de los perjuicios sufridos por los pagos realizados a los comerciantes de las Unidades Funcionales 3.3. y 8, por concepto de compensaciones por la disminución de flujo de tráfico vehicular en estas Unidades Funcionales”*.

Por lo anterior, CRC acordó reconocer y pagar al Contratista las compensaciones económicas que realizó y frente a *“la reclamación presentada por FERROCOL al CONCESIONARIO”*, este último tiene la obligación de reconocer los montos correspondientes al Contratista.

Lo mismo ocurre respecto de las reclamaciones por los costos y perjuicios por las Unidades Funcionales 1.2 y 1.3 y por el cambio de trazado de la Unidad Funcional 9 que CRC reclama en este asunto.

5.1.3 Consideraciones del Tribunal

Corresponde resolver en este punto si CRC tiene derecho a recibir las condenas que reclama en sus pretensiones, a pesar de que, según lo sostienen la Convocada y el Ministerio Público, con apoyo en el peritaje aportado por ANI, las sumas que pretende no fueron pagadas por CRC sino por el Contratista, Consorcio Ferrocol Santander.

Nótese que la argumentación propuesta en este punto por la Convocada y el Ministerio Público se plantea en términos de que la Convocante no tiene derecho por cuanto no ha efectuado los gastos que reclama y no se refiere a falta de legitimación para reclamar, ni a falta de competencia del Tribunal por cuanto se reclama para un tercero.

La sección 1.32 de la Parte General del Contrato define a los Contratistas:

“Son las personas jurídicas, naturales, estructuras plurales o cualquier figura asociativa permitida por la Ley, integradas por varias personas, con quienes el Concesionario suscribe el Contrato de Construcción, el Contrato de Diseño y/o el Contrato de Operación y Mantenimiento en los términos del CAPÍTULO V del Contrato”.

El Capítulo V *ibidem*, contempla en la Etapa Preoperativa los Contratos de Diseño, Construcción y Operación y Mantenimiento según el objeto material de las actividades por desarrollar.

En cuanto a los Contratos de Diseño y de Construcción, el Contrato dispone que el Concesionario los *debe* celebrar, esto es –según la propia acepción del Diccionario de la Lengua Española– *está obligado*, por fuerza del Contrato, a celebrarlos.

En cuanto al Contrato de Construcción, dispone el Contrato que “el Concesionario deberá haber celebrado con el Contratista de Construcción un (1) Contrato de Construcción para la ejecución de las Intervenciones”⁵⁴⁹.

Respecto del Contrato de Operación y Mantenimiento, el Contrato estipula que el Concesionario podrá contratar dichas actividades con terceros o hacerlo directamente:

“5.1 Generalidades

(...)

(c) Contrato de Operación y Mantenimiento: El Concesionario podrá contratar la Operación y Mantenimiento con terceros o hacerlo directamente. En el caso que lo realice con terceros, podrá realizarlo después directamente el Concesionario, para lo cual deberá Notificarlo a la ANI: Así mismo sucederá, que si inicialmente el Concesionario lo realiza directamente, lo podrá después contratar con un tercero, para lo cual deberá seguir lo establecido en la Sección 4.1 b) de la Parte General. En todo caso será su responsabilidad llevar a cabo la totalidad de las Obras de Mantenimiento que sean necesarias para cumplir con los Niveles de Servicio e Indicadores previstos en las Etapas del Contrato de conformidad con los Apéndices Técnicos 2 y 4, así como llevar a cabo la Operación descrita en los Apéndices Técnicos 1 y 2.

(...)

*(e) La contratación del (de los) Contratista(s) de Diseño, del Contratista(s) de Construcción o de cualquier otro tercero para el desarrollo de las obligaciones del Contrato, no implicará de ninguna manera la delegación de responsabilidad del Concesionario frente a la ANI por el cumplimiento completo y oportuno de las obligaciones contenidas en el Contrato, las cuales en cualquier caso permanecerán en su cabeza (...)*⁵⁵⁰.

En relación con los contratos que celebre el Concesionario respecto de las actividades a su cargo se estipuló que la contratación de un tercero “para el desarrollo de las obligaciones del Contrato, no implicará de ninguna manera la delegación de responsabilidad del Concesionario frente a la ANI por el cumplimiento completo y oportuno de las obligaciones contenidas en el Contrato, las cuales en cualquier caso permanecerán en su cabeza”⁵⁵¹.

En lo que se refiere al Contrato de Construcción, se trata de una obligación a cargo del Concesionario por medio de la cual CRC contrata la ejecución de las intervenciones constructivas a su cargo (Apéndice Técnico I) con un tercero, esto es el Consorcio Ferropol Santander. En desarrollo de dicho negocio jurídico el Contratista asume la obligación de ejecutar las intervenciones propias del Contrato de Concesión.

Dicha condición no implica una delegación de responsabilidades, ni de obligaciones por parte del Concesionario en el Contratista. CRC permanece como responsable de la ejecución de las obras e intervenciones y es quien responde frente la Entidad por su cumplimiento.

⁵⁴⁹ Sección 5.1 (b) del Contrato. Las intervenciones se entienden con el alcance del Apéndice Técnico I.

⁵⁵⁰ Capítulo V. Contrato de Concesión.

⁵⁵¹ Sección 5.1 (e) del Contrato.

A partir de la sección 5.2 del Contrato se disciplinan los requisitos y condiciones que debe cumplir el Contratista (experiencia, estructura, garantías ...) y la forma como se vincula al Proyecto, en todo caso con el conocimiento y el asenso de la ANI.

El Contratista tiene la obligación de constituir garantías en favor del Concesionario por cuanto el objeto de sus obligaciones, son similares a las que este asumió a favor de la ANI.

“(d) Cada Contratista deberá, además, constituir las garantías a favor del Concesionario, que sean suficientes para cubrir el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato respectivo (ya sea de Diseño, de Construcción o de Operación y Mantenimiento). Los valores asegurados no podrán ser inferiores a los porcentajes que se establecen en el decreto 1510 de 2013 para la Garantía Única de Cumplimiento, aplicados a los valores de cada uno de los Contratos de Diseño, de Construcción y de Operación y Mantenimiento (...)”⁵⁵².

El Contrato es claro en señalar que el Concesionario será “el responsable frente a la ANI por la ejecución de la totalidad de las obligaciones contenidas” en el Contrato de Concesión, incluyendo, pero sin limitarse a aquellas que ejecuten los Contratistas y sus respectivos subcontratistas.

En adición, CRC deberá mantener indemne a la ANI por incumplimientos y demandas de los Contratistas y sus subcontratistas⁵⁵³.

En el contexto descrito, el contrato celebrado entre CRC y el Consorcio Ferropol Santander tiene fundamento y origen en el Contrato de Concesión y se celebra en desarrollo y ejecución de la propia Concesión, para el cumplimiento de algunas obligaciones a cargo de CRC. Aunque se trata de contratos distintos, son contratos coligados en tanto el Contrato de Construcción se nutre de elementos propios de la Concesión que CRC traslada al Contratista, pero sin delegar la responsabilidad que tiene frente a la Entidad.

La celebración del Contrato de Construcción es el cumplimiento de una obligación a cargo de CRC y tiene por causa el Contrato de Concesión. La ANI tuvo conocimiento de la celebración de dicho contrato y consintió que la construcción y el cumplimiento de parte de las obligaciones del Concesionario estuvieran a cargo del Consorcio Constructor.

Bajo ese entendimiento la afirmación de la ANI según la cual no existe prueba “de que los hechos se hayan materializado así la para Concesionaria Ruta del Cacao” (sic) carece de fundamento. Las obligaciones de construcción son de CRC y por lo tanto los costos inherentes a su cumplimiento son del Concesionario que responde frente a la ANI por su ejecución y cumplimiento, al punto de tener una obligación de indemnidad frente a la Entidad.

Por lo anterior, la relación contractual que surge del Contrato de Concesión es entre las partes de dicho negocio, vale decir, CRC como Concesionario y la ANI como Concedente y son ellas quienes están legitimadas para reclamar los derechos derivados de dicho vínculo y para presentar pretensiones recíprocas, si fuera el caso.

⁵⁵² Clausula 5.2 Capítulo V. Contrato de Concesión.

⁵⁵³ Sección 5.2 (e) del Contrato.

En ese contexto, el Consorcio Constructor es ajeno a la relación con la ANI y los efectos propios del Contrato de Concesión no se le extienden en forma directa al Contratista ni a los subcontratistas⁵⁵⁴.

El Concesionario es responsable frente a la ANI del cumplimiento del objeto del Contrato y, por supuesto, del cumplimiento de los contratos que celebre en desarrollo de la Concesión para la satisfacción de las prestaciones a su cargo, como pueden ser los contratos de construcción y diseño, por citar un ejemplo. Tanto más que el Contrato no contempla una delegación de responsabilidades del Concesionario en el Constructor y que CRC tiene una obligación de indemnidad frente a la ANI por incumplimiento o reclamos de los contratistas y de los subcontratistas. En la misma línea, CRC es el responsable de asumir y sufragar los gastos que demanda la ejecución de las obligaciones a su cargo, con arreglo a las estipulaciones de la propia Concesión.

Sobre el particular, el laudo de 14 de junio de 2007⁵⁵⁵ señaló:

“En otros términos, el concesionario es único, completo y total responsable por el cumplimiento de los contratos de desarrollo ejecución y aplicación respecto a sus contratantes y subcontratistas, sin que éstos tengan derecho, acción o pretensión sino frente a él, pero respecto del concedente puede reclamar la preservación e integridad de su contraprestación cuando quiera que por virtud de la ejecución de la concesión, por causa de su cumplimiento y desarrollo de su objeto, le fuere presentada una reclamación por su co-contratante y sub-contratistas que deba repararles y no tenga el deber legal ni negocial de asumir.

(...)

Lo anterior, explica la legitimación y el derecho del Concesionario a pretender de la entidad concedente su responsabilidad contractual por los daños y perjuicios, costos y valores derivados de la ejecución del contrato de concesión en virtud de las reclamaciones formuladas en razón de los contratos de desarrollo, aplicación y ejecución celebrados para el cumplimiento de sus compromisos, tanto más, si frente a sus co-contratantes y sub-contratistas adquiere responsabilidad, está obligado por el costo de los bienes y servicios todos los cuales se incorporan y benefician a la concesión”.

A hilo con este razonamiento es que el Concesionario, como responsable del cumplimiento del objeto de la Concesión, de los costos que le correspondan y de las prestaciones a su cargo, –algunas de las cuales, como quedó visto, tiene la obligación de contratar con terceros (contratistas)– tiene el derecho a reclamar ante la Entidad las afectaciones que pueda experimentar, por los costos inherentes al Proyecto a su cargo y que incidan en su retribución.

⁵⁵⁴ Sobre este particular, la jurisprudencia ha precisado que: “Cabe anotar que, en todo caso, la subcontratación por parte del contratista estatal, de las obras, prestaciones o actividades pactadas en el negocio jurídico celebrado con el Estado, no es asimilable a la cesión del mismo. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013, estructuró la definición y naturaleza del subcontrato, reiterando lo señalado por la doctrina. Al respecto, indicó: ‘(...) En este sentido, el contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la subcontratación es material y no jurídica, porque traslada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista. La subcontratación es la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista o tercero sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado (...)’ (...)”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Rad. 55657. Sentencia del 27 de octubre de 2023.

⁵⁵⁵ Laudo de Coviandes contra INCO de 14 de junio de 2007.

Se trata entonces de costos propios del Proyecto y que, por lo general, corresponden a bienes y servicios que a la postre se integran a la Concesión y que, el Tribunal puede valorar y examinar mediante los diversos medios de prueba que se alleguen al expediente y que demuestren las afectaciones que pueda experimentar el Concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones.

En relación con esta temática, el Consejo de Estado señaló que:

“La Sala considera que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el tribunal de arbitramento se pronunció sobre un asunto no sujeto a su decisión, porque resolvió una relación jurídica ajena al contrato y al proceso arbitral.

Es verdad que el tribunal de arbitramento valoró medios de prueba que dan cuenta de un vínculo contractual entre Coviandes S. A. y la sociedad Dragados y Construcciones S. A., pero no es cierto que haya declarado derechos subjetivos derivados de ese vínculo contractual o haya proferido decisión en torno a las obligaciones derivadas del mismo.

A juicio de la Sala, el tribunal de arbitramento simplemente valoró unos medios de prueba aducidos por la convocante para demostrar la existencia de un daño material y su entidad. No es ajeno al proceso arbitral el estudio de actos externos al contrato, fuente de la obligación por cuyo cumplimiento se demanda, cuando su existencia permite deducir uno de los elementos de la responsabilidad demandada. Sobre todo si se tiene en cuenta que en el contrato de consultoría, cuyas diferencias fueron objeto del proceso arbitral, se acordó expresamente la facultad del contratista para subcontratar:

‘Cláusula Duodécima. (...) El contratista podrá sub contratar parcial o totalmente la ejecución del presente contrato a personas naturales o jurídicas que demuestren su idoneidad para la actividad sub contratada. No obstante lo cual el CONCESIONARIO será el único responsable ante el Instituto Nacional de Vías por el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de la calidad de la obra y del servicio prestado. La persona a la que se va a sub contratar o ceder el contrato, deberá renunciar a la reclamación diplomática. El concesionario es el único responsable para la celebración de sub contratos.’ (fol. 2250 c. de pruebas N 7)

De donde se confirma que la relación jurídica derivada del subcontrato que celebró la sociedad contratista con Dragados S. A., no era un tema exógeno o extraño al contrato de consultoría.

Aceptar lo argumentado por la recurrente sería tanto como decir que cuando se demanda la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de un contrato de obra pública, el juez no puede valorar medios de prueba que dan cuenta de los contratos de alquiler de maquinaria, arrendamiento de locaciones o de adquisición de materiales, que realizó el contratista para ejecutar la obra y cuyo cumplimiento se vio afectado con los efectos negativos que el incumplimiento de la Administración le causó.

Si la convocante, con el objeto de demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios materiales que alegó, aportó pruebas relacionadas con los actos que realizó para cumplir las prestaciones que adquirió por virtud del contrato de concesión celebrado

con INVIAS, al tribunal de arbitramento le correspondía valorarlas para determinar la entidad del daño, como en efecto lo hizo.

El tribunal de arbitramento consideró que se habían causado a la concesionaria perjuicios ciertos, de los cuales algunos eran actuales y otros futuros, no consolidados en su patrimonio, pero cuya ocurrencia aparecía debidamente comprobada en el expediente con medios de prueba que daban cuenta de la existencia de obligaciones entre Coviandes y Dragados.

Los árbitros advirtieron que si bien Coviandes no había indemnizado a Dragados por los perjuicios que había sufrido como consecuencia del incumplimiento del subcontrato de obra que habían celebrado los dos, jurídicamente sí estaba obligada a hacerlo, con lo cual dedujo que se trataba de un perjuicio no consolidado en el patrimonio de Coviandes, pero absolutamente cierto en razón del deber reparatorio que le es exigible por el daño irrogado injustamente a su subcontratista, como resultado del incumplimiento del INVIAS.

Como en la demanda se pidió la condena al reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la contratista, dentro de ellos deben entenderse incorporados no sólo los perjuicios presentes sino también los futuros cuya certeza hubiere demostrado en el curso del proceso.

Así las cosas la Sala encuentra que las argumentaciones del recurrente se traducen en una oposición a la manera como el tribunal de arbitramento evaluó la pretensión resarcitoria formulada por la concesionaria y definió la existencia de los perjuicios ciertos y futuros que esta alegó; considera que Dragados S. A. no fue parte dentro del proceso, no ejerció acción dentro del mismo ni formuló pretensiones en dicho trámite; que el tribunal de arbitramento, conforme se lo pidió la demandante, declaró el incumplimiento de INVIAS y dispuso la condena consecuencial al pago de los perjuicios ciertos, presentes y futuros, que sufrió Coviandes; y que la existencia de un vínculo contractual entre la convocante y un tercero, que surgió con el objeto de darle cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de concesión materia del proceso, era un hecho que podía ser valorado por el tribunal.

De lo anterior se infiere que en el caso concreto no se dan los supuestos de la causal alegada porque las partes acordaron someter las diferencias que surgieran del contrato de concesión N 400 de 1994 al juzgamiento del tribunal de arbitramento, las pretensiones de la demanda se circunscribieron a esa materia toda vez que versaron sobre peticiones fundadas en diferencias que surgieron respecto de la ejecución del contrato estatal y la decisión arbitral versó sobre el alegado incumplimiento de la Administración y los efectos jurídicos del mismo.

Finalmente la Sala precisa que fue evidente la propuesta del recurrente para que esta Sala revisara las soluciones que le dio el tribunal de arbitramento a la pretensión resarcitoria de los perjuicios futuros y esa propuesta, como quedó explicado, escapa al ámbito y a la naturaleza de este recurso; por vía del recurso de anulación no es dable la evaluación de las consideraciones jurídicas que hizo el juez arbitral ya que el conocimiento, trámite y decisión del mismo, no comporta el desarrollo de una segunda instancia.

De lo expuesto concluye entonces la Sala, que el tribunal de arbitramento no excedió los límites de su competencia legal y funcional, que el laudo arbitral no presenta

incongruencia entre lo pedido por el convocante y lo resuelto, y por tanto no se encuentra viciado de nulidad alguna, pese a lo expuesto por el impugnante”⁵⁵⁶.

De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia es posible señalar lo siguiente:

- i. En un proceso como este es procedente valorar la ocurrencia de daños y perjuicios con medios de prueba indicativos de los gastos, inversiones, erogaciones y/o pagos similares realizados por quien fue contratado por el Concesionario para que realizara la construcción.
- ii. Los gastos, erogaciones y pagos similares realizados en desarrollo de la ejecución de un contrato celebrado por quien fue contratado por el Concesionario son representativos de las expensas realizadas por el Concesionario debido al vínculo que existe entre ese contrato de construcción y la ejecución de las obligaciones inherentes al Contrato de Concesión.
- iii. La prueba de que un determinado contrato de construcción es uno de los instrumentos mediante los cuales se ejecutan algunas de las obligaciones del contrato de concesión, conduce a concluir que las pruebas de los costos asumidos por el constructor son demostrativas de los gastos de la concesión.

En conclusión, frente a una situación como la que se plantea en este punto, corresponde examinar el impacto en el Contrato de Concesión las afectaciones que pueda tener el Contrato de Construcción, sin perder de vista que, en este caso, este último es un espejo o réplica del Contrato de Concesión y además es el instrumento mediante el cual se ejecuta este último negocio jurídico.

Conforme a lo examinado en este acápite, el Concesionario es quien soporta el riesgo asociado a la ejecución de las obligaciones de construcción⁵⁵⁷, es el responsable de los costos de dicha actividad y por lo tanto es quien tiene derecho a reclamar a la Entidad dichos costos o las indemnizaciones que resulten de la ejecución del Contrato y, por consiguiente, a recibir lo que eventualmente pueda reconocerse por el juez del contrato.

Esa línea de decisión se recoge en reciente laudo, en los siguientes términos:

“Por ende, el contenido económico, el valor de las prestaciones, el precio de las obras o servicios, los costos, gastos e inversiones, los riesgos, las garantías, y en general, el equilibrio o simetría prestacional del contrato base, conexo y del subcontrato deben examinarse en la concreta relación jurídica contractual. Lo que, interesa para determinar el equilibrio y su ruptura es cada contrato en singular, pues de éste y no de otro se predica. Cuando el contenido prestacional del subcontrato, deviene asimétrico, excesivo o ruinoso, puede impactar el equilibrio del contrato base y generar su ruptura. No es que su ruptura comporte, de suyo, ante y por sí, la de aquél. Tampoco es correcto descartarla de suyo. Puede generarla, atendida la figura del desequilibrio invocada, sus requisitos legales, estipulaciones contractuales y la equivalencia prestacional.

⁵⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de mayo de 2002. Exp. 2001-00044-01(20985).

⁵⁵⁷ Sección 13.1 (a) de la Parte General del Contrato.

Lo que más bien parece admisible, cuando satisfechas las exigencias legales de la causa del desequilibrio, el subcontrato replica el contenido prestacional del contrato principal en sus prestaciones, obras, bienes, servicios, especificaciones, valor, precio, costos e inversiones, riesgos y garantías. En este evento, es necesario, de un lado constatar objetivamente el desequilibrio del contrato conexo o del subcontrato, y de otro, el del contrato base, considerando que la ejecución de las prestaciones de aquel es al mismo tiempo la ejecución de las prestaciones de éste. Ante todo, se impone una regla de justicia contractual.

En todo caso, lo que importa es que cuando el desequilibrio del contrato conexo o del subcontrato genere el del contrato base, el valor del restablecimiento de la asimetría constituya una frustración de los ingresos o una erogación, costo, gasto o inversión actual o futura, del contratista por la ejecución de sus propias prestaciones derivadas del contrato básico, lo que, presupone, sin embargo, examinar la situación concreta.

Por esto, según lo ya expuesto, el equilibrio del contrato base debe examinarse considerando su disciplina, tipo, contenido, función y la ejecución de sus prestaciones, ya en forma directa por el contratista, ora a través de sus subcontratistas, bajo la premisa cardinal que, en las hipótesis de desequilibrio del contrato coligado, de desarrollo, ejecución o cumplimiento o del subcontrato, el contratista principal esté obligado a restablecerlo, y este restablecimiento se traduzca en una perturbación financiera de tal naturaleza del contrato base, en cuanto constituya en el marco de esta relación contractual, un costo, gasto, inversión o erogación, actual o futura, excesivamente onerosa en el cumplimiento y ejecución de sus propias prestaciones”⁵⁵⁸.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal valorará las pruebas demostrativas de los gastos y erogaciones realizadas por el contratista constructor en el entendimiento de que las mismas son conducentes, pertinentes y eficaces para acreditar los mayores costos vinculados con la ejecución de las obras que forman parte del contenido obligacional asumido por el Concesionario en ejecución del Contrato.

Con arreglo a las consideraciones que se exponen, el laudo se ocupa del estudio de los costos que reclama CRC como responsable de la ejecución de las obligaciones constructivas frente a la ANI y a cuyo cargo están el respectivo riesgo, así como los costos inherentes a la construcción, con apoyo en los medios probatorios que se aportaron al proceso y que dan cuenta de dichas expensas.

5.2 Las pretensiones de Condena: 2.1, 2.2 y 2.3

5.2.1 La posición de la Convocante

La convocante solicitó al Tribunal Arbitral acceder a las pretensiones condenatorias que se relacionan a continuación.

“2.1. Que, según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S., los costos en los que esta haya incurrido hasta el momento de presentación de esta demanda, relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de

⁵⁵⁸ Laudo Coviandes contra Agencia Nacional de Infraestructura de 28 de mayo de 2024 (CCB n.º 137.954)

mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores.

2.2. Que se ordene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los costos en los que esta haya incurrido e incurra después de la presentación de esta demanda, que estén relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores, una vez tales costos se presenten ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y/o a la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015.

2.3. Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los valores que hayan sido objeto de Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 (...).”

5.2.2 La posición de la Convocada

La ANI en sus alegatos de conclusión cuestionó el carácter personal del daño invocado por el Concesionario con fundamento en que los daños alegados y cuantificados en el Dictamen Pericial aportado por la Convocante, no fueron asumidos por la Convocante sino por el Consorcio Ferrocol Santander:

“Al respecto, se debe destacar que las fuentes de información utilizada para obtener los cambios en las cantidades de obra se sustentan sobre certificados de terceros distintos a la firma concesionaria; lo cual no genera prueba de que los hechos se hayan materializado así la para Concesionaria Ruta del Cacao, es decir, no han sido pagados por el concesionario sino por el Consorcio Ferrocol Santander; quien no tiene vinculo contractual con la ANI. Por este motivo y en concordancia con el numeral 8.3.2.1 de este dictamen, la pericia dictamina que no es procedente técnica y financieramente hacer análisis adicionales.

Aspecto que fue reconocido por el perito en audiencia de contradicción, lo cual deja sin sustento la totalidad de las pretensiones económicas, pues con ello no logra comprobar que directamente la demandante hubiese incurrido en los pagos que hoy pretende (...).”⁵⁵⁹.

5.2.3 El concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público solicitó al Tribunal negar las pretensiones de condena con sustento en que la Convocante no probó con suficiencia el elemento personal del daño. Al respecto afirmó:

“Las pretensiones 2.1, 2.2, 2.4 2.5 y 2.6 deben ser negadas en la medida que el Concesionario no demostró un elemento fundante de la responsabilidad contractual, que es el daño; toda vez que quedo demostrado que los pagos que reclama el Concesionario no han salido de su patrimonio sino que estos han sido realizados según

⁵⁵⁹ Folio 169. Alegatos de Conclusión ANI. Pág 4.

su propio dicho por FERROCOL, entidad con la cual la ANI no tiene vínculo contractual y que es ajena al presente tramite arbitral.

En el expediente reposan sendos documentos firmados por los representantes legales de la Concesionaria y Ferrocol el 11 de noviembre de 2023, uno relacionado con las UF1.2 y UF1.3 y el otro en cuanto a las UF9, con los cuales queda demostrado lo anterior. Es más, se advierte en esos acuerdos que la obligación adquirida por el Concesionario es condicional, toda vez que en la cláusula cuarta pactaron lo siguiente:

‘CUARTO: CONSTANCIA: Las Partes acuerdan que el pago a favor del Consorcio de los perjuicios y sobrecostos referidos en este acuerdo solo tendrá lugar en caso de que de manera voluntaria o en conciliación, la ANI los reconozca y pague a favor de la Concesionaria, o que su reconocimiento y pago por parte de la ANI a la Concesionaria, sea ordenado por el Tribunal de Arbitramento que se convocará para ese efecto’.

De tal manera que, si mediante el correspondiente Laudo Arbitral se define que la ANI no debe reconocer y pagar a favor de la Concesionaria los sobrecostos y perjuicios ocasionados por la modificación en el trazado de la Unidad Funcional 9, este acuerdo no implicará la obligación por parte de la Concesionaria de reconocer y pagar dichos montos al Consorcio.

*Adicional a lo anterior, le solicito al panel arbitral tener en cuenta que estas pretensiones 2.4, 2.5 y 2.6 son consecuenciales a las pretensiones declarativas, lo cual impediría acceder a las mismas, toda vez que la declarativas que les sirven de fundamento también se solicita sean negadas (...)*⁵⁶⁰.

5.2.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal Arbitral encuentra razones suficientes para apartarse de los argumentos esgrimidos por la parte Convocada y el Ministerio Público y acceder a las pretensiones de condena, por cuanto el Consorcio Ferrocol Santander fungió como contratista del Concesionario, atendió por cuenta de la ejecución del contrato 013 de 2015 los mayores costos que fueron necesarios para salvar los defectos encontrados en la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3.

De acuerdo con lo ya expuesto por el Tribunal en capítulo separado 5-1, no acoge los argumentos expuestos por la Convocada y el Ministerio Público, para desconocer el valor probatorio de los documentos indicativos de los gastos que se realizaron por el Consorcio constructor Ferrocol – Santander en los indicados subsectores 1.2 y 1.3, pues no encuentra acertado entender que no se demostró el carácter cierto y personal de los perjuicios invocados por la Convocante.

Ahora bien, la parte Convocada pidió no reconocer sobrecostos por lo realizado en estos subsectores con fundamento en lo pactado en la Sección 3.9.1. de la Parte Especial del Contrato:

“Para todos los efectos contemplados en las Especificaciones Técnicas comprendidas en los Apéndices Técnicos de este Contrato, se entiende incluida en la Retribución del Concesionario la contraprestación por la totalidad de las Obras de Construcción y demás obligaciones, así como los riesgos a cargo del Concesionario a los que se refiere el numeral 13.2 de la Parte General de este Contrato, salvo por los riesgos expresamente previstos en la presente Sección que forman parte del Soporte de Estabilidad y Transitabilidad a implementarse sobre los subsectores 2 y 3 de la Unidad Funcional 3.”

⁵⁶⁰ Folio 170. Concepto del Ministerio Público. Páginas 75-76.

Sobre lo dicho en el dictamen aportado por la ANI, los peritos que emitieron el dictamen de contradicción aportado por la Convocada afirmaron lo siguiente:

“En virtud de que las UF 1.2 y 1.3 no se entregaron en la fecha establecida, es claro que estos flujos del opex no fueron utilizados, o por lo menos no en su totalidad; además conforme a la sección del contrato 3.8 – c – iv (PE); el concesionario adquirió el derecho a ser compensado por la ANI en los términos allí descritos y otros apartes del acuerdo de voluntades; lo cual pone en una condición general de las UF 1.2 y UF 1.3 diferente (tanto en el opex como en el ingreso); pues si bien y como da cuenta el peritaje entregado, se realizaron intervenciones sobre los tramos que sumaron COP\$1.417 millones, el peritaje adolece de un análisis integral al modelo financiero que es el que al final permite determinar el impacto real del hecho que materializó el riesgo previsible.

En efecto, el peritaje de la ing. Gamboa muestra de manera genérica el evento negativo como una desviación en el gasto; pero no muestra el impacto positivo u diferencial a lo estimado relacionado con recibir una compensación (ingreso) por un evento no atribuible al concesionario, ingreso que lo obtiene sin operar ni mantener el corredor entre el 2018 y el 2020; tampoco explicó la destinación de los flujos no utilizados por el hecho de no haber recibido los tramos UF 1.2 y 1.3; explicación absolutamente necesaria, pues estos flujos inutilizados, en primera instancia, tienen la suficiencia para cubrir el valor invertido por el concesionario entre 2021 y 2023 (al corte del dictamen) en el mantenimiento de los tramos bajo análisis (...)”⁵⁶¹.

Se afirma también en el precitado dictamen pericial aportado por la Convocada que la entrega tardía de la infraestructura y el reconocimiento de la compensación especial en favor del Concesionario, implicó que, de haber asumido costos de la realización de actividades de mantenimiento, no hubiera sufrido pérdidas ni se hubiera advertido afectación alguna en el modelo económico de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1:

“b. Así mismo, de acuerdo con los extractos del capex utilizados por la ingeniera Gamboa en su peritaje, que el concesionario tenía previsto destinar flujos por valor de COP \$6.365 millones entre el 2015 y el 2020; los cuales no se destinaron a su propósito por cuanto no se entregaron las UF 1.2. y 1.3 con lo cual se generó un efecto favorable sobre el modelo financiero.

c. Si se adicionan los flujos que a precios corrientes derivados de la estimación previsible del riesgo más los flujos no ejecutados en el periodo en que no se entregaron los subsectores 2 y 3 se tiene que al corte del informe pericial, el concesionario debió acumular COP\$9.579 millones (precios corrientes); adicionalmente, en virtud de lo contratado aseguró el ingreso sin ejecutar operación y mantenimiento derivado de la compensación establecida en el 3.8 – c – iv (PE) y de igual manera, una vez entregados los subsectores 2 y 3 tuvo que invertir COP\$1.417 millones; esto conlleva a ver que no existe una situación deficitaria para el concesionario.

d. Así mismo, se puede concluir que en aplicación de todo lo explicado en el numeral 7 del presente dictamen, no se prueba que financieramente las inversiones diferenciales hayan generado un desbalance financiero en el modelo de la UF1.2 y UF 1.3 por el hecho de haber realizado actividades de mantenimiento (incluidas en el objeto y obligaciones

⁵⁶¹ Dictamen Pericial de Contradicción elaborado por el Ing. Óscar Andrés Rosas Páez. Págs. 38 y 39

*contractuales a cargo del concesionario) por COP\$1.417 millones no estimadas en el capex durante los años 2021 a 2023 (...)*⁵⁶².

La Convocante en sus alegatos de conclusión afirma sobre el dictamen aportado por la Convocada, que el mismo contiene errores:

a. El hecho de que en la cláusula en mención se indique que se descontarían de la compensación allí prevista ciento veintitrés millones seiscientos treinta y cuatro mil pesos (\$123.634.000) mensuales del Mes de Referencia por concepto de menores costos de operación y mantenimiento, no significa que el CONCESIONARIO estuviera obligado a incurrir en ese costo.

b. Incluir ese valor en el OPEX, en la ingeniería financiera, hubiese sido artificiosos y encarecido injustificadamente la oferta. Esto, porque, de entrada, técnicamente, era un valor en el que el CONCESIONARIO no iba a incurrir si la infraestructura se entregaba en las condiciones legítimamente esperables. No era lo previsible.

c. Se trataría de una inversión que no se previó (porque no tendría por qué) realizar. Entonces, para usar las palabras del perito⁵⁶³, sería una vinculación irreal de capital cuyo retorno estaría buscando el CONCESIONARIO. Es no es procedente.

d. De ninguna manera era previsible que el CONCESIONARIO tuviera que incurrir en ese mantenimiento bajo la premisa de la que parte el ingeniero ROSAS. Lo previsible está relacionado con la necesidad técnica esperable de la infraestructura que sería entregada. Para el caso, no era esperable ejecutar ese mantenimiento.

e. En línea con el punto anterior, no puede considerarse insuficiente o mal realizada la estimación, porque, como se indicó, técnicamente no era esperable que el CONCESIONARIO tuviera que incurrir en los costos en los que incurrió.

f. Lo que reclama el CONCESIONARIO es precisamente las intervenciones no previstas e imprevisibles, que valga resaltar, hubiesen sido más si la infraestructura se hubiera entregado con anterioridad. Es decir, la demora en la entrega de la infraestructura paradójicamente disminuye el monto de la reclamación.

g. Ese descuento aplica para la compensación prevista en esa cláusula. Es lo que pactaron las partes para ese escenario particular. No hay lugar a darle una aplicación más amplia ni a pretender que a partir de ahí el CONCESIONARIO debería valorar el riesgo a su cargo.

*h. El riesgo que está acotado en esa cláusula, está relacionado con el menor ingreso que podría obtener el CONCESIONARIO por la no instalación del peaje. No tiene que ver con las ‘Mayores cantidades de obra para actividades de Operación y Mantenimiento’.
(...)*

i. Actualmente existe una terminación parcial de la Unidad Funcional 143, por lo que el CONCESIONARIO recibe una compensación especial⁵⁶⁴.

⁵⁶² Dictamen Pericial de Contradicción elaborado por el Ing. Óscar Andrés Rosas Páez. Págs. 38 y 39.

⁵⁶³ Dijo el perito ROSAS: ‘(...) SR. ROSAS: [00:13:02] Pues cuando se trata de un contrato de concesión bajo la figura de la asociación público privada, lo que se busca en este tema es que como la asociación público privada busca vincular capitales privados a la provisión de bienes y servicios a cargo del Estado entonces lo que se busca es que al final del ejercicio, con la vinculación de esos capitales privados, esos capitales al final generen unos retornos que sean adecuados y que logren, el interés del particular del retorno sobre esos capitales (...).’

⁵⁶⁴ Sección 1.28, Parte General del CONTRATO. ‘(...) ‘1.28 Compensación Especial’ Corresponde a los pagos que serán hechos al Concesionario en el caso previsto en la Sección 14.1 de esta Parte General. El reconocimiento de la Compensación Especial se verificará en los mismos plazos y mediante los mismos mecanismos previstos en este Contrato para el reconocimiento de la Retribución. Para todos los efectos previstos en este Contrato, la

ii. *EL peritaje no indica cuánto de ese valor obedece a operación y cuánto a mantenimiento.*

iii. *El peritaje no indica si ese valor se refiere a toda la Unidad Funcional 1.*

iv. *El peritaje no indica ese peaje estaba previsto para compensar todas las obras, solo las obras de la UF1, solo las intervenciones de los subsectores 2 y 3, solo el peaje, etc. (...)*⁵⁶⁵.

Respecto de lo expuesto en el dictamen pericial aportado por la Convocada, el Tribunal considera que el perito adopta las conclusiones referidas mediante la interpretación de la cláusula 3.8 de la Parte General del Contrato de Concesión, en cuanto afirmó que “*el concesionario tenía previsto destinar flujos por valor de COP \$6.365 millones entre el 2015 y el 2020; los cuales no se destinaron a su propósito por cuanto no se entregaron las UF 1.2. y 1.3 con lo cual se generó un efecto favorable sobre el modelo financiero (...)*”, sin el análisis de los sustentos necesarios para establecer la realidad fáctica de los flujos previstos a los que alude, como tampoco de la suficiencia de los mismos, ni de su utilización.

Con el dictamen de la Convocada no se desvirtúa la ocurrencia de los sobrecostos que probó el Concesionario, pues el experto se limitó a interpretar el contrato sin el análisis de los hechos relacionados con el mal estado en que fue entregada la vía de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, y sin tener en cuenta que las actividades de operación y mantenimiento que asumió el Concesionario no implicaba realizar inversiones para la rehabilitación mejoramiento y/o reparación de esos tramos.

Dicho en otras palabras, el perito se limitó a afirmar que no había lugar a la reparación por cuanto existía un “*rubro*” que el Concesionario debió destinar para asumir las consecuencias negativas del estado de la infraestructura, sin desvirtuar la ocurrencia de los sobrecostos alegados y demostrados por el Concesionario.

Así las cosas, el Tribunal se apartará de lo expuesto en el indicado dictamen para tener en cuenta las pruebas que aportó la Convocante, demostrativas de los alegados sobrecostos.

Ahora bien, sobre los sobrecostos reclamados por la Convocante consta en el Dictamen Pericial Técnico y Financiero aportado por el Concesionario lo siguiente:

xi. *El análisis de costos se realizó, a través de la verificación de costos realmente incurridos a través de pagos a proveedores, por las intervenciones sobre la carpeta asfáltica en los subsectores 1.2 y 1.3, que involucraban las siguientes actividades:*

- *Fresado de carpeta asfáltica existente hasta 10cm*
- *Riego de liga con emulsión asfáltica CRR-1*
- *Suministro y aplicación de mezcla asfáltica MSC-19 para parcheo*
- *Transporte de mezcla asfáltica.*
- *Transporte de fresado*
- *Transporte de maquinaria.*

Compensación Especial corresponde a un derecho económico a favor del Concesionario, que puede ser cedido a los Prestamistas y, en general, del que puede disponer el Concesionario de la misma forma en que puede disponer de la Retribución (...)

⁵⁶⁵ Folio 168. Alegatos de Conclusión ANI. Páginas 47-48.

xii. El costo total de las intervenciones en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 en que tuvo que incurrir la CONCESIONARIA RDC, pretendiendo el cumplimiento de los indicadores E1 (IRI) y E7 (Hundimientos), de acuerdo con las facturas revisadas, asciende a un monto total de \$1,417,930,078, costo de intervenciones no consideradas por la CONCESIONARIA RDC en su OPEX durante los primeros 5 años de la Etapa de Operación y Mantenimiento, pues lo previsible para estos tramos de la UF1 era recibir una vía NUEVA cumpliendo indicadores y no con las afectaciones con las que realmente le fue entregada. Es importante precisar desde el punto de vista técnico que con este tipo de intervenciones no es posible lograr el cumplimiento de Indicadores, ello requiere que la CONCESIONARIA RDC incurra en costos de intervenciones mayores tipo Mantenimiento Periódico o Rehabilitación que para esta etapa del Contrato de Concesión No. 013 de 2015 no son de su competencia.”⁵⁶⁶

Asimismo, se relacionaron los montos dejados de percibir por el Concesionario con ocasión de la aplicación indebida de las deducciones por desempeño así:

“(…) xiii. El monto de las deducciones aplicadas por la ANI a la CONCESIONARIA RDC por el no cumplimiento de Indicadores del pavimento en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, asciende a la suma de \$134,142,921.34; deducciones que no debieron ser aplicadas por la ANI, pues la CONCESIONARIA RDC demostró con la medición de los Indicadores en estos subsectores, que ellos incumplían desde el mismo momento en que la ANI le informa que dicha infraestructura le iba a ser entregada para su Operación y Mantenimiento (…)”⁵⁶⁷.

Encuentra así acreditado el Tribunal que el Concesionario incurrió en sobrecostos por la reparación de los defectos imprevisibles encontrados en la vía comprendida en los subsectores 1.2 y 1.3, como también que el valor de los mismos se acreditó mediante el dictamen pericial aportado por la Convocante que se sustentó, entre otros medios de prueba, en comprobantes de los gastos en que incurrió la subcontratista del Concesionario.

Sobre los valores de las intervenciones y las fechas en las cuales se causaron consta en la tabla 18⁵⁶⁸ que 5 de ellos fueron causados antes de la presentación de la demanda —24 de marzo de 2023— y otro, después de su presentación —30 de octubre de 2023—.

Tabla 18 Relación de costos de las intervenciones realizadas UF 1.2 y 1.3					
FACTURA #	PROVEEDOR	CLIENTE	FECHA	CONCEPTO	VALOR
FVE-59	G&M CONSTRUCCIONES	CONSORCIO FERROCOL SANTANDER	2 de febrero de 2022	CONTRATO OBRA ED70-CO-624 ACTA UNICA 01 (*)	\$ 361.010.356,00
FVE-134	G&M CONSTRUCCIONES	CONSORCIO FERROCOL SANTANDER	30 de octubre de 2023	ACTA 1 CONTRATO ED70 SICC UF 1.2-1.3 SECTOR YUMA	\$ 217.864.193

⁵⁶⁶ Dictamen pericial Técnico y Financiero elaborado por la Ingeniera Civil Luz Mérida Gamboa Mesa, pág. 426 y ss.

⁵⁶⁷ Dictamen Pericial aportado por CRC. Página 428.

⁵⁶⁸ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 06 Dictámenes CRC. Dictamen Luz M Gamboa UF1. Pág. 310.

FE-471	COMSEVIAS	PA FIDUCIARIA BANCOLOMBIA	1 de septiembre de 2022	Reposición Señales Verticales UF 1.2 y 1.3 incumplimientos indicador E11	\$ 37.100.553
FE-495	COMSEVIAS	PA FIDUCIARIA BANCOLOMBIA	12 de octubre de 2022	Reposición Señales Verticales UF 1.2 y 1.3 incumplimientos indicador E11	\$ 33.673.880
FE-551	COMSEVIAS	PA FIDUCIARIA BANCOLOMBI A	13 de febrero de 2023	Demarcación horizontal unidades funcionales 1.2 y 1.3 completas	\$ 186.740.162,00
FVE-91	G&M CONSTRUCCIONES	PA FIDUCIARIA BANCOLOMBI A	11 de noviembre de 2022	Obras para la reparación de la carpeta asfáltica en los subsectores 1.2 y 1.3	\$ 581.540.935
<p>Fuente: Facturas relacionadas en el cuadro. (*) Del valor total de la factura se excluye un monto de \$13 millones más AIU e IVA sobre utilidad que corresponden a "TRANSPORTE MAQUINARIA UF 2.2"</p>					

Los anteriores valores serán actualizados desde la fecha en que se produjo cada erogación a la fecha de este laudo, de conformidad con lo pedido en la pretensión 2.7 de la demanda reformada.

SOBRECOSTOS DERIVADOS DE MAYORES INTERVENCIONES					
Fecha	Valor	IPC DANE			Valor Actualizado (\$)
		IPC Inicial	IPC Final	FACT AJUSTE	
feb-22	\$ 361.010.356,00	115,11	146,24	1,270436973	\$ 458.640.904,02
sep-22	\$ 37.100.553,00	122,63	146,24	1,192530376	\$ 44.243.536,42
oct-22	\$ 33.673.880,00	123,51	146,24	1,184033681	\$ 39.871.008,11
nov-22	\$ 581.540.935,00	124,46	146,24	1,174995983	\$ 683.308.262,37
feb-23	\$ 186.740.162,00	130,4	146,24	1,121472393	\$ 209.423.936,28
oct-23	\$ 217.864.193,00	136,45	146,24	1,071747893	\$ 233.495.489,81
	\$ 1.417.930.079,0				\$ 1.668.983.137,00

Considera igualmente acreditado el Tribunal las deducciones practicadas por la ANI al Concesionario por el no cumplimiento de indicadores del Anexo Técnico 4; así en la tabla 19⁵⁶⁹ del dictamen se lee lo siguiente:

Tabla 19 Deducciones practicadas por la ANI al CONCESIONARIO por el no cumplimiento de indicadores				
Acta #	MES	TOTAL COMPENSACIÓN ESPECIAL	EVALUACIÓN CUMPLIMIENTO UF1	DESCUENTO (1-EVALUACIÓN CUMPLIMIENTO UF1 x TOTAL COMPENSACIÓN ESPECIAL)
5	feb-21	\$ 31.207.588,53	96.88%	\$ 0,00

⁵⁶⁹ Cuaderno 02 Pruebas. Subcarpeta 06 Dictámenes CRC. Dictamen Luz M Gamboa UF1. Pág. 312.

11	ago-21	\$ 26.421.862,89	95.45%	\$ 1.202.194,76
12	sep-21	\$ 27.082.130,88	98.98%	\$ 276.237,73
13	oct-21	\$ 26.591.403,96	99.24%	\$ 202.094,67
14	nov-21	\$ 27.480.796,89	99.06%	\$ 258.319,49
15	dic-21	\$ 3.437.022.686,54	97.86%	\$ 44.681.294,93
16	ene-22	\$ 32.188.030,26	99.52%	\$ 154.502,55
17	feb-22	\$ 29.482.136,39	99.42%	\$ 170.996,39
18	mar-22	\$ 27.158.563,24	96.98%	\$ 820.188,61
19	abr-22	\$ 31.047.316,46	96.20%	\$ 0,00
20	may-22	\$ 32.793.064,24	96.03%	\$ 0,00
21	jun-22	\$ 31.538.830,61	96.03%	\$ 1.252.091,58
22	jul-22	\$ 33.782.642,06	95.76%	\$ 1.432.384,02
23	ago-22	\$ 37.369.206,09	97.53%	\$ 923.019,39
24	sep-22	\$ 38.057.877,41	99.53%	\$ 0,00
25	oct-22	\$ 39.400.509,99	99.45%	\$ 0,00
26	nov-22	\$ 42.146.425,88	99.67%	\$ 0,00
27	dic-22	\$ 3.867.738.187,77	100,00%	\$ 82.769.597,22
TOTAL DESCUENTOS				\$ 134.142.921,34
<i>Fuente: Actas relacionadas en el cuadro. Se excluyen descuentos por señalización.</i>				

Los anteriores valores serán actualizados desde la fecha en que se produjo cada deducción a la fecha de este laudo, de conformidad con lo pedido en la pretensión 2.7 de la demanda reformada.

DEDUCCIONES POR DESEMPEÑO						
No. de Acta	Fecha	Valor	IPC DANE			Valor Actualizado (\$)
			IPC Inicial	IPC Final	FACT AJUSTE	
5	feb-21	\$ 0,00	106,58	146,24	1,372114843	\$ 0,00
11	ago-21	\$ 1.202.194,76	109,62	146,24	1,334063127	\$ 1.603.803,70
12	sep-21	\$ 276.237,73	110,04	146,24	1,328971283	\$ 367.112,01
13	oct-21	\$ 202.094,67	110,06	146,24	1,328729784	\$ 268.529,21
14	nov-21	\$ 258.319,49	110,6	146,24	1,322242315	\$ 341.560,96
15	dic-21	\$ 44.681.294,93	111,41	146,24	1,312629028	\$ 58.649.964,73
16	ene-22	\$ 154.502,55	113,26	146,24	1,291188416	\$ 199.491,90
17	feb-22	\$ 170.996,39	115,11	146,24	1,270436973	\$ 217.240,14
18	mar-22	\$ 820.188,61	116,26	146,24	1,257870291	\$ 1.031.690,89
19	abr-22	\$ 0,00	117,71	146,24	1,242375329	\$ 0,00
20	may-22	\$ 0,00	118,7	146,24	1,232013479	\$ 0,00
21	jun-22	\$ 1.252.091,58	119,31	146,24	1,225714525	\$ 1.534.706,84
22	jul-22	\$ 1.432.384,02	120,27	146,24	1,215930822	\$ 1.741.679,88
23	ago-22	\$ 923.019,39	121,5	146,24	1,203621399	\$ 1.110.965,89
24	sep-22	\$ 0,00	122,63	146,24	1,192530376	\$ 0,00
25	oct-22	\$ 0,00	123,51	146,24	1,184033681	\$ 0,00
26	nov-22	\$ 0,00	124,46	146,24	1,174995983	\$ 0,00
27	dic-22	\$ 82.769.597,22	126,03	146,24	1,160358645	\$ 96.042.417,66
TOTAL		\$ 134.142.921,34				\$ 163.109.163,80

Así las cosas, al estar probados los precitados valores el Tribunal accederá a las pretensiones 2.1. 2.2 y 2.3. de la demanda reformada y condenará a la ANI a pagar a la CRC las siguientes sumas:

- Por los costos incurridos hasta el momento de presentación de la demanda en relación con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores, la suma de \$ 1.435.487.647 (Pretensión 2.1.)
- Por los costos incurridos después de la presentación de la demanda —24 de marzo de 2023—, en relación con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores, la suma de \$ 233.495.490 (Pretensión 2.2.).
- Por las deducciones realizadas como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento del Apéndice Técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, la suma de \$ 163.109.163,80 (Pretensión 2.3).

Se precisa por último que la pretensión 2.2 prospera parcialmente porque el Tribunal, conforme se relacionó precedentemente, dispondrá que la ANI pague al Concesionario los costos en los que incurrió después de la presentación de esta demanda, que están relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores. No se accederá a la condena por el valor de costos causados con posterioridad a la presentación de la demanda que no se acreditaron en el proceso.

5.3 La pretensión de condena 2.4

En cuanto a la pretensión de condena 2.4, es del siguiente tenor:

“Que según como quede probado en el proceso, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. las sumas en las que esta haya incurrido por concepto de mayores costos derivados de los ajustes o modificaciones a los diseños de la Unidad Funcional 9 y de la consecuencial modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto.”

El Tribunal, acorde con las decisiones adoptadas sobre las pretensiones declarativas relacionadas con la Unidad Funcional 9 y con la cuantificación de esa pretensión de condena contenida en el juramento estimatorio, procede a decidirla.

Conforme al juramento estimatorio, esa pretensión comprende los costos administrativos por mayor permanencia; los costos por mayor cantidad de obra; los costos de estudios y diseños sobre el diseño alternativo para la modificación de la licencia ambiental; el ajuste de precios del CAPEX; y los costos financieros. Todas estas reclamaciones asociadas a los

costos por el cambio en la construcción en la Unidad Funcional 9 de una segunda calzada adosada a la existente a un par vial, los cuales ya definió el Tribunal corresponde asumirlos a la ANI.

Para determinar el valor de cada uno de esos costos, el Tribunal procede al análisis de la prueba pericial elaborada por la ingeniera Luz Mérida Gamboa y presentada por el Concesionario en relación con esa actividad constructiva, así como del dictamen elaborado por el ingeniero Oscar Andrés Rosas Páez - Opzion Company, y presentado por la Convocada para controvertir aquél, como sigue:

a. Por concepto de mayor permanencia en los costos administrativos para la Unidad Funcional 9

Los costos administrativos de mayor permanencia para la Unidad Funcional 9, los reclama el Convocante por el desplazamiento de la construcción de esa unidad hasta el periodo comprendido entre diciembre de 2020 y junio de 2023, y afirma que corresponden a la suma de \$ 26.518.832.552.

Consta en el proceso que la ejecución de las intervenciones en la Unidad Funcional 9 solo pudo hacerse una vez la ANLA aprobó la modificación a la licencia ambiental que había otorgado mediante la Resolución 763 de 30 de junio de 2017. Que tales intervenciones comenzaron en diciembre de 2020 y terminaron en junio de 2023⁵⁷⁰ cuando lo proyectado era su ejecución entre 2017 y 2020, como lo informa el dictamen Técnico y Financiero de la perito Luz Mérida Gamboa Mesa, presentado por la Convocante:

“La certificación de CAPEX del Ingeniero Independiente INFRATA, emitida con destino a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA el 8 de septiembre de 2016, da cuenta de que el cronograma inicial de las intervenciones en la Unidad Funcional 9 debía iniciar en el año 2017 y concluir en el año 2020.”

Así mismo, ya definió el Tribunal que los costos generados por mayor permanencia derivados del desplazamiento en el tiempo de la ejecución de las intervenciones en la Unidad Funcional 9, son atribuibles a la ANI, pero solo hasta agosto de 2021, lo cual lleva consigo que el reconocimiento por este concepto se circunscriba al periodo comprendido entre diciembre de 2020 (conforme a lo reclamado en la demanda) y hasta agosto de 2021.

En el dictamen Técnico y Financiero presentado por el Concesionario, la experta, con base en la revisión de los documentos y soportes dedujo la totalidad de costos administrativos de todas las unidades funcionales del proyecto, analizados mes a mes desde diciembre de 2020 hasta junio de 2023, así como el costo correspondiente a la Unidad Funcional 9, con base en la metodología que explicó así:

“De esta manera, para tener en cuenta únicamente los costos de mayor permanencia en obra asociados a la Unidad Funcional 9, se determinó el porcentaje correspondiente a esta Unidad Funcional de la siguiente manera:

⁵⁷⁰ De ello da cuenta la prueba testimonial, entre otros el señor Gustavo Alberto Montes director del contrato de Interventoría en declaración rendida ante el Tribunal el 24 de mayo de 2024.

- De acuerdo con los informes del ingeniero independiente Infrata, el porcentaje de participación de cada Unidad Funcional en el CAPEX total del proyecto es el siguiente:
“... UF-9 9.12%

“A partir de los informes mensuales de Infrata, para cada Unidad Funcional en ejecución desde diciembre de 2020, se calculó el porcentaje de obra restante por ejecutar (100% - % de avance de cada Unidad Funcional, a partir de las Tablas”4.1-1 Overall and UF specific Works Progress”). Estos valores se presentan en las columnas “% faltante de ejecución (100% - porcentaje de avance informes Infrata)” de la siguiente tabla. Cada uno de estos porcentajes de faltante de obra por ejecutar de cada unidad funcional se multiplicó por el respectivo porcentaje de participación de cada unidad funcional en el CAPEX total de acuerdo con la tabla anterior. Los valores resultantes se muestran en las columnas “% faltante de ejecución (100% - porcentaje de avance informes Infrata) x participación de la UF en el total” de la siguiente tabla. Finalmente, para la Unidad Funcional 9, se estimó la prorrata del porcentaje faltante de obra de esta unidad, sobre el total de obra faltante por ejecutar de todas las Unidades Funcionales (ver columna “% faltante UF9/sumatoria % faltante UF5 a UF9” de la siguiente tabla).

“... Con el fin de determinar los costos de mayor permanencia asociados únicamente a la Unidad Funcional 9, se tomó el porcentaje de la columna “% faltante UF9/sumatoria faltante UF5 a UF9” y se multiplicó por el valor total de los costos anteriormente descritos.

“únicamente para el caso de la vigilancia, que corresponde solo a la unidad funcional 9, se tomó el valor total de estos costos, sin afectarlo por el porcentaje correspondiente a la unidad funcional 9.”

El dictamen presentado por la Convocada y elaborado por el Ingeniero civil Óscar Andrés Rosas Páez - Opzion Company, critica esa metodología, para cuyo efecto enuncia dos consideraciones eminentemente jurídicas, en el sentido de (i) cuestionar la actuación del Concesionario de “...no agotar las instancias técnicas de prospección e identificación de redes que acreditaran la debida diligencia en el planteamiento definitivo y más favorable del diseño geométrico de la UF9 ... y de asumir bajo su autonomía y riesgo la presentación de la solicitud de licenciamiento ambiental con información que no garantizaba suficiencia y completitud respecto de las redes existentes en el sector UF 9.2”; (ii) de reclamar la acreditación de “...las gestiones y actividades contingentes que ha debido tomar el concesionario ante la presentación de los hechos relacionados con tener que reformular la solicitud de licencia ambiental y corregir los motivos que conllevaron a la negación de la modificación de éstas hasta que finalmente fuera obtenida...En esencia, estas medidas contingentes han debido dirigirse a reducir los costos administrativos al mínimo necesario durante el tiempo en que no se adelantaban actividades con el fin de “guardar los recursos” administrativos considerados inicialmente para esta UF9 y luego utilizarlos cuando se diera efectivamente el licenciamiento para la ejecución de las obras.”⁵⁷¹

Las consideraciones de orden jurídico que no corresponden con la prueba pericial destinada a verificar hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, sin que sean admisibles dictámenes que versen sobre puntos de derecho como perentoriamente lo dispone el artículo 226 del CGP.

⁵⁷¹ Págs. 53 y 54 de ese dictamen.

Tales glosas de estirpe jurídico no tienen la virtualidad de deslegitimar los cálculos del dictamen Técnico y Financiero en el cual la perito Gamboa se limitó a la concreción de los costos por varios rubros conforme se le formuló el cuestionario.

También se refiere el dictamen de contradicción en este punto a algunos aspectos financieros:

“iii. Al margen de que los costos presentados por la Ing. Gamboa no cuentan con una debida acreditación contable, la metodología de asignación de costos administrativos a la UF9 a partir de los costos administrativos totales del proyecto es una metodología teórica y “estimativa” definida por la ing. Gamboa a partir de presupuestos, pero que no reflejan la realidad financiera del concesionario: puesto que como ya se mencionó, no se acredita la pertinencia de cada gasto no se descuentan los recursos inutilizados que se dejaron de ejecutar cuando se estaba gestionando la modificación de la licencia ambiental.

“Por lo anterior, el método para determinar una presunta mayor permanencia en obra es insuficiente pues el impacto resultante debería ser un impacto marginal justificado con fundamento en la realidad financiera; pues lo que se presenta es una estimación teórica frente a hechos pasados que por lo tanto podrían determinarse contundentemente y no “estimarse” como lo realizó la pericia a cargo de la Ing. Gamboa.”⁵⁷²

El análisis de la fundamentación del dictamen Técnico y Financiero de la Ingeniera Luz Mérida Gamboa, acredita de un lado que está soportado en los documentos que dan cuenta de la existencia de esos gastos, los cuales acompañó en la carpeta titulada Anexos C. Agregándose a lo anterior la relación directa que el Tribunal reconoció entre los gastos realizados por el Consorcio Constructor y la ejecución de las obras del Contrato de Concesión.

La perito, a través de la doctora Marcela Gómez Clarck, una de las profesionales que intervino en la elaboración del dictamen, aclaró:

SRA. GÓMEZ: [00:40:30] Perfecto gracias. No, no hay certeza de que... es que voy a devolverme a explicar cuál fue la metodología que utilizamos para calcular los costos de mayor permanencia de obra asociados a la unidad funcional 9. En primer lugar tomamos la totalidad de los costos administrativos no únicamente, el primer cálculo que hicimos fue tomar la totalidad de los costos administrativos de toda la concesión, porque los costos administrativos se distribuyen en toda la obra.

No es que uno tenga un contador para la unidad funcional 1, un contador para la unidad funcional 1, un contador para la unidad funcional 3, pues son costos comunes a toda la obra. Y así lo tiene contabilizada la concesión, son costos administrativos que se distribuyen en la totalidad de las unidades funcionales. Entonces devolviéndome un poquito a su pregunta de por qué incluimos las facturas de asesorías legales prestadas por Durán Osorio, que son las facturas que presentamos adjuntas al dictamen. Es porque esos contratos, esas asesorías, es una asesoría legal in-house de la concesión, entonces es un costo administrativo más, no solamente puntual para esta unidad funcional, sino en general para todo.

⁵⁷² Pág. 54 de ese dictamen.

Lo mismo que el uso de los contadores, lo mismo que el uso de energía, son costos administrativos asociados a las obras. Entonces primero revisamos durante estos meses todos los costos de nómina administrativo, arriendos, asesorías legales dentro de lo que está mencionando el doctor Peña, outsourcing de nómina, teléfono, aseo, vigilancia, servicios públicos y arriendos.

Miramos todos los costos en los que incurrió el Concesionario en el periodo que dije antes, desde diciembre del 2020 hasta junio del 2023 mensualmente. Y para asignar únicamente la parte correspondiente a la mayor permanencia de la unidad funcional 9 calculamos el porcentaje de avance de obra de esa unidad funcional solamente.

Entonces si la unidad funcional 9 pesaba el 10% en un mes, le asignamos el 10% de los costos administrativos en ese mes y así sucesivamente todos los meses. Esa distribución porcentual a la unidad funcional 9 la tomamos de los informes de avance que presentó el ingeniero Independiente Infrata, que la doctora Luz Mérida ha explicado que es el ingeniero, la figura contractual de ingeniero que certifica ante las entidades financiadoras de, valga la redundancia, de este proyecto, los avances de obra mensuales de cada una de las unidades funcionales del proyecto.

Entonces teniendo en cuenta el peso de la obra dentro de la unidad funcional 9, dentro del total asignamos lo correspondiente a la unidad funcional 9, entonces digamos el gerente parte de los gastos es por ejemplo el gerente, pues el gerente no tiene un sueldo asociado solamente a una unidad funcional. El gerente tiene a su cargo todas las unidades funcionales, entonces de esa manera asignamos lo correspondiente a la unidad funcional, bueno no sé si fui clara.”⁵⁷³

En cuanto a la pertinencia de cada gasto, resalta el Tribunal que estos son propios de costos administrativos de la ejecución de estos contratos, a saber: nómina administrativa, arriendos de inmuebles, asesorías jurídico ambientales, comunicaciones, aseo, seguridad física, servicios públicos y vehículos.

El dictamen se fundamenta en evidencia de que se ejecutaron esos gastos administrativos y explica claramente que corresponden a todas las unidades funcionales, por lo cual procede a aplicar un porcentaje a la Unidad Funcional 9 según el avance de obra que le fue certificado por INFRATA, ingeniero independiente para el Contrato de Concesión.

El método es válido en tanto los costos administrativos corresponden a la totalidad de las unidades funcionales y lo que hace el dictamen es un prorrateo con base en la cantidad de obra ejecutada en cada una de las unidades funcionales, excepto la vigilancia que sí se le atribuyó en el 100% para la Unidad Funcional 9.

Con el aval a los cálculos de gastos administrativos realizado en el dictamen Técnico y Financiero de la ingeniera Luz Mérida Gamboa, el Tribunal calcula el costo por mayor permanencia que reconocerá entre diciembre de 2020 y agosto de 2021.

Para el efecto el Tribunal toma las cifras contenidas en la tabla 31 y reconoce los montos allí plasmados entre las fechas indicadas, lo cual alcanza la suma de \$6.228.082.454. La

⁵⁷³ Declaración recibida el 17 de octubre de 2024.

actualización conforme a la pretensión 2.7⁵⁷⁴, se hace mes a mes, entre diciembre de 2020 y agosto de 2021 hasta la fecha del laudo con el último índice certificado por el DANE de enero 31 de 2025, para un total actualizado de \$8.462.224.465, conforme a la siguiente tabla:

MES	VALOR \$	IPC DANE			VALOR ACTUALIZADO (\$)
		INICIAL	FINAL	FACT AJUSTE	
dic-20	583.987.462	103,80	146,24	1,408863	822.758.444
ene-21	625.851.755	105,91	146,24	1,380795	864.172.983
feb-21	643.140.833	106,58	146,24	1,372115	882.463.083
mar-21	698.431.261	107,12	146,24	1,365198	953.496.897
abr-21	696.770.435	107,76	146,24	1,357090	945.580.071
may-21	678.121.771	108,84	146,24	1,343624	911.140.461
jun-21	720.454.366	108,78	146,24	1,344365	968.553.470
jul-21	762.241.754	109,14	146,24	1,339930	1.021.350.871
ago-21	819.082.817	109,62	146,24	1,334063	1.092.708.184
TOTAL	6.228.082.454				8.462.224.465

b. Por concepto de mayores cantidades de obra

De acuerdo con el juramento estimatorio, el valor de las mayores cantidades de obra que debió ejecutar el Concesionario con el cambio de una segunda calzada adosada a la vía existente a un par vial, corresponde a la suma de \$8.199.865.570. El Dictamen Técnico y Financiero de la ingeniera Luz Mérida Gamboa, con base en la certificación emitida por el contador público del contratista constructor de la obra, concluye:

“Consecuentemente con las certificaciones sobre la variación de las cantidades de obra del Diseño BASE al Diseño MODIFICADO en el tramo UF9.2 ya referidas, el Contador del CONSORCIO FERROCOL SANTANDER (Constructor EPC), certificó el Mayor Costo Directo por valor de \$8.536.212.762 que se registró en dicho tramo, soportando la certificación con facturas cargadas en el centro de Costos ED71 los cuales se anexan al dictamen.”

A continuación, el dictamen incorpora facsímil de la mencionada certificación, expedida por el señor Alexander López Ortega, Contador Consorcio Ferrocol, en la que se lee:

“Los anteriores costos se encuentran cargados en la Contabilidad del Consorcio Ferrocol centro de Costos ED71 como se enunció en la tabla anterior, generando un mayor costo directo por valor de \$8.536.212.762 COP, para la ejecución Unidad Funcional 9, Subsector 9.2 comprendido entre el km 107+000 al km 113+580.

“La presente certificación se expide a los (14) días del mes de noviembre de 2023...”⁵⁷⁵

El dictamen de contradicción presentado por la Convocada, refuta ese cálculo por lo que llama “deficiencias procedimentales en la valoración” y en las que nuevamente enuncia varios postulados de carácter eminentemente jurídico alejándose del objeto de la prueba pericial y transgrediendo la prohibición que el legislador dispone para su práctica.

⁵⁷⁴ Pretensión 2.7: “Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. los valores correspondientes a la actualización y/o indexación de todas las sumas a las que se encuentre obligada por virtud del laudo, de acuerdo con el Índice de Precios aplicable.”

⁵⁷⁵ El documento completo es uno de los anexos al dictamen contenido en el Anexo C parte financiera.

En efecto, anuncia el perito que debe *“Primeramente indicar que, en concepto de este perito, los mayores costos directos de construcción incurridos en la generación de una nueva alternativa de trazado serían costos que deberían financiarse con cargo a la subcuenta redes”* y explica a continuación las razones que tiene para fundamentar tal conclusión que además de jurídica, es un tema que escapa a lo discutido en el proceso.

En la misma línea de razonamientos jurídicos agrega que el Concesionario debió *“acreditar que estos costos diferenciales obedecen a las “condiciones normales del mercado” para que en cumplimiento del contrato, esta condición pueda ser verificada por el Interventor. Condición que no se ha acreditado así por el Concesionario...”*

Afirma que *“las fuentes de información utilizada para obtener los cambios en las cantidades de obra, se sustentan sobre certificados de terceros distintos a la firma concesionaria; lo cual no genera prueba de que los hechos se hayan materializado así la (sic) para Concesionaria Ruta del Cacao.”*

En relación con la certificación expedida por el contador del Consorcio Ferrocol – Santander —el Constructor—, afirma el perito de contradicción:

“Sobre esta certificación, no es posible acreditar si el valor certificado corresponde a “costos directos, pagados a terceros (proveedores)” o un “mayor costo directo”; sin embargo, dado que los contratos referenciados por el contador del Consorcio Ferrocol son únicamente de fecha 2020 a 2023, se concluye que obedecen a los contratos celebrados para el diseño efectivamente construido en la UF 9.2 (Resaltado del Tribunal)

“Adicional a lo anterior, si se acude a lo contenido en el artículo 1 de la ley 43 de 1990 que define los atributos de la profesión de contador público se conoce que:

“...”

*“Con lo cual es posible concluir que, si el contador público sólo estaría facultado para dar fe pública de “hechos” propios del ámbito de su profesión, al no construir la UF 9.2 no podría dar fe del presupuesto inicialmente contemplado esta UF; puesto que (i) para el establecimiento de los presupuestos de obra se requiere de la formación y experiencia relacionadas con maquinaria pesada, equipos, materiales, distribución del personal en obra, procesos constructivos entre otros propios de la profesión de la ingeniería civil y (ii) al no construirse la UF 9.2 según lo inicialmente previsto, esto no constituye un hecho contable. Por este motivo, el contador no tendría el parámetro inicial de comparación para establecer un “mayor costo directo”; **por esto, la pericia concluye que lo certificado por el mencionado contador obedece a la suma monetaria de lo que el Consorcio Ferrocol incurrió “en costos directos, pagados a terceros (proveedores) para “la materialización de la Unidad Funcional 9, Subsector 9.2”***

“iv. Dado que el consorcio Ferrocol es una entidad diferente al concesionario y sus actuaciones, si bien podrían ser reales para el Consorcio Ferrocol, esto no acredita que sea la misma condición del Concesionario, quien al ser una persona jurídica debe contar con el respectivo contador que podría dar fe de lo efectivamente sucedido al concesionario.

“v. Así, al revisar la proporción entre el valor que indica el contador del consorcio Ferrocol como pagado a terceros para la materialización de la UF 9.2 que asciende a “\$8.536.212.762 COP”, comparado con el capex certificado que refiere la Ing. Gamboa en su documento para la ejecución de este tramo, el cual asciende a precios corrientes a la suma de COP\$144.932 millones no guarda una correlación: por lo que su proporcionalidad equivalente al 5% no son indicio suficiente para acreditar una posible afectación financiera del Concesionario como tampoco dan cuenta sobre el cómo estos costos de COP\$8.500 millones tuvieron la facultad de alterar sus resultados previstos a la finalización del contrato.

“vi. Para acreditar efectivamente el mayor costo directo, el concesionario ha debido acreditar un presupuesto inicialmente planificado demostrando que este presupuesto correspondía a las condiciones reales de mercado a la fecha, y posteriormente, presentar en las mismas condiciones de mercado, los costos de la implementación del diseño modificado o ajustado a la alternativa que finalmente se construyó; esta diferencia debidamente auditada por la interventoría es la que debe asignarse a la subcuenta “redes” y aplicarse todo los procedimientos acordado en el contrato para el manejo de los recursos.(sic)”

El perito expone su punto de vista sobre temas jurídicos relacionados con: (i) los alcances de la certificación de un contador público en los términos de ley, desechando según su entendimiento de la norma, la certificación expedida por el contador de Ferrocol como idónea para acreditar los mayores costos por la construcción del par vial; (ii) la no acreditación por el Concesionario de los mayores costos en que incurrió, por cuanto estos fueron realizados por Ferrocol Santander, quien es un tercero en el contrato; (iii) señala la subcuenta redes como aquella que debe ser afectada con los mayores costos y (iv) precisa como debe ser la acreditación del presupuesto inicial y lo finalmente invertido.

Destaca el Tribunal la validación del dictamen de la Convocada en relación con que lo certificado por el mencionado contador obedece a la suma monetaria de lo que el Consorcio Ferrocol incurrió *“en costos directos, pagados a terceros (proveedores) para “la materialización de la Unidad Funcional 9, Subsector 9.2”*

Las críticas al dictamen de la ingeniera Gamboa no son de recibo en este punto, por el carácter jurídico que las caracteriza y por cuanto la metodología usada por ésta es acorde con la estimación de costos y está sustentada en la certificación emitida por contador público que da cuenta de la existencia de tales registros en la contabilidad del consorcio constructor, según el art. 10 de la Ley 43 de 1990:

“De la fé pública. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en caso de personas jurídicas...”

Conforme al análisis que antecede, el Tribunal toma la suma deducida en ese dictamen como costos por mayores cantidades de obra para la construcción de la Unidad Funcional 9.2 esto es la suma de \$ 8.536.212.762 y para la actualización toma la inversión mes a mes entre diciembre del 2020 y junio de 2023, por cuanto en esa época fue realizada. Ese dato se extracta de la tabla 35 del dictamen que así lo calcula.

Así, el índice inicial será el del mes de la inversión según tabla 35 y el final el de enero de 2025 último certificado por el DANE, lo cual arroja una suma actualizada de \$ **10.692.125.525:**

MES	VALOR \$	IPC DANE			VALOR
		INICIAL	FINAL	FACT AJUSTE	ACTUALIZADO (\$)
dic-20	275.361.702	105,48	146,24	1,386424	381.768.063
ene-21	275.361.702	105,91	146,24	1,380795	380.218.065
feb-21	275.361.702	106,58	146,24	1,372115	377.827.879
mar-21	275.361.702	107,12	146,24	1,365198	375.923.220
abr-21	275.361.702	107,76	146,24	1,357090	373.690.565
may-21	275.361.702	108,84	146,24	1,343624	369.982.500
jun-21	275.361.702	108,78	146,24	1,344365	370.186.572
jul-21	275.361.702	109,14	146,24	1,339930	368.965.506
ago-21	275.361.702	109,62	146,24	1,334063	367.349.893
sept-21	275.361.702	110,04	146,24	1,328971	365.947.794
oct-21	275.361.702	110,06	146,24	1,328730	365.881.295
nov-21	275.361.702	110,60	146,24	1,322242	364.094.894
dic-21	275.361.702	111,41	146,24	1,312629	361.447.763
ene-22	275.361.702	113,26	146,24	1,291188	355.543.840
feb-22	275.361.702	115,11	146,24	1,270437	349.829.687
mar-22	275.361.702	116,26	146,24	1,257870	346.369.304
abr-22	275.361.702	117,71	146,24	1,242375	342.102.585
may-22	275.361.702	118,70	146,24	1,232013	339.249.329
jun-22	275.361.702	119,31	146,24	1,225715	337.514.838
jul-22	275.361.702	120,27	146,24	1,215931	334.820.781
ago-22	275.361.702	121,50	146,24	1,203621	331.431.237
sept-22	275.361.702	122,63	146,24	1,192530	328.377.194
oct-22	275.361.702	123,51	146,24	1,184034	326.037.530
nov-22	275.361.702	124,46	146,24	1,174996	323.548.894
dic-22	275.361.702	126,03	146,24	1,160359	319.518.331
ene-23	275.361.702	128,27	146,24	1,140095	313.938.530
feb-23	275.361.702	130,40	146,24	1,121472	308.810.547
mar-23	275.361.702	131,77	146,24	1,109813	305.599.873
abr-23	275.361.702	132,80	146,24	1,101205	303.229.633
may-23	275.361.702	133,38	146,24	1,096416	301.911.046
jun-23	275.361.702	133,78	146,24	1,093138	301.008.337
TOTAL	8.536.212.762				10.692.125.525

c. Por concepto de costos de estudios y diseños sobre el diseño alternativo para la modificación de la Licencia Ambiental

El dictamen Técnico y Financiero aportado por la Convocante cuantifica los mayores costos generados por estudios y diseños del nuevo trazado de la Unidad Funcional 9, en la suma de \$ 826.597.045, los cuales discrimina en 7 ítems⁵⁷⁶.

Los cinco primeros que en el porcentaje asignado a la Unidad Funcional 9 suman \$ 240.405.340 corresponden a órdenes de servicio que datan de 2019 a febrero de 2021 y que se relacionan con: “Diseño y estudios de detalle de la fase 3 de nueva solución par vial de los

⁵⁷⁶ Tabla 34 del dictamen Técnico y financiero.

tramos 1 y 3 de la Unidad Funcional 9; estudio de trazado de nueva solución variante de la Unidad Funcional 8 y tramo 2 de nueva solución par vial de la unidad funcional UF9; estudio y diseños geológicos y geotécnicos de nueva solución variante de la unidad funcional UF8 y tramo 2 de nueva solución par vial de la Unidad funcional 9; Diseño y estudios de detalle de la fase 3 de nueva solución par vial de los tramos 1 y 3”.

El Tribunal reconocerá esos costos en favor del Concesionario, por cuanto se encuentran asociados a la modificación de la Unidad Funcional 9. Esa suma se actualizará hasta la fecha de este laudo y desde la fecha de su causación para un total de \$ 335.184.471, conforme a la siguiente liquidación:

MES	VALOR \$	IPC DANE			VALOR
		INICIAL	FINAL	FACT AJUSTE	ACTUALIZADO (\$)
dic-19	43.650.834	103,80	146,24	1,408863	61.498.054
mar-20	57.363.463	105,53	146,24	1,385767	79.492.399
jul-20	139.391.043	104,97	146,24	1,393160	194.194.019
TOTAL	240.405.340				335.184.471

En cambio, no reconocerá los costos referidos a modificación de licencia ambiental incluidos en el dictamen en tanto datan de junio de 2019 y diciembre de 2021, lo cual permite inferir que se originaron con ocasión del segundo trámite de licencia ambiental, en tanto el primero culminó el 25 de febrero de 2019. Según la relación incluida en la tabla 34 del dictamen, tales costos corresponden a dos ítems, a saber:

- Otrosí No. 1 al contrato de servicio ED70 CO-280 celebrado entre el Consorcio Ferrocol Santander y Consultoría Colombiana S.A. de 18 de junio de 2019, para la “Modificación de la licencia ambiental para las unidades funcionales UF8 y UF9, otorgada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales...”
- Contrato de servicio ED70 CO-617 de 6 de diciembre de 2021, proveedor CONCOL S.A. cuyo servicio corresponde a “El alcance comprende la elaboración del estudio de impacto ambiental para obtener la modificación y/o autorizaciones y/o permisos ambientales de las unidades funcionales 8 y 9”

Por tanto, el reconocimiento por concepto de costos de estudios y diseños sobre el diseño alternativo de la Unidad Funcional 9, se hará en la suma de \$ 335.184.471 la que se encuentra actualizada a la fecha de esta providencia.

d. Por concepto de ajuste de precios del CAPEX

El juramento estimatorio incluyó por tal concepto la suma de \$ 23.353.586.318 y explicó que corresponde a la diferencia entre los precios de la obra cuando debió ejecutarse (2017) y los precios de cuando efectivamente se empezó a ejecutar (2020), en atención a la variación del Índice de Costos de la Construcción Pesada ICCP (hasta diciembre de 2021) y el índice de Costos de la Construcción de Obras Civiles ICOCIV (desde enero de 2022).

Para demostrar la existencia y cuantía de esa reclamación, el Concesionario se valió entre otros medios probatorios de la prueba pericial. En el Dictamen Técnico y Financiero dijo el perito:

“Incremento en el precio de las intervenciones por desplazamiento de su cronograma de ejecución, pasando de 2017-2020 al 2020-2023

“Lo previsto por la CONCESIONARIA RDC para las intervenciones en la UF9, era que su cronograma de ejecución de obras se desarrollara del año 2017 al año 2020 y así fue realizada su oferta de CAPEX para esta Unidad Funcional; sin embargo, por todas las causas ya expuestas no atribuibles a la CONCESIONARIA RDC, estas intervenciones se tuvieron que desplazar en el tiempo, para finalmente realizarlas del año 2020 al 2023. Lo anterior trajo como consecuencia un incremento en los precios (cambio de valor del dinero en el tiempo) de equipos y herramienta, insumos y materiales, transportes y personal calificado y no calificado para la ejecución de dichas intervenciones, por múltiples variables como la inflación, el ajuste del salario mínimo, entre otras, lo que ocasiona que el dinero se deprecie en el tiempo, perdiendo su poder adquisitivo; para el caso del sector infraestructura, todas estas variables que afectan el valor del dinero en el tiempo, el DANE las recoge en el Índice de Costos de la Construcción Pesada (ICCP) hasta diciembre de 2020 y a partir de enero de 2021 el Índice de Costos de la Construcción de Obras Civiles (ICOCIV)

“La certificación de CAPEX del Ingeniero Independiente INFRATA, emitida con destino a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA el 8 de septiembre de 2016, da cuenta de que el cronograma inicial de las intervenciones en la Unidad Funcional 9 debían iniciar en el año 2017 y concluir en el año 2020, tal como se muestra a continuación:

“ (...)

“Teniendo en cuenta que las cifras se encuentran expresadas en pesos de diciembre de 2013, los valores anteriores se reexpresan en pesos corriente (de cada mes), utilizando el Índice de Costos de la Construcción Pesada (ICCP) hasta diciembre de 2020 y a partir de enero de 2021 el Índice de Costos de la Construcción de Obras Civiles (ICOCIV). Estos costos serían en los que se habría incurrido la CONCESIONARIA RDC de haber seguido el cronograma inicial. El valor total para la Unidad Funcional 9 sería de \$144.932 millones de pesos colombianos.

“...”

“Sin embargo, los anteriores costos fueron superiores a los inicialmente previstos dado el desplazamiento del cronograma de la Unidad Funcional 9 para el año 2020 al 2023...

“...”

“La diferencia entre la inversión que debía realizar la CONCESIONARIA RDC según su cronograma inicialmente previsto (\$144.932 millones) y la que finalmente tuvo que realizar de acuerdo al cronograma desplazado (\$168.286 millones), resulta en el mayor costo asociado al incremento en precios por el desplazamiento del cronograma del año 2017-2020 al año 2020-2023, el cual asciende a la suma de \$23.353.586.319”

En el dictamen de contradicción, sobre este aspecto dijo el perito Óscar Andrés Rosas Páez – Opzion Company:

“De esta tabla presentada, donde se obtiene un valor de capex equivalente a COP\$168.286 millones se resta el valor originalmente planteado en el Capex por la suma de COP\$144.932 y con ello se obtiene la cifra de COP\$23.353.586.319 reclamada.

“Al respecto, esta pericia encuentra las siguientes deficiencias procedimentales en la valoración:

“i. Primeramente, se reitera que este hecho es derivado de no agotar todas las instancias técnicas de prospección e identificación de redes que acreditaran la debida diligencia en el planteamiento definitivo y más favorable del diseño geométrico de la UF9 por parte del Concesionario y de asumir bajo su autonomía y riesgo la presentación de la solicitud de licenciamiento ambiental con información que no garantizaba suficiencia y completitud respecto de las redes existentes en el sector UF 9.2

“ii. Al ser un hecho pasado, las fuentes de información para la valoración deben tener un soporte auditado por contador público; en contra de esta práctica, la perito Gamboa presenta un dato estimado (Proyección futura) que fue consignado en el Capex, lo que no es prueba de que estos costos eran los que efectivamente se iban a destinar a la construcción de las obras; pues se debe recordar que estas estimaciones incluyen e incorporan múltiples valoraciones de riesgos, sobre los cuales no se hace mención.

“Por otra parte, la metodología de actualización de costos, si bien se realiza utilizando índices certificados por el DANE (ICCP e ICOCIVI), este mecanismo no ofrece suficiencia probatoria de que los COP\$23.353 millones sean necesariamente un hecho ocurrido, real, comprobable y que guarde consistencia con parámetros de referencia real, pues como ya se ha dicho la estructura del Capex es autónoma y reservada al concesionario.

“iii. Conforme a lo anterior, la cuantificación presentada no ofrece garantía de ser un hecho materializado y determinado con fundamento en bases reales sino teóricas.”

En el primer argumento presentado para cuestionar el dictamen aportado por la Convocante, el perito Rosas nuevamente emite opiniones jurídicas en relación con la actividad de identificación de redes y el momento en el cual debió realizarla el Concesionario, así como que a su juicio le correspondía a este asumir bajo su responsabilidad y riesgo la presentación de la solicitud de licencia ambiental con información que no garantizaba suficiencia y completitud respecto de las redes existentes en el sector Unidad Funcional 9.2. Al exceder la función del perito frente a los aspectos técnicos y financieros que le fueron sometidos y en cambio adentrarse en el tema jurídico cuya decisión corresponde al Tribunal, este argumento no tiene la virtualidad de demeritar el dictamen técnico y financiero.

Frente al segundo argumento, el Tribunal encuentra que la medición de la variación en los costos a través de los índices certificados por la entidad estatal que tiene tal cometido, constituye una metodología válida para determinar ese rubro y por tanto tomará de tales cálculos los datos necesarios para precisar este concepto en relación con el periodo que reconocerá, esto es diciembre de 2020 a agosto de 2021.

Para obtener el valor por el periodo diciembre de 2020 a agosto del 2021, el Tribunal toma como base la tabla 35 del dictamen en la cual se incluyó el costo mensual del incremento de precios calculado en la suma fija de \$ 753.341.494.

Con esa base, el incremento en el costo de precios del Capex entre diciembre de 2020 y agosto de 2021 corresponde la suma de \$ 6.780.073.446 que traída a valor presente desde la fecha de su causación corresponde a \$ 9.225.452.124, tomando para ello el último IPC conocido, de enero de 2025, según la siguiente liquidación:

MES	VALOR \$	IPC DANE			VALOR ACTUALIZADO (\$)
		INICIAL	FINAL	FACT AJUSTE	
dic-20	753.341.494	103,80	146,24	1,408863	1.061.355.107
ene-21	753.341.494	105,91	146,24	1,380795	1.040.210.179
feb-21	753.341.494	106,58	146,24	1,372115	1.033.671.046
mar-21	753.341.494	107,12	146,24	1,365198	1.028.460.232
abr-21	753.341.494	107,76	146,24	1,357090	1.022.352.079
may-21	753.341.494	108,84	146,24	1,343624	1.012.207.461
jun-21	753.341.494	108,78	146,24	1,344365	1.012.765.767
jul-21	753.341.494	109,14	146,24	1,339930	1.009.425.143
ago-21	753.341.494	109,62	146,24	1,334063	1.005.005.109
TOTAL	6.780.073.446				9.225.452.124

e. Costos financieros reclamados por valor de \$ 15.222.875.265

La reclamación corresponde al mayor costo de financiación producto del mayor valor invertido por el Concesionario por cuenta de la mayor permanencia, mayores cantidades de obra, costos de diseños y el ajuste de precios.

Esa reclamación fue cuantificada en el juramento estimatorio en la suma de \$15.222.875.265, sin especificar el periodo liquidado.

En el dictamen Técnico y Financiero de la ingeniera Luz Mélida Gamboa, se afirmó:

“La CONCESIONARIA RDC, por los mayores costos debido a la mayor permanencia en obra, aumento de precios (pérdida del valor adquisitivo del dinero) por desplazamiento del cronograma de intervenciones, por mayores cantidades de obra por la modificación de Diseño y mayores costos de Estudios y Diseños, tuvo que financiar un mayor valor de CAPEX por estos conceptos.

“Para estimar los sobre costos de financiación sobre estos mayores montos ya referidos, se utiliza el interés bancario corriente (IBC) que corresponde al promedio de las tasas de interés que manejan las entidades financieras en Colombia ... cuando otorgan un préstamo y que reportan a la Superintendencia Financiera durante un determinado periodo (cada mes).

“De esta manera, el interés bancario corriente utilizado en la cuantificación de mayores costos financieros estimados al haber incurrido en un mayor CAPEX se basa en esta tasa de interés promedio de mercado en Colombia, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

“En la siguiente tabla se muestran los intereses estimados durante el periodo comprendido entre diciembre de 2020 y junio de 2023, calculados con el IBC

correspondiente a cada mes, sobre el total del mayor CAPEX en el que se incurrió durante ese periodo.

“...”

“El valor total de los Sobrecostos de financiación del mayor valor del CAPEX financiado por la CONCESIONARIA RDC asciende a un monto de \$15,311,901,385”

El dictamen de contradicción cuestiona ese cálculo con base en dos argumentos:

“Al respecto, esta pericia encuentra las siguientes deficiencias procedimentales en la valoración:

“i. Primeramente, indicar que el costo financiero es un costo derivado, al no quedar acreditados los anteriores costos tampoco procede la liquidación de costos financieros.

“ii. A pesar de lo anterior la Ing. Gamboa realiza una liquidación de costos financieros con un procedimiento inusual al que generalmente se utiliza en el marco financiero para liquidar intereses sobre saldos. De ahí que no es clara la forma de obtener la tasa de liquidación de los intereses.”

Encuentra el Tribunal que no hay cuestionamiento del perito de contradicción a la metodología empleada por la perito Gamboa para liquidar el costo financiero. En efecto el perito Rosas se limita a afirmar que la liquidación se hizo con un procedimiento inusual al que generalmente se utiliza, sin explicar por qué, ni decir cuál es el procedimiento generalmente utilizado, o por qué aquél utilizado por la perito Gamboa no es válido.

En aplicación del artículo 232 del CGP, el Tribunal en la apreciación y valoración del dictamen en este aspecto se aparta del cálculo realizado por la perito comoquiera que aplicó el interés corriente bancario cuando el contrato en la Parte General 3.6, dispuso sobre intereses un indicador distinto e inferior a aquél usado en el dictamen:

“3.6 Intereses Remuneratorios y de Mora

“...”

“(d) Para las obligaciones de pago de dinero distintas de las de realizar los Aportes ANI, desde la fecha de surgimiento de la respectiva obligación a cargo de la ANI y durante los primeros cuarenta y cinco (45) Días no se causarán intereses de ningún tipo. Desde el vencimiento del plazo anterior y hasta los quinientos cuarenta (540) Días se causarán intereses remuneratorios a la tasa DTF más cinco puntos porcentuales (5%) ...”.

El convenio de las partes sobre la tasa de interés a reconocer por obligaciones derivadas del Contrato, impide la aplicación del interés bancario corriente como lo hizo el dictamen.

Con esa regla contractual, la liquidación de los costos financieros sobre las sumas que se reconocerán e invertidas en mayor cantidad de obra, estudios y diseños, ajustes del precio del CAPEX, se realizará hasta junio de 2023, en el entendido de que a esa época se contrae la pretensión de reconocimiento de este ítem, dado que la suma incluida en el juramento

estimatorio de \$ 15.222.875.265, es similar a aquella obtenida en el dictamen pericial como costos financieros entre diciembre de 2020 y junio de 2023 esto es \$ 15.311.901.385.

La liquidación de costos financieros con los parámetros señalados corresponde a la siguiente:

		Interes Anual Efectivo							
			TASA	ADICIONAL	TOTAL				Interés
Periodo		No. de	DTF		TASA	Tasa Diaria	Capital	Intereses	Acumulado
Inicio	Final	días		(1)					
16/02/20	29/02/20	14	4,46%	5,00%	9,46%	0,0247672%	43.650.834	151.355	151.355
1/03/20	31/03/20	31	4,50%	5,00%	9,50%	0,0248673%	43.650.834	336.498	487.853
1/04/20	30/04/20	30	4,55%	5,00%	9,55%	0,0249924%	101.014.297	757.377	1.245.230
1/05/20	31/05/20	31	4,29%	5,00%	9,29%	0,0243412%	101.014.297	762.232	2.007.463
1/06/20	30/06/20	30	3,76%	5,00%	8,76%	0,0230091%	101.014.297	697.273	2.704.736
1/07/20	31/07/20	31	3,34%	5,00%	8,34%	0,0219488%	101.014.297	687.313	3.392.049
1/08/20	31/08/20	31	2,79%	5,00%	7,79%	0,0205541%	240.405.340	1.531.807	4.923.856
1/09/20	30/09/20	30	2,39%	5,00%	7,39%	0,0195353%	240.405.340	1.408.917	6.332.773
1/10/20	31/10/20	31	2,03%	5,00%	7,03%	0,0186152%	240.405.340	1.387.306	7.720.080
1/11/20	30/11/20	30	1,96%	5,00%	6,96%	0,0184359%	240.405.340	1.329.625	9.049.705
1/12/20	31/12/20	31	1,93%	5,00%	6,93%	0,0183590%	240.405.340	1.368.217	10.417.922
1/01/21	31/01/21	31	1,91%	5,00%	6,91%	0,0183078%	1.853.095.998	10.517.066	20.934.988
1/02/21	28/02/21	28	1,81%	5,00%	6,81%	0,0180513%	3.507.650.949	17.728.964	38.663.951
1/03/21	31/03/21	31	1,77%	5,00%	6,77%	0,0179487%	5.179.494.978	28.819.180	67.483.131
1/04/21	30/04/21	30	1,76%	5,00%	6,76%	0,0179230%	6.906.629.435	37.136.284	104.619.416
1/05/21	31/05/21	31	1,82%	5,00%	6,82%	0,0180770%	8.632.103.066	48.373.111	152.992.527
1/06/21	30/06/21	30	1,91%	5,00%	6,91%	0,0183078%	10.338.928.033	56.784.754	209.777.281
1/07/21	31/07/21	31	1,90%	5,00%	6,90%	0,0182821%	12.088.085.595	68.508.701	278.285.982
1/08/21	31/08/21	31	1,99%	5,00%	6,99%	0,0185127%	13.879.030.545	79.650.982	357.936.964
1/09/21	30/09/21	30	2,05%	5,00%	7,05%	0,0186664%	15.726.816.558	88.068.691	446.005.655
1/10/21	31/10/21	31	2,22%	5,00%	7,22%	0,0191012%	16.002.178.260	94.754.701	540.760.356
1/11/21	30/11/21	30	2,65%	5,00%	7,65%	0,0201979%	16.277.539.962	98.631.834	639.392.190
1/12/21	31/12/21	31	3,08%	5,00%	8,08%	0,0212904%	16.552.901.664	109.249.294	748.641.484
1/01/22	31/01/22	31	3,47%	5,00%	8,47%	0,0222774%	16.828.263.366	116.215.881	864.857.365
1/02/22	28/02/22	28	4,31%	5,00%	9,31%	0,0243914%	17.103.625.068	116.810.705	981.668.070
1/03/22	31/03/22	31	4,97%	5,00%	9,97%	0,0260410%	17.378.986.770	140.295.726	1.121.963.796
1/04/22	30/04/22	30	5,97%	5,00%	10,97%	0,0285218%	17.654.348.472	151.060.113	1.273.023.909
1/05/22	31/05/22	31	7,04%	5,00%	12,04%	0,0311516%	17.929.710.174	173.147.339	1.446.171.248
1/06/22	30/06/22	30	7,72%	5,00%	12,72%	0,0328100%	18.205.071.876	179.192.258	1.625.363.506
1/07/22	31/07/22	31	9,30%	5,00%	14,30%	0,0366249%	18.480.433.578	209.821.609	1.835.185.115
1/08/22	31/08/22	31	10,57%	5,00%	15,57%	0,0396534%	18.755.795.280	230.556.626	2.065.741.741
1/09/22	30/09/22	30	10,99%	5,00%	15,99%	0,0406477%	19.031.156.982	232.071.569	2.297.813.310
1/10/22	31/10/22	31	11,60%	5,00%	16,60%	0,0420853%	19.306.518.684	251.881.490	2.549.694.800
1/11/22	30/11/22	30	12,63%	5,00%	17,63%	0,0444959%	19.581.880.386	261.394.027	2.811.088.827
1/12/22	31/12/22	31	13,42%	5,00%	18,42%	0,0463306%	19.857.242.088	285.199.215	3.096.288.042
1/01/23	31/01/23	31	13,91%	5,00%	18,91%	0,0474624%	20.132.603.790	296.218.022	3.392.506.065
1/02/23	28/02/23	28	14,39%	5,00%	19,39%	0,0485667%	20.407.965.492	277.521.055	3.670.027.120
1/03/23	31/03/23	31	13,31%	5,00%	18,31%	0,0460758%	20.683.327.194	295.430.570	3.965.457.690
1/04/23	30/04/23	30	12,53%	5,00%	17,53%	0,0442628%	20.958.688.896	278.307.006	4.243.764.695
1/05/23	31/05/23	31	12,57%	5,00%	17,57%	0,0443561%	21.234.050.598	291.976.219	4.535.740.915
1/06/23	30/06/23	30	13,02%	5,00%	18,02%	0,0454032%	21.509.412.300	292.978.572	4.828.719.487

El total a reconocer por este concepto es de \$ 4.828.719.487 suma que, actualizada a la fecha de este laudo, corresponde a \$ 5.278.456.703:

MES	VALOR \$	IPC DANE			VALOR ACTUALIZADO (\$)
		INICIAL	FINAL	FACT AJUSTE	
jun-23	4.828.719.487	133,78	146,24	1,093138	5.278.456.703

Resumen de costos reconocidos en relación con las pretensiones de la Unidad Funcional 9 a cuyo pago se condenará a la Convocada a favor de la Convocante

CONCEPTO	VALOR EN \$	
	SIN ACTUALIZAR	ACTUALIZADO
MAYOR PERMANENCIA EN OBRA	6.228.082.454	8.462.224.465
MAYORES CANTIDADES DE OBRA	8.536.212.762	10.692.125.525
COSTOS DE ESTUDIOS Y DISEÑOS SOBRE EL DISEÑO ALTERNATIVO	240.405.340	335.184.471
AJUSTES DE PRECIOS DEL CAPEX	6.780.073.446	9.225.452.124
COSTOS FINANCIEROS	4.828.719.487	5.278.456.703
TOTAL	26.613.493.489	33.993.443.288

6. JURAMENTO ESTIMATORIO

Le corresponde al Tribunal decidir sobre la aplicación de los efectos contemplados en el artículo 206 del Código General del Proceso, tal como fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, norma objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en sentencia C- 157 de 2013, en la que listó los supuestos concurrentes que dan lugar a la imposición de la sanción prevista en ella y que se concretan en dos, a saber:

(i) cuando la suma estimada bajo juramento exceda del cincuenta por ciento (50 %) de la suma probada a la que resulte condenada la demandada, y

(ii) cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, circunstancia esta última que impone concluir que, en aquellos eventos en que la razón de negar las pretensiones sea diferente, no hay lugar a la imposición de la referida sanción.

En la verificación de esos supuestos, el Tribunal encontró que:

1. La parte Convocante en su demanda reformada, cumplió con el requisito dispuesto en la referida norma y estimó el valor total de las pretensiones en la suma de “SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$77.852.816.845) MCTE,” monto que comprende el valor de “las intervenciones realizadas por el CONCESIONARIO hasta la presentación de esta demanda, incluyendo las deducciones practicadas, por concepto de los mayores costos que ha implicado el cambio de trazado de la Unidad Funcional 9, y por compensaciones a comerciantes.”

2. La parte Convocada formuló objeción a dicha estimación.
3. En lo que se refiere a las pretensiones contenidas en la demanda reformada y su respectiva contestación, ambas partes propusieron un debate jurídico, con posiciones contrapuestas bien fundadas. La Convocante estimó razonadamente la cuantía y la Convocada formuló objeción también razonada.
4. La suma de dinero estimada en el juramento excede en más del cincuenta por ciento (50 %) aquella a la cual resulta condenada la Convocada.
5. Tal diferencia no proviene de la falta de demostración de la existencia de perjuicios, sino de la decisión consistente en que el contenido de algunas obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario determinaron costos que son a su cargo.

Esto es que no se cumple con el segundo de los requisitos exigidos para la imposición de la sanción pecuniaria a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

7. CONDUCTA DE LAS PARTES

Procede el Tribunal, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 241 y 280 del Código General del Proceso, a calificar la conducta procesal de las partes a fin de deducir, de ser el caso, indicios en su contra.

Revisadas las actuaciones surtidas en el presente trámite por cada una de las partes y sus apoderados, el Tribunal encuentra que, en todas ellas las partes actuaron de manera diligente, aportaron las pruebas requeridas para la decisión de la demanda reformada y las respectivas excepciones formuladas en la contestación. Asimismo, su comportamiento estuvo apegado a los principios de transparencia y lealtad procesal en tanto sus intervenciones y sus actuaciones se concretaron a la defensa de las posiciones jurídicas asumidas, sin que se les pueda hacer algún reproche. Además, se resalta que ambas adoptaron una actitud y conducta procesal apegada al principio de la buena fe y obraron con apego a la buena conducta procesal a lo largo de todo el proceso.

Por lo anterior, el Tribunal considera que no existe ningún tipo de censura o reproche, ni mucho menos, motivo alguno para deducir indicios en contra de alguna de ellas.

8. COSTAS

Concluido el análisis y la decisión de las pretensiones formuladas en la demanda reformada, pasa el Tribunal a ocuparse de la solicitud de condena en costas formulada por la Convocante, en la pretensión 2.9. de la demanda reformada en los siguientes términos:

“Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al pago de las costas procesales y las agencias en derecho”.

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y 365 del Código General del Proceso, normas por cuya virtud: i) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y, ii) 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, entra el Tribunal a decidir sobre tal pretensión.

Teniendo en cuenta que la condena fue parcial, el Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, y atendiendo, además, la conducta procesal desplegada por las partes, se abstendrá de decretar condena en costas a cargo de la parte Convocada, incluyendo agencias en derecho.

En consecuencia, declarará que no prospera la Pretensión 2.9 de la Demanda reformada y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

**TERCERA PARTE.
RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO 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, en derecho y por decisión unánime de los árbitros

RESUELVE:

I. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS SUBSECTORES 1.2 Y 1.3 DE LA UNIDAD FUNCIONAL 1

PRIMERO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.1. denominada “Falta de competencia del Tribunal para conocer algunas de las controversias planteadas por la Convocante.”

SEGUNDO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.2. relacionada con las pretensiones sobre la Unidad Funcional 1, Subsectores 1.2 y 1.3, denominada “Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista”.

TERCERO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.3. relacionada con las pretensiones sobre la Unidad Funcional 1, Subsectores 1.2 y 1.3, denominada “De la Naturaleza del Contrato Estatal de Concesión bajo el Esquema de Asociación Público Privada: el traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los

Indicadores de Disponibilidad, Seguridad, Calidad y Nivel del Servicio que son elementos propios de este tipo de contratos”.

CUARTO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.4. denominada “Ruta del Cacao pretende desconocer los riesgos que fueron válidamente pactados y asumidos con la suscripción del Contrato de Concesión No. 013 de 2015: La Sección 13.2. de la Parte General del Contrato le trasladó al Concesionario los riesgos que son discutidos en Sede Arbitral”.

QUINTO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.5. denominada “La Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. está obligada a asumir por su cuenta y riesgo, todas las actividades o intervenciones necesarias como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, para el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 del Contrato de Concesión, los cuales le son exigibles”.

SEXTO. - DESESTIMAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción 3.1.6. denominada “La ANI se encuentra facultada para exigir a la Convocante, el cumplimiento de Indicadores del Apéndice Técnico 4 en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 y para realizar Deducciones por Incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4”.

SÉPTIMO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.1, en consecuencia DECLARAR que, para el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. está obligado a desarrollar únicamente las actividades y obras previsibles de Operación y Mantenimiento aplicables para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, y no otras que le superen en intensidad, frecuencia o magnitud, y en general, de mayor envergadura tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción u otras que resulten imprevisibles.

OCTAVO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.2, en consecuencia DECLARAR que, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables, el alcance de las obligaciones del CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. para los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 del Proyecto, debe entenderse con extensión limitada, y en tal sentido, el hecho de que el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. haya asumido como obligación de resultado el cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico 4 para dichos subsectores, no implicó que materialmente esté compelido a adelantar cualquier actividad u obra para el cumplimiento de dicho objetivo, sin importar el tipo de actividad u obra contratada, su costo y/o envergadura, o su imprevisibilidad.

NOVENO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.3, en consecuencia DECLARAR que, en desarrollo del “Principio de Seguridad Vial” contemplado en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. no está obligado a asumir por su cuenta, actividades o intervenciones imprevisibles para corregir el estado de la vía en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, ni de mayor envergadura a las de Operación y Mantenimiento, tales como las de Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción u otras que resulten imprevisibles.

DÉCIMO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.4, en consecuencia DECLARAR que los tramos de la vía correspondiente a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, identificados en la parte motiva, se encontraban en condiciones técnicas deficientes por razones ajenas y no imputables al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., por las cuales no debe responder.

DÉCIMO PRIMERO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.5, en consecuencia DECLARAR que las deficientes condiciones técnicas de la vía correspondientes a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, impidieron el cumplimiento de determinados Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, con el desarrollo de las actividades y obras previsibles que efectivamente se le encargaron al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. para dichos subsectores.

DÉCIMO SEGUNDO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.6, en consecuencia DECLARAR que, por razón de las condiciones técnicas deficientes de los tramos de la vía identificados en la parte motiva y correspondientes a los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, el cumplimiento de los Indicadores del APÉNDICE TÉCNICO 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 requiere adelantar actividades y obras que superan en intensidad, frecuencia o magnitud a las que eran previsibles, lo cual excede el alcance contractual de Operación y Mantenimiento.

DÉCIMO TERCERO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.8, en consecuencia DECLARAR que el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. tiene derecho a que le sean reconocidos por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, los costos relacionados con las Intervenciones que haya efectuado en los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 para el cumplimiento de determinados Indicadores del Apéndice Técnico No 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 de 2015, que resultaron imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura a las actividades de Operación y Mantenimiento.

DÉCIMO CUARTO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva a la PRETENSIÓN 1.10, en consecuencia DECLARAR que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encontraba facultada para realizar Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial respecto de los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, por incumplimiento de los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4, en el entendimiento de que para ejercer dicha facultad contractual debió tenerse en cuenta el mal estado de la vía comprendida en estos subsectores 1.2 y 1.3.

DÉCIMO QUINTO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 2.1, en consecuencia, CONDENAR a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. la suma de UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$ 1.435.487.647), por concepto de los costos en los que incurrió hasta la presentación de la demanda, relacionados con las intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras previstas para los

Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1, dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores.

DÉCIMO SEXTO.- ACCEDER parcialmente a la PRETENSIÓN 2.2, en consecuencia, CONDENAR a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 233.495.490) por los costos en los que incurrió relacionados con intervenciones imprevisibles y/o diferentes y/o adicionales y/o de mayor envergadura y/o frecuencia a las actividades y obras de los Subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1 realizados con posterioridad a la Presentación de la Demanda Arbitral dirigidas al cumplimiento de los Indicadores del Apéndice Técnico No. 4 en los referidos subsectores. Conforme a la parte motiva, no se accede a la condena pedida respecto de los valores de los costos cuya ocurrencia no se demostró en el proceso.

DÉCIMO SÉPTIMO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 2.3, en consecuencia, CONDENAR a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. la suma de CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$ 163.109.163,80), correspondientes a los valores que fueron objeto de Deducciones como resultado de las mediciones del Índice de Cumplimiento de las Actas de Compensación Especial por el incumplimiento de Indicadores del Apéndice técnico 4 en los subsectores 1.2 y 1.3 de la Unidad Funcional 1.

DÉCIMO OCTAVO. - DECLARAR que no prosperan las pretensiones 1.7, 1.9 y 1.11, de la demanda reformada, por las consideraciones expuestas en la parte considerativa.

II. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA UNIDAD FUNCIONAL 9

DÉCIMO NOVENO. - DESESTIMAR la excepción 3.1.2 denominada “Falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a la naturaleza del contrato estatal de concesión y la asunción de riesgos del contratista”.

VIGÉSIMO. - DESESTIMAR, frente a las pretensiones relacionadas con la Unidad Funcional 9, la excepción 3.1.3 denominada “De la naturaleza del contrato estatal de concesión bajo el esquema de asociación público privada: el traslado de riesgos al contratista y el cumplimiento de los indicadores de disponibilidad, seguridad, calidad y nivel del servicio que son elementos propios de este tipo de contratos”.

VIGÉSIMO PRIMERO. - DESESTIMAR la excepción 3.1.7. denominada “Inexistencia de cambio de trazado”.

VIGÉSIMO SEGUNDO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.12, en consecuencia, DECLARAR que en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015 que dio lugar a la celebración del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, se contempló, para la Unidad Funcional 9, la construcción de una segunda calzada de manera adosada a la calzada existente.

VIGÉSIMO TERCERO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.13, en consecuencia, DECLARAR que el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., en el marco del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, se encontraba habilitado para conservar en los estudios de trazado y diseño geométrico que elaborara, el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9, de manera adosada a la calzada existente, tal como se previó en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015.

VIGÉSIMO CUARTO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.14, en consecuencia, DECLARAR que en el primer estudio de trazado y diseño geométrico presentado por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. a la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9, se previó de manera adosada a la calzada existente, tal como estaba previsto en los diseños de factibilidad que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015.

VIGÉSIMO QUINTO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.16, en consecuencia, DECLARAR que no es un error de diseño haber considerado el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la calzada existente, en el primer estudio de trazado y diseño geométrico elaborado por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S.

VIGÉSIMO SEXTO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva a la PRETENSIÓN 1.17, en consecuencia, DECLARAR que el acervo probatorio recaudado en el proceso, no da cuenta de que la Interventoría o la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, durante la ejecución contractual y antes del presente proceso arbitral, argumentaron que considerar el trazado de la segunda calzada objeto de construcción en la Unidad Funcional 9 de manera adosada a la calzada existente, en el primer estudio de trazado y diseño geométrico elaborado por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., constituía un error de diseño.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.18, en consecuencia, DECLARAR que conforme a la identificación e inventario de redes realizado por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., el Valor Estimado de Redes resultó insuficiente y, en consecuencia, el mayor costo de traslado de redes materializaba el riesgo a cargo del CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. y de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en las proporciones previstas en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013.

VIGÉSIMO OCTAVO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.19, en consecuencia, DECLARAR que conforme a la identificación e inventario de redes realizado por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., el costo aproximado del traslado, reposición y/o protección de las redes, superaba en más de doscientos por ciento (200 %) el Valor Estimado de Redes, lo que implicaba que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumiera en su totalidad el mayor valor que superara dicho porcentaje.

VIGÉSIMO NOVENO. - ACCEDER, en los términos precisados en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.20, en consecuencia, DECLARAR que los ajustes o modificaciones a los

diseños presentados inicialmente por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. para la Unidad Funcional 9, tuvieron lugar por solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y/o de la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013.

TRIGÉSIMO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.21, en consecuencia, DECLARAR que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, fue evitar el impacto en costos que le representaba a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la materialización del riesgo de redes a su cargo.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.22, en consecuencia, DECLARAR que la razón de la solicitud realizada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y/o por la Interventoría del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013 al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., consistente en ajustar o modificar los diseños de la Unidad Funcional 9, no fue un error en los primeros estudios de trazado y diseño geométrico presentados por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.24, en consecuencia, DECLARAR que el Apéndice Técnico del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013, contiene una identificación e inventario de redes con base en el cual se estableció el Valor Estimado de Redes, y constituye un documento contractual con fuerza vinculante, y no corresponde a un documento meramente informativo o de referencia.

TRIGÉSIMO TERCERO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.25, en consecuencia, DECLARAR que con base en los diseños de factibilidad y el Apéndice Técnico 5 que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015, así como con base en los demás documentos contractuales, el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., en su momento proponente, estaba legitimado para prever que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI asumiría los mayores costos de traslado de redes, en la porción que le correspondiera en los términos del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 013.

TRIGÉSIMO CUARTO. - ACCEDER a la PRETENSIÓN 1.26, en consecuencia, DECLARAR que con base en los diseños de factibilidad y el Apéndice Técnico 5 que hicieron parte de la estructuración del proceso Licitatorio No. VJ-VE-APP-IPB-001-2015, así como con base en los demás documentos contractuales, el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., en su momento proponente, estaba legitimado para prever que no tendría que elaborar los estudios y diseños de la Unidad Funcional 9, en función de evitar o mitigar la materialización del riesgo de redes a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, con la consecuente obligación de asumir los mayores costos que de tales diseños se derivaran.

TRIGÉSIMO QUINTO.- ACCEDER parcialmente a la pretensión 1.27, en el sentido de declarar que de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. para la Unidad Funcional 9, se derivaron mayores costos directos e indirectos, en CAPEX y en permanencia de obra, que el

CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. no está obligado a asumir, en tanto referidos al desplazamiento de la ejecución de la obra como consecuencia del primer trámite de la licencia ambiental.

TRIGÉSIMO SEXTO. - ACCEDER, en los términos precisados en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.28, en consecuencia, DECLARAR que por razón de los ajustes o modificaciones de los diseños inicialmente presentados por el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. para la Unidad Funcional 9, fue necesaria la modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto, lo que derivó en mayores costos que el CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. no está obligado a asumir.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. - ACCEDER parcialmente a la PRETENSIÓN 1.29 en los términos expuestos en la parte motiva, en consecuencia, DECLARAR que no corresponde a un riesgo a cargo del CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños de Unidad Funcional 9, incluido el impacto económico que se deriva de la modificación de la Licencia Ambiental, pero solo en cuanto se refiere al primer trámite de dicha modificación.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- ACCEDER, en los términos expuestos en la parte motiva, a la PRETENSIÓN 1.30, en consecuencia, DECLARAR que no corresponde a un riesgo a cargo del CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., el impacto económico de los ajustes o modificaciones a los diseños y el impacto económico del primer trámite de modificación de la Licencia Ambiental otorgada al proyecto, en tanto tales ajustes o modificaciones a los diseños, tuvieron lugar para evitar un mayor costo para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, y en cualquier caso, por hechos ajenos y no imputables al Concesionario o por los que no debe responder.

TRIGÉSIMO NOVENO. - ACCEDER parcialmente a la PRETENSIÓN 1.31 en los términos expuestos en la parte motiva, en consecuencia, DECLARAR que corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI asumir los mayores costos que implicó el ajuste o modificación de los diseños de la Unidad Funcional 9, así como los costos del primer trámite de la consecuenal modificación de la licencia ambiental otorgada al proyecto.

CUADRAGÉSIMO. - ACCEDER parcialmente a la pretensión 2.4 y en consecuencia condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., las siguientes sumas:

- Por concepto de los costos administrativos de mayor permanencia en obra para la Unidad Funcional 9, la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$ 8.462.224.465).
- Por concepto de mayores cantidades de obra, la suma de DIEZ MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$ 10.692.125.525).
- Por concepto de costos de estudios y diseños sobre el diseño alternativo y para la modificación de la licencia ambiental, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO

MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$ 335.184.471).

- Por concepto de ajuste de precios del CAPEX, la suma de NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS (\$ 9.255.452.124).
- Por concepto de sobrecostos financieros, la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TRES PESOS (\$ 5.278.456.703).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. - DECLARAR que no prosperan, por las razones expuestas en la parte motiva, las PRETENSIONES 1.15 y 1.23.

III. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON COMPENSACIONES A COMERCIANTES PARTICULARES EN LAS UNIDADES FUNCIONALES 3.3. y 8.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. - DECLARAR que las reclamaciones económicas realizadas por los comerciantes que estaban ubicados en la Unidad Funcional 3.3, tuvieron como causa hechos ajenos y no imputables al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión 1.32.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. - DECLARAR que no prosperan las pretensiones 1.33, 1.34, 1.35, 1.36, 1.36.1 (subsidiaria de la 1.36), 1.37, 1.38, 1.39 y 1.40 de la demanda reformada, por las consideraciones expuestas en la parte expositiva.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. - DECLARAR que no prosperan las pretensiones de condena 2.5 y 2.6.

IV. DISPOSICIONES COMUNES

CUADRAGÉSIMO QUINTO. - ACCEDER a la pretensión 2.7, en consecuencia, las sumas a que se condena AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S., ya han sido actualizadas a la fecha de este laudo.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. - DISPONER que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI pague al CONCESIONARIO RUTA DEL CACAO S. A. S. las cifras que se ordenan en esta providencia, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De no hacerlo, se causarán intereses moratorios desde el día de su ejecutoria. En consecuencia, prospera la pretensión 2.8.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. - NEGAR, por las razones expuestas en la parte motiva, la pretensión 2.9 y en su lugar se dispone que no hay condena en costas.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- DECLARAR causado el cincuenta por ciento (50 %) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de

funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente de la Parte Convocante y Convocada en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con la totalidad de sus honorarios. Asimismo, ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, la Presidenta hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. - Ordenar a LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de este laudo, informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este arbitraje. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal.

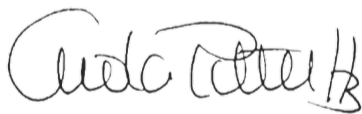
QUINCUAGÉSIMO. - Disponer que, por secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. - Disponer que, una vez ejecutoriada esta providencia, por secretaría se remita copia del laudo y del expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia, realizada por medios electrónicos y se suscribe con firmas digitalizadas, como lo autoriza la ley.



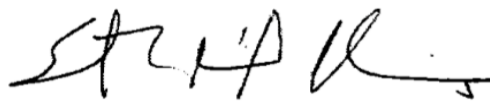
RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente



AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA
Árbitro



FERNANDO PABÓN SANTANDER
Árbitro



EDITH CEDIÉL CHARRIS
Secretaria